



DIREITO

ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

VIGÉSIMA QUINTA EDIÇÃO

editora
atlas



DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

VIGÉSIMA QUARTA EDIÇÃO



Sumario

Nota introdutória, 17

1 ORIGEM, OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, 19

- 1.1 Formação do direito administrativo, 19
- 1.2 Contribuição do direito francês, 22
- 1.3 Direito administrativo alemão, 25
- 1.4 Direito administrativo italiano, 27
- 1.5 Direito administrativo anglo-americano, 28
- 1.6 Direito administrativo brasileiro, 37
- 1.7 Objeto do direito administrativo, 39
 - 1.7.1 Escola legalista, exegética, empírica ou caótica, 40
 - 1.7.2 Direito administrativo e ciência da administração, 41
 - 1.7.3 Critério técnico-científico de estudo do direito administrativo, 42
- 1.8 Conceito de direito administrativo, 42
 - 1.8.1 Escola do serviço público, 42
 - 1.8.2 Critério do Poder Executivo, 43
 - 1.8.3 Critério das relações jurídicas, 44
 - 1.8.4 Critério teleológico, 44
 - 1.8.5 Critério negativo ou residual, 45
 - 1.8.6 Critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado, 45
 - 1.8.7 Critério da Administração Pública, 46
 - 1.8.8 Nossa definição, 47

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 48

- 2.1 O vocábulo administração, 48
- 2.2 A expressão Administração Pública, 49
- 2.3 Administração Pública e Governo, 49
 - 2.3.1 Aspecto objetivo, 49
 - 2.3.2 Aspecto subjetivo, 51
- 2.4 Administração Pública em sentido estrito, 53
- 2.5 Administração Pública em sentido objetivo, 53
- 2.6 Administração Pública em sentido subjetivo, 55

3 REGIME JURIDICO ADMINISTRATIVO, 57

- 3.1 Os regimes público e privado na Administração Pública, 57
- 3.2 Regime jurídico administrativo, 58
- 3.3 Princípios da Administração Pública, 60
 - 3.3.1 Legalidade, 61
 - 3.3.2 Supremacia do interesse público, 62
 - 3.3.3 Impessoalidade, 64

- 3.3.4 Presunção de legitimidade ou de veracidade
- 3.3.5 Especialidade, 65
- 3.3.6 Controle ou tutela, 65
- 3.3.7 Autotutela, 66
- 3.3.8 Hierarquia, 66
- 3.3.9 Continuidade do serviço público, 67
- 3.3.10 Publicidade, 67
- 3.3.11 Moralidade administrativa, 69
- 3.3.12 Razoabilidade, 72
- 3.3.13 Motivação, 73
- 3.4 Poderes da Administração, 73
 - 3.4.1 Normativo, 74
 - 3.4.2 Disciplinar, 76
 - 3.4.3 Decorrentes de hierarquia, 77

4 SERVIÇOS PÚBLICOS, 80

- 4.1 Conceito, 80
 - 4.1.1 Serviço público em sentido amplo, 80
 - 4.1.2 Serviço público em sentido restrito, 81
 - 4.1.3 Evolução, 82
 - 4.1.4 Conclusões quanto ao conceito, 83
- 4.2 Elementos da definição, 84
 - 4.2.1 Elemento subjetivo, 84
 - 4.2.2 Elemento formal, 85
 - 4.2.3 Elemento material, 85
- 4.3 Princípios, 86
- 4.4 Classificação, 87

5 PODER DE POLÍCIA, 92

- 5.1 Introdução, 92
- 5.2 Evolução, 92
- 5.3 Conceito, 94
- 5.4 Polícia administrativa e judiciária, 95
- 5.5 Meios de atuação, 96
- 5.6 Características, 97
- 5.7 Limites, 99

6 RESTRIÇÕES DO ESTADO SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA, 101

- 6.1 Evolução, 101
- 6.2 Modalidades, 101
- 6.3 Fundamento, 102
- 6.4 Função social da propriedade, 104

- 6.5 Limitações administrativas, 107
- 6.6 Ocupação temporária, 110
- 6.7 Requisição administrativa, 112
- 6.8 Tombamento, 113
 - 6.8.1 A proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, 113
 - 6.8.2 Conceito e características, 114
 - 6.8.3 Objeto, 115
 - 6.8.4 Modalidades, 116
 - 6.8.5 Procedimento, 117
 - 6.8.6 Efeitos, 119
 - 6.8.7 Natureza jurídica, 122
- 6.9 Servidão administrativa, 123
 - 6.9.1 Servidão na teoria geral do direito, 123
 - 6.9.2 Servidão de direito privado e de direito público, 124
 - 6.9.3 Servidão administrativa e limitação administrativa, 125
 - 6.9.4 Conceito, 125
 - 6.9.5 Forma de constituição, 126
 - 6.9.6 Extinção, 127
 - 6.9.7 Direito à indenização, 128
 - 6.9.8 Modalidades, 129
 - 6.9.8.1 Servidão sobre terrenos marginais, 129
 - 6.9.8.2 Servidão a favor das fontes de água mineral, termal ou gasosa e dos recursos hídricos, 129
 - 6.9.8.3 Servidão sobre prédios vizinhos de obra ou imóvel pertencente ao patrimônio histórico e artístico nacional, 130
 - 6.9.8.4 Servidão em torno de aeródromos e aeroportos, 130
 - 6.9.8.5 Servidão militar, 130
 - 6.9.8.6 Servidão de aqueduto, 131
 - 6.9.8.7 Servidão de energia elétrica, 131
- 6.10 Desapropriação. 133
 - 6.10.1 Evolução no direito brasileiro, 133
 - 6.10.2 Conceito, 134
 - 6.10.3 Procedimento, 134
 - 6.10.4 Sujeitos ativo e passivo, 138
 - 6.10.5 Pressupostos, 139
 - 6.10.6 Objeto, 141
 - 6.10.7 Indenização, 143
 - 6.10.8 Natureza jurídica, 146
 - 6.10.9 Imissão provisória na posse, 147
 - 6.10.10 O destino dos bens desapropriados, 150
 - 6.10.11 Desapropriação indireta, 152
 - 6.10.12 Retrocessão, 153

7 ATOS ADMINISTRATIVOS, 157

- 7.1 Fatos da Administração, 157
- 7.2 Atos da Administração, 157
- 7.3 Origem da expressão, 158
- 7.4 Conceito, 159

- 7.5 Ato administrativo e produção de efeitos jurídicos, 162
- 7.6 Atributos, 163
 - 7.6.1 Presunção de legitimidade e veracidade, 164
 - 7.6.2 Imperatividade, 166
 - 7.6.3 Auto-executoriedade, 166
 - 7.6.4 Tipicidade, 167
- 7.7 Elementos, 168
 - 7.7.1 Sujeito, 169
 - 7.7.2 Objeto, 171
 - 7.7.3 Forma, 172
 - 7.7.4 Finalidade, 173
 - 7.7.5 Motivo, 174
- 7.8 Discricionariedade e vinculação, 176
 - 7.8.1 Conceito, 176
 - 7.8.2 Justificação, 177
 - 7.8.3 Âmbito de aplicação da discricionariedade, 177
 - 7.8.4 Legalidade e mérito do ato legislativo, 180
 - 7.8.5 Limites da discricionariedade e controle pelo Poder Judiciário, 180
- 7.9 Classificação, 182
- 7.10 Atos administrativos em espécie, 187
 - 7.10.1 Quanto ao conteúdo, 188
 - 7.10.1.1 Autorização, 188
 - 7.10.1.2 Licença, 189
 - 7.10.1.3 Admissão, 190
 - 7.10.1.4 Permissão, 190
 - 7.10.1.5 Aprovação, 190
 - 7.10.1.6 Homologação, 191
 - 7.10.1.7 Parecer, 191
 - 7.10.1.8 Visto, 191
 - 7.10.2 Quanto à forma, 192
 - 7.10.2.1 Decreto, 192
 - 7.10.2.2 Resolução e portaria
 - 7.10.2.3 Circular, 193
 - 7.10.2.4 Despacho, 193
 - 7.10.2.5 Alvará, 193
- 7.11 Extinção, 194
 - 7.11.1 Modalidades, 194
 - 7.11.2 Anulação ou invalidação, 194
 - 7.11.2.1 Conceito, efeitos e natureza, 194
 - 7.11.2.2 Vícios: peculiaridades no Direito Administrativo, 196
 - 7.11.2.3 Vícios relativos ao sujeito, 197
 - 7.11.2.4 Vícios relativos ao objeto, 199
 - 7.11.2.5 Vícios relativos à forma, 199
 - 7.11.2.6 Vícios quanto ao motivo, 199
 - 7.11.2.7 Vícios relativos à finalidade, 200
 - 7.11.2.8 Consequências decorrentes dos vícios, 200
 - 7.11.2.9 Atos administrativos nulos e anuláveis, 202
 - 7.11.2.10 Revogação, 205
 - 7.11.2.11 Convalidação, 203

8 CONTRATO ADMINISTRATIVO, 207

- 8.1 Contratos da Administração, 207
- 8.2 Divergências doutrinárias, 207
- 8.3 O contrato administrativo como espécie do gênero contrato, 209
- 8.4 Traços distintivos entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado, 211
- 8.5 Direito positivo, 214
 - 8.5.1 Normas constitucionais, 214
 - 8.5.2 Legislação ordinária, 215
- 8.6 Características dos contratos administrativos, 216
 - 8.6.1 Presença da Administração Pública como poder público, 216
 - 8.6.2 Finalidade pública, 217
 - 8.6.3 Obediência à forma prescrita em lei, 217
 - 8.6.4 Procedimento legal, 220
 - 8.6.5 Contrato de adesão, 221
 - 8.6.6 Natureza intuitu personae, 222 ‘
 - 8.6.7 Presença das cláusulas exorbitantes, 222
 - 8.6.7.1 Exigência de garantia, 222
 - 8.6.7.2 Alteração unilateral, 223
 - 8.6.7.3 Rescisão unilateral, 224
 - 8.6.7.4 Fiscalização, 225
 - 8.6.7.5 Aplicação de penalidades, 225
 - 8.6.7.6 Anulação, 226
 - 8.6.7.7 Retomada do objeto, 227
 - 8.6.7.8 Restrições ao uso da “exceptio non adimpleti contractus”, 227
 - 8.6.8 Mutabilidade, 228
 - 8.6.8.1 Álea administrativa: alteração unilateral do contrato, 230
 - 8.6.8.2 Álea administrativa: fato do príncipe, 231
 - 8.6.8.3 Álea administrativa: fato da administração, 231
 - 8.6.8.4 Álea econômica: teoria da imprevisão, 233
- 8.7 Rescisão do contrato administrativo, 236
- 8.8 Modalidades de contratos administrativos, 237
 - 8.8.1 Concessão, 237
 - 8.8.1.1 Conceito, 237
 - 8.8.1.2 Natureza jurídica, 239
 - 8.8.1.3 Concessão de serviço público, 241
 - 8.8.1.3.1 Evolução, 241
 - 8.8.1.3.2 Conceito e características, 243
 - 8.8.1.3.3 Concessão e permissão de serviço público, 245
 - 8.8.1.4 Concessão de obra pública, 247
 - 8.8.1.5 Concessão de uso, 248
 - 8.8.2 Contratos de obra pública e de prestação de serviços, 248
 - 8.8.2.1 Empreitada, 251
 - 8.8.2.2 Administração contratada, 252
 - 8.8.2.3 Tarefa, 252

9 LICITAÇÃO, 254

- 9.1 Conceito, 254
- 9.2 Direito positivo, 255
- 9.3 Princípios, 257
 - 9.3.1 Princípio da igualdade, 258
 - 9.3.2 Princípio da legalidade, 259
 - 9.3.3 Princípio da impessoalidade, 260
 - 9.3.4 Princípio da moralidade e da probidade, 260
 - 9.3.5 Princípio da publicidade, 261
 - 9.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório
 - 9.3.7 Princípio do julgamento objetivo, 262
 - 9.3.8 Princípio da adjudicação compulsória, 263
 - 9.3.9 Princípio da ampla defesa, 263
- 9.4 Obrigatoriedade de licitação, 264
- 9.5 Dispensa e inexigibilidade, 264
- 9.6 Modalidades, 274
 - 9.6.1 Concorrência, 276
 - 9.6.2 Tomada de preços, 277
 - 9.6.3 Convite, 278
 - 9.6.4 Concurso, 280
 - 9.6.5 Leilão, 280
- 9.7 Procedimento, 280
 - 9.7.1 Procedimento da concorrência, 282
 - 9.7.1.1 Edital, 282
 - 9.7.1.2 Habilitação, 283
 - 9.7.1.3 Classificação, 287
 - 9.7.1.4 Homologação, 290
 - 9.7.1.5 Adjudicação, 291
 - 9.7.2 Procedimento da tomada de preços, 291
 - 9.7.3 Procedimento do convite, 292
 - 9.7.4 Procedimento do concurso, 292
 - 9.7.5 Procedimento do leilão, 292
- 9.8 Anulação e revogação, 293
- 9.9 Recursos administrativos, 294

10 ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, 296

- 10.1 Descentralização, 296
 - 10.1.1 Descentralização e desconcentração, 296
 - 10.1.2 Descentralização política e administrativa, 296
 - 10.1.3 Modalidades de descentralização administrativa, 297
 - 10.1.3.1 Descentralização territorial, 297
 - 10.1.3.2 Descentralização por serviços, 298
 - 10.1.3.3 Descentralização por colaboração, 300
 - 10.1.4 Evolução, 301
 - 10.1.5 A descentralização administrativa no direito positivo brasileiro, 3

- 10.1.5.1 A confusão do legislador, 302
- 10.1.5.2 A expressão “administração indireta” na Constituição
- 10.1.5.3 A expressão “entidade paraestatal”, 307
- 10.2 Entidades da administração indireta, 309
 - 10.2.1 Modalidades e natureza jurídica, 309
 - 10.2.2 Regime jurídico, 309
- 10.3 Autarquias, 313
 - 10.3.1 O vocábulo “autarquia”, 313
 - 10.3.2 Evolução no direito brasileiro, 314
 - 10.3.3 Conceito e características, 315
 - 10.3.4 Posição perante a Administração Pública e terceiros, 316
 - 10.3.5 Classificação, 316
- 10.4 Fundação, 318
 - 10.4.1 Natureza jurídica e conceito, 318
 - 10.4.2 Fundação de direito privado, 321
 - 10.4.3 Direito positivo brasileiro, 323
 - 10.4.4 Fundação de direito público, 327
- 10.5 Empresas estatais, 328
 - 10.5.1 Alcance da expressão, 328
 - 10.5.2 Distinção quanto ao tipo de atividade, 328
 - 10.5.3 Sociedade de economia mista e empresa pública, 330
 - 10.5.3.1 Traços comuns, 330
 - 10.5.3.2 Traços distintivos, 333
- 10.6 Normas comuns às entidades da administração indireta, 336
- 10.7 Privilégios próprios das autarquias e fundações públicas, 343
- 10.8 Natureza jurídica dos bens das entidades da administração indireta, 343
- 10.9 Controle administrativo ou tutela das entidades da administração indireta, 344

11 ENTIDADES PARAESTATAIS E TERCEIRO SETOR,

- 11.1 As expressões entidades paraestatais e terceiro setor,
- 11.2 Serviços sociais autônomos,
- 11.3 Entidades de apoio,
- 11.4 Organizações sociais,
- 11.5 Organização da sociedade civil de interesse público,

12 ÓRGÃOS PÚBLICOS, 348

- 12.1 Teorias sobre as relações do Estado com os agentes públicos, 348
- 12.2 Conceito, 349
- 12.3 Natureza, 349
- 12.4 Classificação, 350

13 SERVIDORES PÚBLICOS, 352

- 13.1 Terminologia, 352
- 13.2 Agentes públicos, 353

- 13.2.1 Agentes políticos, 353
- 13.2.2 Servidores públicos, 354
- 13.2.3 Particulares em colaboração com o poder público, 356
- 13.3 Cargo, emprego e função, 357
- 13.4 Normas constitucionais, 359
 - 13.4.1 Princípio da isonomia, 359
 - 13.4.1.1 Alcance, 359
 - 13.4.1.2 Regime jurídico único, 360
 - 13.4.1.3 Isonomia de vencimentos, 361
 - 13.4.1.4 Condições de ingresso, 364
 - 13.4.2 Direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, 366
 - 13.4.3 Limitações quanto aos vencimentos, 367
 - 13.4.4 Direito de greve e de livre associação sindical, 369
 - 13.4.5 Proibição de acumulação de cargos, 371
 - 13.4.6 Aposentadoria, 373
 - 13.4.7 Estabilidade, 377
 - 13.4.8 Afastamento para exercício de mandato eletivo, 378
 - 13.4.9 Direitos sociais, 379
- 13.5 Provimento, 380
- 13.6 Vacância, 384
- 13.7 Direitos e deveres, 384
- 13.8 Responsabilidade, 386
 - 13.8.1 Responsabilidade civil, 386
 - 13.8.2 Responsabilidade administrativa, 388
 - 13.8.3 Responsabilidade penal, 389
 - 13.8.4 Comunicabilidade de instâncias, 389

14 PROCESSO ADMINISTRATIVO, 395

- 14.1 Processos estatais, 395
- 14.2 Processo administrativo, 396
- 14.3 Processo e procedimento, 397
- 14.4 Modalidades, 397
- 14.5 Princípios, 399
 - 14.5.1 Princípio da publicidade, 399
 - 14.5.2 Princípio da oficialidade, 400
 - 14.5.3 Princípio da obediência à forma e aos procedimentos, 400
 - 14.5.4 Princípio da gratuidade, 401
 - 14.5.5 Princípio da ampla defesa e do contraditório, 401
 - 14.5.6 Princípio da atipicidade, 402
 - 14.5.7 Princípio da pluralidade de instâncias, 402
 - 14.5.8 Princípio da economia processual, 403
 - 14.6 Processo administrativo disciplinar, 403

- 14.7 Processo sumário, 406
- 14.7.1 Sindicância, 406
- 14.7.2 Verdade sabida, 407

15 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO, 408

- 15.1 Delimitação do tema, 408
- 15.2 Evolução, 409
 - 15.2.1 Teoria da irresponsabilidade, 409
 - 15.2.2 Teorias civilistas, 410
 - 15.2.3 Teorias publicistas, 411
- 15.3 Direito positivo brasileiro, 413
- 15.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade, 415
- 15.5 Responsabilidade do Estado por atos legislativos, 416
 - 15.6 Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, 417
 - 15.7 Reparação do dano, 4205

16 BENS PÚBLICOS, 422

- 16.1 Evolução, 422
- 16.2 Classificação, 423
 - 16.3 Bens do domínio público do Estado, 425
 - 16.3.1 Conceito, 425
 - 16.3.2 Natureza jurídica, 426
 - 16.3.3 Modalidades, 427
 - 16.3.4 Regime jurídico, 428
 - 16.4 Bens do domínio privado do Estado ou bens dominicais, 430
 - 16.4.1 Conceito, 430
 - 16.4.2 Características, 430
 - 16.4.3 Regime jurídico, 431
- 16.5 Alienação, 435
 - 16.5.1 Alienação dos bens de uso comum e de uso especial, 435
 - 16.5.2 Alienação dos bens dominicais, 436
- 16.6 Uso de bem público por particular, 440
 - 16.6.1 Uso normal e uso anormal, 440
 - 16.6.2 Uso comum, 441
 - 16.6.3 Uso privativo, 443
 - 16.6.3.1 Conceito e características, 443
 - 16.6.3.2 Instrumentos estatais de outorga de uso privativo, 444
 - 16.6.3.3 Autorização, permissão e concessão, 445
 - 16.6.3.4 Institutos de direito privado, 450
 - 16.6.3.5 Tutela do uso privativo, 455
 - 16.7 Formação do patrimônio público, 457
 - 16.8 Bens públicos em espécie, 460
 - 16.8.1 Direito positivo, 460
 - 16.8.2 Terrenos reservados, 460

- 16.8.3 Terrenos de marinha e seus acrescidos, 463
- 16.8.4 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, 464
- 16.8.5 Terras devolutas, 465
- 16.8.5.1 Evolução da propriedade rural no Brasil, 465
- 16.8.5.2 Conceito e natureza jurídica, 468
- 16.8.5.3 Titularidade, 469
- 16.8.5.4 Processo de discriminação, 470
- 16.8.6 Faixa de fronteira, 471
- 16.8.7 Ilhas, 472
- 16.8.8 Águas públicas, 473
- 16.8.9 Minas e jazidas, 474
- 16.8.9.1 Conceito, 474
- 16.8.9.2 Sistemas de exploração e aproveitamento das jazidas, 475
- 16.8.9.3 Evolução no direito brasileiro, 475
- 16.8.9.4 Sistema atual, 476
- 16.8.9.5 Regime de exploração, 477

17 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 478

- 17.1 Conceito e abrangência, 478
- 17.2 Espécies, 479
- 17.3 Controle administrativo, 480
- 17.3.1 Conceito e alcance, 480
- 17.3.2 Recursos administrativos, 481
- 17.3.2.1 Conceito, efeitos e fundamento, 48
- 17.3.2.2 Modalidades, 482
- 17.3.2.2.1 Representação, 482
- 17.3.2.2.2 Reclamação administrativa, 483
- 17.3.2.3 Coisa julgada administrativa, 485
- 17.3.2.4 Prescrição administrativa, 486
- 17.4 Controle legislativo, 488
- 17.4.1 Alcance, 488
- 17.4.2 Controle político, 488
- 17.4.3 Controle financeiro, 490
- 17.5 Controle judicial, 492
- 17.5.1 Sistema de unidade de jurisdição, 492
- 17.5.2 Limites, 493
- 17.5.3 Privilégios da Administração Pública, 494
- 17.5.4 Meios de controle, 498
- 17.5.4.1 Habeas corpus, 499
- 17.5.4.2 Habeas data, 500
- 17.5.4.3 Mandado de injunção, 503
- 17.5.4.3.1 Controvérsias quanto à origem, 503
- 17.5.4.3.2 Controvérsias quanto ao objeto, 504
- 17.5.4.3.3 Nossa opinião, 505
- 17.5.4.3.4 Pressupostos, 507
- 17.5.4.4 Mandado de segurança individual, 508
- 17.5.4.4.1 Origem, 508
- 17.5.4.4.2 Conceito e pressupostos, 508

- 17.5.4.4.3 Restrições, 512
- 17.5.4.4.4 Anotações quanto ao processo, 515
- 17.5.4.4.5 Prazo, 520
- 17.5.4.5 Mandado de segurança coletivo, 521
- 17.5.4.6 Ação popular, 524
 - 17.5.4.6.1 Evolução, 524
 - 17.5.4.6.2 Conceito e pressupostos, 525
 - 17.5.4.6.3 Sujeito ativo e passivo, 528
 - 17.5.4.6.4 Posição do Ministério Público, 529
- 17.5.4.6.5 Objeto, 531
- 17.5.4.6.6 Anotações quanto ao processo, 532
- 17.5.4.7 Ação civil pública, 533
 - 17.5.4.7.1 Origem e evolução, 533
 - 17.5.4.7.2 Comparação com ação popular e mandado de segurança coletivo, 534
 - 17.5.4.7.3 Pressupostos e conceito, 535
 - 17.5.4.7.4 Sujeito ativo e passivo, 536
 - 17.5.4.7.5 Funções do Ministério Público, 536
 - 17.5.4.7.6 Objeto, 537
 - 17.5.4.7.7 Anotações quanto ao processo, 537

Bibliografia, 539

Índice Remissivo, 545

Nota Introdutória

Estudando-se o direito administrativo desde o seu nascimento, com o Estado de Direito, até os dias atuais, constata-se a ampliação do seu conteúdo e as frequentes mutações que vem sofrendo, intensificadas, no direito brasileiro, com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e, mais recentemente, das Constituições estaduais.

Isto se explica, de um lado, pelo sensível acréscimo das funções assumidas pelo Estado como consequência das crescentes necessidades coletivas nos âmbitos econômico e social. O conceito de serviço público ampliou-se para abranger serviços sociais, comerciais e industriais antes privativos do particular; o poder de polícia estendeu-se a áreas onde antes não se fazia necessário, como a proteção ao meio ambiente e a defesa do consumidor; a atuação do Estado estendeu-se à esfera da atividade econômica de natureza privada.

Mas, paralelamente, a nova Constituição trouxe princípios inovadores que refletem o espírito democrático que norteou a sua elaboração; nota-se a preocupação em restringir a autonomia administrativa, aumentando o controle dos demais Poderes sobre a Administração Pública e inserindo a participação popular na função fiscalizadora.

O direito administrativo assume, pois, feição nova. Não é fácil discorrer sobre ele, porque a fase é de aprendizado, de interpretação, de assimilação de novos conceitos e princípios; o momento é de elaboração legislativa, doutrinária e jurisprudencial; muita coisa há por fazer.

Mas a dificuldade não pode deter ou atemorizar quem exerce a função de Procurador do Estado há vinte anos e faz do estudo do direito administrativo objeto de trabalho no dia a dia, na difícil missão de defesa da legalidade administrativa, combinada com o exercício do Magistério na mesma área.

Vivemos o direito administrativo cotidianamente e acompanhamos a sua constante evolução, facilmente perceptível pela quantidade de leis e regulamentos que se editam nessa área, revelando um aspecto de flexibilidade que lhe é próprio e inevitável em face da dinâmica dos interesses públicos que a Administração deve atender.

O livro cuida dos vários temas do direito administrativo, começando pelo seu conceito, origem e objetivo, passando para o exame da Administração Pública em sentido objetivo (serviço público, poder de polícia, atos e contratos, licitação) e em sentido subjetivo (pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos) para, a seguir, analisar os instrumentos de atuação (processo administrativo e bens públicos), deixando para a parte final a matéria relativa ao controle, já que este incide sobre vários aspectos da atuação administrativa.

A Autora

Nota à 12ª Edição

As constantes mudanças na Constituição e nas leis, a proliferação de medidas provisórias e o processo de Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado impõem as freqüentes revisões neste livro.

Antes de um ano de publicada a 10ª edição, com a introdução das alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 19, de 04-06-1998 - referente à Reforma Administrativa -, já se fez necessária nova atualização por conta da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-1998, referente à Reforma da Previdência Social, já que esta afeta o regime de aposentadoria e pensão do servidor público. Daí a 11ª edição ter atualizado essa parte, além de ter comentado, nos itens pertinentes, a Lei nº 9.784, de 29-01-1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e a Lei nº 9.790, de 18-03-1999, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público, bem como o tema das agências reguladoras.

Ainda na 11ª edição foram incluídos itens sobre convênios e consórcios e um capítulo novo para tratar das entidades paraestatais ou terceiro setor, na nova terminologia da Reforma do Estado.

Na 12ª edição não foram inseridos temas novos. Foi feita revisão geral da obra, para pequenos reparos, e a necessária atualização das leis, em especial das medidas provisórias

A autora.

Origem, Objeto e Conceito do Direito Administrativo

1.1 FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *ius civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito.

Além disso, o que havia eram normas esparsas relativas principalmente ao funcionamento da administração pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia.

A Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do direito administrativo. Era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalos (aqueles que se submetem à vontade de outrem). Nesse período, do chamado Estado de Polícia, assinala Merkl (1980:93) que o direito público se esgota num único preceito jurídico, que estabelece um direito limitado para administrar, estruturado sobre princípios segundo os quais *quoti regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut malfaire*.

O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa idéia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno em benefício dos direitos individuais.

Não havia Tribunais independentes, uma vez que, em uma primeira fase, o próprio rei decidia os conflitos entre particulares e, em fase posterior, as funções judicantes foram delegadas a um conselho, que ficava, no entanto, subordinado ao soberano.

No entanto, apontam-se algumas obras de glosadores da Idade Média, principalmente dos séculos XIII e XIV, nas quais se encontra o germe dos atuais direitos constitucional, administrativo e fiscal. Indica-se a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275 dC.), dedicada ao estudo dos três últimos livros do Código Justiniano, que tinham sido deixados de lado, porque dedicados a estruturas fiscais e administrativas de um império que já não existia. Outro texto sobre o qual trabalharam os juristas, na época, foi o *Liber Constitutionis*, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231. No século XIV, a obra de Bartolo de Sassoferrato (1313-57) lança as bases da teoria do Estado Moderno (cf. Mario G. Losano, 1979:55).

Mas a formação do direito administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se - já na fase do Estado Moderno - o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Daí a afirmação de que o direito administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média.

“Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua

ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções” (cf. O. A. Bandeira de Mello, 1979, v. 1:52).

Alguns vão ao ponto de afirmar que o direito administrativo é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos. Onde não houve a mesma luta que convergiu para a mudança brusca de regime, não existe direito administrativo. É o que expõe Mario G. Losano, quando, citando tese defendida, na França, por Hauriou, na Suíça, por Fleiner e, na Itália, por Zanobini, afirma que ela “foi reconsolidada, pela constatação de que o direito inglês - não tendo sofrido o nítido corte gerado pela Revolução Francesa entre mundo feudal e mundo burguês - não conhece um direito administrativo, tal como não conhece direitos imobiliários (ou reais) encerrados em categorias taxativas determinadas”. Com isso, deve concluir-se que “o direito administrativo é um produto da Europa continental pós-revolucionária, o que impede a generalização de conceitos para além destes limites de espaço e de tempo.

Na realidade, ele apresenta-se como o direito que o estado burguês utiliza para se defender tanto contra a classe derrubada como contra a que, utilizada como aliada no decurso da revolução, é reprimida depois da tomada do poder” (cf. Losano, 1979:68).

Não se afigura verdadeira a tese de que o direito administrativo só exista nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII. O que é verdadeiro é o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder, em consequência, o direito administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos “direitos” filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que valem a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o direito administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado.

Na realidade, o conteúdo do direito administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública, o objeto do direito administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o direito administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, porque o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado-Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário.

Também sob esse aspecto, ampliou-se o conteúdo do direito administrativo, a ponto de já se começar a falar em novo ramo que a partir daí vai se formando - o direito econômico - baseado em normas parcialmente públicas e parcialmente privadas.

Neste capítulo, o que se pretende mostrar é a contribuição do direito francês, do direito alemão e do direito italiano para a formação do direito administrativo como ramo autônomo. A orientação seguida pelos três “direitos” foi diversa: o primeiro, que praticamente deu origem ao direito administrativo, formou, no início, a chamada escola legalista ou

exegética, porque o estruturou quase inteiramente a partir da interpretação de textos legais, levada a efeito pelos Tribunais Administrativos; o segundo, embora influenciado pelo direito francês, deu os primeiros passos no sentido da elaboração científica do direito administrativo; e o terceiro, seguindo um pouco de cada tendência - a exegética e a científica - trouxe inegável contribuição para a elaboração sistemática do direito administrativo.

Também se fará rápida análise do direito administrativo anglo-americano, com o objetivo de demonstrar a diversidade de sua formação e o seu menor desenvolvimento quando comparado com o sistema europeu-continental.

Não se poderia deixar de dedicar um parágrafo ao direito administrativo brasileiro que, seguindo a orientação dos demais países da América Latina, adotou o sistema europeu-continental.

O capítulo se encerrará com um item sobre o objeto e, outro, sobre o conceito do direito administrativo.

1.2 CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO FRANCÊS

É inegável a contribuição do direito francês para a autonomia do direito administrativo.

Costuma-se indicar, como termo inicial do nascimento do direito administrativo, a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França.

Mas foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o direito administrativo.

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao poder judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel, 1964:60).

Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem”.

Essa norma foi confirmada, posteriormente, pelo decreto de 16 frutidor do ano VIII: “Proibições iterativas feitas aos tribunais de conhecer atos de administração de qualquer espécie...” (cf. José Cretella Júnior, Tratado de direito administrativo, 1969, v. 6:69-71).

De início, a própria Administração decidia os seus conflitos com os particulares, já que o Judiciário não podia fazê-lo. Foi a fase do administrador-juiz, em que a Administração era, ao mesmo tempo, juiz e parte. No entanto, no ano VIII, começa a desenvolver-se uma verdadeira

jurisdição administrativa, com a criação do Conselho de Estado, que só passa a exercer função verdadeiramente jurisdicional a partir de 1872, quando se tornou independente e suas decisões deixaram de submeter-se ao chefe de Estado.

Foi pela elaboração pretoriana desse órgão de jurisdição administrativa que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países.

Pode-se dizer que a autonomia do direito administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnès Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício (cf. José Cretella Júnior, Tratado de direito administrativo, 1970, v. 8:22-23). Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, colocando de lado o Código Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se que, nessa ocasião, ocorreu choque de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos - a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa - o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, como também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do direito civil, como então era tratado, para mergulhar no campo do direito administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do direito civil.

Embora a decisão apenas confirmasse, quanto à competência da jurisdição administrativa, jurisprudência anterior do Conselho de Estado, adotada nos casos Rotschild (1855) e Dekeister (1862), ela inovava em dois pontos: quando definia a competência da jurisdição administrativa pelo critério do serviço público (responsabilidade por danos decorrentes do serviço público) e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares.

A partir de então, inegável foi a contribuição do Conselho de Estado francês para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo.

“Em 1945, o Conselho de Estado francês invocou, pela primeira vez de modo expresso, os princípios de direito aplicáveis, mesmo na ausência de textos legais, às relações entre Administração-indivíduo, Administração-funcionário ou entre órgãos administrativos. E a partir de então expediu-se naquele tribunal essa diretriz, atribuindo-se aos princípios força de lei quanto aos atos administrativos gerais e especiais. Em virtude do surgimento de regulamentos autônomos previstos na Constituição francesa de 1958 e dotados da mesma força de lei, o Conselho de Estado passou a conferir, aos princípios gerais, valor constitucional, com base no preâmbulo da referida Constituição” (cf. Odete Medatier, in “O Estado de S. Paulo”, 24-4-86, p. 42).

Georges Vedel (1964:53) ressalta o fato de que o direito administrativo francês é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz.

Diz ele que, nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e a imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo,

ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos.

Afora a contribuição do Conselho de Estado, que não se limitou às origens do direito administrativo, pois se perpetuou nas sucessivas interpretações de leis e regulamentos administrativos, mediante princípios publicísticos, o direito francês também se coloca entre os pioneiros no campo da elaboração doutrinária do direito administrativo.

É verdade que se indica como primeira obra, nessa matéria, os *Principii Fondamentali di diritto amministrativo*, de Giandomenico Romagnosi, publicada na Itália em 1814; porém, logo a seguir, surgem, na França, as obras de Macarel (*Éléments de jurisprudence administrative*, 1818) e De Cormenin (*Questions de droit administratif*, 1822). Costuma-se criticar essas primeiras obras pelo fato de que se limitaram a comentar textos legais e decisões jurisprudenciais. Assim foram as obras de Macarel, Cormenin e De Gerando. No entanto, são ainda do direito administrativo francês as primeiras obras que trataram dos temas do direito administrativo como categoria própria, constituída por princípios autônomos; é o caso do *Cours de droit administratif* de Ducrocq, das *Conférences sur le Droit*, de Aucoc, e do *Traité sur la juridiction administrative*, de Laferrière.

Também foi o direito francês o primeiro a colocar o Direito Administrativo como matéria de ensino universitário. Em 1819, muito antes, portanto, do referido caso Blanco, foi inaugurada na Faculdade de Direito de Paris a cadeira de Direito Administrativo, ministrada pelo Barão de Gerando, que publica o seu *Programme du Cours de Droit Public Positif Administratif* à la Faculté de Droit de Paris, no qual expõe os princípios gerais da Ciência da Administração, distinta do Direito Administrativo Positivo. Em 1829, ele publica as *Institutes du Droit Administratif Français*, nas quais sistematiza a exposição de mais de 80.000 dispositivos legais e regulamentares (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 1979:53).

O direito administrativo francês formou-se como disciplina normativa referida a um sujeito - a Administração Pública, ou, nas palavras de André Hauriou (RDA 1:465), *il reste une discipline interieure à un groupe*. Ele se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de poder público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado. Segundo Vedel (1964:57), quatro princípios essenciais informam o direito administrativo francês: o da separação das autoridades administrativa e judiciária, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das decisões executórias, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da legalidade, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da responsabilidade do poder público, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

Tendo o direito administrativo francês nascido como o direito concernente a um sujeito - Administração Pública - é natural que se entendesse que sua organização, seus direitos, prerrogativas e obrigações fossem regulados por normas próprias, diversas daquelas que disciplinam as relações particulares. Daí a razão pela qual muitos autores viram o direito administrativo como “o conjunto das derrogações que as leis trariam à aplicação do direito privado no que concerne, à via administrativa. Ele sempre foi apresentado como um corpo de regras globalmente autônomo, repudiando em bloco o direito privado” (cf. Vedel, 1964:47). Foi o que fez o Conselheiro Davi, no caso Blanco, onde ele afirma que “a responsabilidade que pode incumbir ao Estado para os danos causados aos particulares por fato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios que são estabelecidos pelo Código Civil para as relações de particular a particular_” (cf. Vedel, 1964:48).

A mesma rejeição às normas do direito civil, que se verifica em relação ao tema da responsabilidade, repete-se também em relação aos contratos administrativos, aos bens públicos, às fundações públicas. Vale dizer que se procura solucionar, com normas e princípios do direito administrativo, todas as questões em que a Administração é parte.

Evidentemente, a autonomia nunca foi total. Jean Waline “mostra que as hipóteses nas quais o juiz administrativo aplica aos litígios que lhe são submetidos regras emprestadas ao Código e leis de direito privado são muito mais numerosas do que se supõe geralmente, de tal sorte que a apresentação tradicional que nisso vê ‘exceções’ à autonomia do direito administrativo repudiando ‘em bloco’ o direito privado torna-se muito contestável” (cf. Jean Waline, apud Vedel, 1964:48).

Vedel, que aceita essa conclusão, afirma que “o que permanece verdadeiro da tese clássica é que, ao contrário do juiz judiciário, o juiz administrativo é senhor de decidir se os Códigos e as leis de direito privado se aplicam a tal ou tal matéria dependente de sua competência. Conforme os casos, ele próprio forjará as regras aplicáveis ou considerará inútil a derrogação das regras do direito privado” (cf. Vedel, 1964:48).

1.3 DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

Enquanto na França o direito administrativo surgiu após a revolução, que rompeu inteiramente com o sistema anterior, na Alemanha não houve a mesma ruptura, pois resultou, esse ramo do direito, de longa evolução, não processada pela mesma forma nos diferentes Estados. Lá, a transformação “não se desenrolou segundo um ritmo uniforme nos diferentes Estados alemães, e em nenhuma parte o velho direito foi em um dado momento totalmente eliminado para ser substituído por um direito novo; constata-se, em cada período, a subsistência de reminiscências jurídicas de concepções passadas. Mas em cada um desses períodos, a situação do poder público em relação aos sujeitos e em relação ao direito é determinada por uma concepção nova, que se afasta das tendências anteriores” (cf. Fritz Fleiner, 1933:25).

Na Idade Média, a proteção jurídica para a autoridade e para o particular era a mesma, sujeitando-se, um e outro, às instâncias jurisdicionais dos tribunais, cabendo, no entanto, ao príncipe um direito eminente (*jus eminens*), composto por uma série de prerrogativas e poderes que ele devia exercer no interesse da coletividade. Em uma segunda fase, após a Reforma, ampliou-se o poder do príncipe; constituiu-se o chamado *jus politiae* (direito de polícia) que, partindo da idéia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, concentrou em mãos dos príncipes poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo; houve, nesse período, uma separação entre a polícia e a justiça; o príncipe podia baixar regras de polícia, relativas à Administração, e normas relativas à justiça; estas últimas ficavam fora de sua ação e só podiam ser aplicadas pelos juízes; as outras eram aplicadas pelo príncipe e seus funcionários que agiam exclusivamente sob normas dele emanadas e sem assegurar-se aos indivíduos apelo aos tribunais.

Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império; o primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.

Com isto, muitas das relações jurídicas em que a Administração era parte passaram a ser regidas pelo direito civil e a submeter-se a tribunais independentes, sem qualquer vinculação

com o príncipe. Estes tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o fisco, todos eles fundamentados no direito privado. Na realidade, não havia outro direito além do direito civil.

Como diz Otto Mayer (1949, t. 1:56), “o resultado foi que nesse período do regime de polícia existe efetivamente um direito civil, um direito penal, um direito processual; em uma palavra: o direito de justiça. Com relação à administração não existem regulamentos que sejam obrigatórios para a autoridade frente ao súdito: não há direito público. No Estado Moderno, conservou-se do regime de polícia a idéia de soberania do Estado e, embora desaparecendo o dualismo do Estado e do Fisco, manteve-se a idéia de submissão de uma parte da atividade estatal ao direito civil.

Por outro lado, deixou este de ser o direito único, pois desenvolveu-se o direito público, em especial o direito administrativo, para reger as relações entre o Estado e os administrados; o direito civil passou a ter aplicação apenas subsidiária.

Tudo isto, não é demais repetir, foi produto de longa evolução; não resultou de rupturas violentas com regimes anteriores, nem do trabalho do legislador; nas palavras de Fritz Fleiner (1933:33), “o progresso decorreu da prática das autoridades, da jurisdição administrativa e do trabalho silencioso da doutrina”.

Embora o direito público alemão tivesse sofrido influência do direito francês, foi diversa a origem do seu direito administrativo e a sua própria formação; o direito administrativo na França, foi produto de elaboração pretoriana do Conselho de Estado, desenvolvida para atender a necessidades puramente práticas, surgidas em cada caso concreto. Na Alemanha, predominou a elaboração sistemática e científica, mais abstrata, a cargo dos doutrinadores, conforme se demonstrará além, ao cuidar-se do objeto do direito administrativo.

No direito alemão, a influência do direito civil foi muito maior na elaboração do direito administrativo do que ocorreu no direito francês.

Enquanto neste houve uma tendência para rejeitar, em bloco, as normas do direito privado, construindo-se o direito administrativo como conjunto de normas derogatórias e exorbitantes do direito comum, na Alemanha a sistematização do direito administrativo, por idéias herdadas do Estado de Polícia, seguiu muito mais a orientação adotada pelos pandectistas na interpretação do Código Civil. Na sistematização do direito administrativo, adotou-se o método construtivo, preocupado em formular dogmas específicos do direito público, mas sempre a partir do modelo construído pelo direito privado.

Segundo Fritz Fleiner (1933:44), a expressão “direito administrativo” não designa, na Alemanha, ao contrário da França, uma espécie particular de direito. “No sentido mais amplo, o “direito administrativo” designa todas as normas que regulam a atividade das autoridades estatais administrativas, quer façam parte do direito público ou do direito privado. Mas a ciência do direito não entende a noção dessa maneira tão ampla. Ela parte da consideração de que as normas particulares não foram elaboradas pela Administração Pública senão nos casos em que as normas gerais do direito privado, do direito penal e do processo não podem proteger, pelo menos de maneira suficiente, em razão do modo mesmo pelo qual elas são concebidas, os interesses especiais da administração pública”. Acrescenta o mesmo autor que se entenderá por direito administrativo “o direito público estabelecido na medida das necessidades da administração pública”.

1.4 DIREITO ADMINISTRATIVO ITALIANO

Também na Itália não houve o mesmo rompimento brusco com o regime anterior. Encontram-se as origens do direito administrativo italiano no ordenamento administrativo piemontês que,

sob dominação, da França, foi profundamente influenciado pelo direito francês elaborado a partir da época de Napoleão. O próprio método exegético do direito francês foi seguido, nas origens, pelo direito administrativo italiano. Com a anexação das demais províncias ao Reino piemontês, aquela mesma influência se fez sentir, na medida em que houve a unificação administrativa, em especial pela Lei nº 2.248, de 20-3-1865, conhecida como “Lei sobre unificação administrativa do Reino”, compreendendo seis anexos referentes às leis fundamentais do Estado; a Lei provincial e municipal, a Lei sobre segurança pública, a Lei de saúde, a do Conselho de Estado, a do contencioso administrativo e a de obras públicas.

Num segundo período, que vai de 1865 até a V Guerra Mundial, verificaram-se importantes alterações na legislação, especialmente nas quatro primeiras partes anexas à referida lei de unificação do Reino, para adaptá-las aos princípios liberais defendidos na Europa do século XIX. A terceira fase (1922 a 1943), iniciada após a I Guerra Mundial, foi marcada pelo aparecimento do fascismo, com adoção de princípios autoritários e abolição de postulados democráticos na organização dos órgãos administrativos: definição dos poderes do Primeiro Ministro, faculdades normativas do poder executivo, extinção de órgãos eletivos nos municípios, ampliação dos poderes do Prefeito, intervenção do Estado na vida social, econômica e moral dos cidadãos. A partir da queda do fascismo, voltam os princípios democráticos, Reinstaurando-se o sistema de governo parlamentar, reconstituindo-se os órgãos eletivos nos municípios e nas províncias, limitando-se os poderes do prefeito e criando-se a autonomia regional (cf. Alessi, 1970:20-3).

Sob o aspecto doutrinário, o direito administrativo, na primeira fase, sofreu influência da doutrina francesa e paralelamente se inspirou nos esquemas do direito privado. Na segunda fase, já abandonando gradativamente o apego aos métodos de direito privado e à escola exegética, foi assumindo caráter científico, com sistematização própria, embora com influência alienígena, especialmente do direito alemão. Nessa fase, as obras de Orlando, Santi Romano, Oreste Ranelletti, Federico Cammeo.

Segundo Orlando (1900:47), o direito italiano conseguiu uma “feliz harmonia” entre as duas tendências opostas verificadas no direito francês e no direito alemão; o primeiro apegou-se excessivamente ao caso concreto tal como estudado pela jurisprudência; e o segundo pecou pela excessiva abstração e distanciamento da realidade.

1.5 DIREITO ADMINISTRATIVO ANGLO-AMERICANO

Enquanto o direito francês, o italiano, o alemão e, entre tantos outros, o brasileiro são filiados ao sistema de base romanística, o direito vigente nos Estados Unidos e na Inglaterra integra o chamado sistema do *common law*, expressão que designa, nas palavras de José Cretella Júnior, “o direito não escrito de um país, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de Justiça” (in Revista da Procuradoria Geral do Estado, v. 12:10).

Uma das diferenças básicas entre os dois sistemas está em que o primeiro tem como fonte principal o direito legislado (*statute law*) e, o segundo, o precedente judiciário, ou seja, o direito comum (*common law*) criado por decisões judiciais.

Conforme ensinamento de John Clarke Adair (1964:10-11), na elaboração de sua sentença, “o juiz do *common law* está teoricamente vinculado pelo *common law*. Praticamente entretanto, está vinculado somente na medida em que este tenha sido gradualmente revelado através das sentenças anteriores”. Outra fonte do direito anglo-saxão é a equidade, que serve de fundamento a decisões judiciais nos casos em que não se encontra no *common law* a tutela eficaz aos direitos privados. Uma vez proferida a decisão com base na equidade, ela também se transforma em precedente judiciário e passa a integrar o *common law*.

Os direitos filiados a esse sistema têm também como fonte o direito legislado, que é direito escrito, ao contrário das demais fontes citadas, que compõem o direito não escrito. Em caso de conflito entre este último e a lei, esta é que prevalece. Desse modo, à medida que aumenta o direito legislado, diminui o campo de aplicação do direito não escrito. Mas as decisões proferidas com base na lei passam também a constituir precedentes judiciais que vinculam os juizes nas decisões futuras; o mesmo ocorre, nos Estados Unidos, com relação à interpretação judicial da Constituição escrita.

O papel do juiz, no sistema anglo-americano, é da maior relevância, porque ele não se limita a aplicar uma norma pré-existente ao caso concreto, pois, “para ele, os precedentes, os atos legislativos e até a carta constitucional não são senão as peças já ordenadas de um vasto e incompleto mosaico que representará ao direito eterno, peças às quais ele mesmo agregará sua modesta contribuição no ato de ditar a sentença” (John Clarke Adam, 1964:17).

No que diz respeito ao direito administrativo no sistema anglo-americano, o seu nascimento, além de posterior ao do sistema continental, não teve a seu favor as razões históricas que justificaram a interpretação que na França se deu ao princípio da separação de poderes e inspiraram a criação do contencioso administrativo.

Na Inglaterra e Estados Unidos, o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública o mesmo controle que exerce sobre os particulares, graças ao apego aos princípios da *rule of law*, na Inglaterra, *judicial supremacy* e *due process of law*, nos Estados Unidos.

Enquanto aos franceses, após a revolução, repugnava a idéia de submeter a Administração ao Judiciário em consequência dos apontados antecedentes históricos, na Inglaterra e nos Estados Unidos os revolucionários dos séculos XVII e XVIII, respectivamente, receavam os excessos do Poder Executivo, razão pela qual registrou-se a tendência oposta de atribuir ao Judiciário e ao Legislativo maiores poderes de controle.

Havia grande resistência ao nascimento do direito administrativo, que era visto como um conjunto de normas que asseguravam privilégios e prerrogativas para a Administração frente ao particular, parecendo mais como direito próprio dos regimes totalitários.

Se o direito administrativo surgiu no sistema anglo-americano, não foi em consequência dos princípios revolucionários, mas sim para atender aos reclamos da sociedade moderna, em favor da atuação crescente do Estado no campo social e econômico, a exigir o crescimento da máquina administrativa e, paralelamente, a elaboração de normas próprias para sua atuação.

Hoje não é possível negar mais a existência do direito administrativo naquele sistema, embora com conteúdo menos amplo do que no direito francês.

Porém, durante algum tempo, os juristas resistiram ao reconhecimento desse fato, graças principalmente à obra de Albert Venn Dicey (*Lectures introductory to the study of law of the constitution*, publicada pela primeira vez em 1885), e que influenciou tanto o direito inglês como o norte-americano.

Um estudo crítico a respeito do pensamento de Dicey foi feito por James W. Garner (1929:337-385). De seu trabalho extrai-se a idéia de que, para Dicey, existem no direito administrativo francês dois princípios estranhos à concepção inglesa: o primeiro é o que reconhece aos funcionários uma série de prerrogativas que não têm os particulares, colocando-os em situação de desigualdade no que concerne a sua responsabilidade perante os Tribunais; enquanto na Inglaterra os funcionários e os simples cidadãos submetem-se ao mesmo direito comum e respondem perante os tribunais ordinários, na França, os funcionários gozam de privilégios assegurados por leis administrativas e não podem ser processados perante a justiça comum. Para Dicey, o princípio do *rule of law* (império da lei) significa:

- a) supremacia do direito comum, a impedir o reconhecimento de privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais;
- b) unidade da lei e da jurisdição para todos, sejam funcionários ou particulares;
- c) existência de um direito comum constituído pelo conjunto dos direitos individuais tal como aplicados e interpretados pelos tribunais.

O outro princípio do direito francês, diferente do anglo-americano, é o que concerne à separação de poderes que, na França, é interpretado de forma a impedir a apreciação, pelos juizes da jurisdição comum, dos atos praticados pela Administração Pública e, nos Estados Unidos e Inglaterra, como separação funcional, a impedir a Administração de exercer função jurisdicional como a que exerce o Conselho de Estado francês.

Tais idéias são contestadas por Garner, no referido trabalho. Ele demonstra, de um lado, que os funcionários franceses respondem perante os tribunais administrativos, apenas quando se trata de falta cometida em razão do serviço; por suas faltas pessoais e por seus crimes, eles respondem perante a jurisdição ordinária. Por outro lado, ele observa que não é inteiramente verdadeira a afirmação de Dicey segundo a qual, no direito inglês, funcionário e cidadão encontram-se em pé de igualdade perante a lei, no que concerne à prática de infrações. Além do Chefe de Estado, personificado pela Coroa, e dos Ministros, uns e outros gozando de proteção e imunidades especiais, inúmeros funcionários ingleses são total ou parcialmente liberados de responder perante os tribunais ordinários pelas consequências de seus atos oficiais; é o caso dos juizes, oficiais de polícia, funcionários das alfândegas e outros. Além disso, uma lei de 1893 concedeu certo privilégio aos servidores do Estado, ao exigir que todas as ações contra os mesmos, por atos praticados no exercício do cargo, sejam iniciadas no prazo de apenas seis meses da data do ato.

Quanto à impossibilidade de os tribunais ordinários, na França, apreciarem atos da Administração Pública, Garner contesta também, mostrando que essa apreciação ocorre em vários casos, como nas faltas pessoais cometidas por funcionários, nas desapropriações, na responsabilização civil da Administração, na aplicação das regras de polícia, nos processos contra a administração dos correios e telégrafos. Por outro lado, embora não exista na Inglaterra o contencioso administrativo, foi atribuída função judicial ou quase-judicial a inúmeros órgãos administrativos, cujas decisões não podem, em geral, ser revistas pelos tribunais ordinários, com a agravante de que esses órgãos não têm as características de corpo judiciário que revestem os tribunais administrativos.

O mesmo ocorreu nos Estados Unidos, onde inúmeros órgãos administrativos foram investidos de funções judiciais ou quase judiciais, para a solução de reclamações dos particulares contra o Estado, dos empregados contra os trabalhadores, sem as características essenciais dos tribunais judiciários e sem a possibilidade de revisão por estes últimos, a não ser sobre questões de direito.

É interessante notar que, na última edição de sua obra, Dicey, influenciado por Gaston Jèze, reconhece que sua concepção do direito administrativo francês está errada e que as decisões do Conselho de Estado se aproximavam bastante das decisões tomadas pelos tribunais comuns (cf. Garner, 1929:353-355).

Também é oportuno observar que o pensamento de Dicey, inteiramente avesso ao regime administrativo francês, justificava-se, talvez, pela própria diversidade da organização do poder na Inglaterra, embora ele não tivesse se apercebido da evolução que já em sua época se verificava.

Garrido Falla (1970:109-111) aponta as seguintes características do regime inglês da primeira metade do século XIX, quando a França já estava desenvolvendo e aperfeiçoando o direito administrativo:

- a) falta quase absoluta de uma burocracia, significando que os cargos públicos do reino compreendiam apenas os chamados supremos (Parlamento e Rei, por exemplo) e os subordinados, que incluíam apenas algumas categorias, deixando fora dessa classificação inúmeros cargos de relevo no Estado, como os de Secretários de Estado, que não eram previstos em lei, embora existissem de fato;
- b) falta de centralização administrativa, pois a maior parte das funções públicas típicas, em especial as concernentes ao poder de polícia, pertenciam aos governos locais, que eram dotados de autonomia (selfgovernment) em relação ao poder central, ao qual não se subordinavam hierarquicamente, mas através do Parlamento; este é que legislava para os órgãos locais;
- c) a atividade administrativa era, do século XVI ao XIX, realizada pelos juízes e pelo Parlamento; a administração dos condados era feita pelos juízes de paz, controlados pelos Tribunais ordinários, o que significa dizer que os juízes praticavam atos judiciais e atos administrativos. Também o Parlamento praticava e ainda pratica atos administrativos, donde a distinção entre public business e private business, estes últimos dando lugar a bills privados.

Já no século XVIII iniciaram-se algumas reformas, que se intensificaram no século XIX, revelando a tendência crescente no sentido do fortalecimento do Governo central, que recebeu amplos poderes para a elaboração de leis delegadas, as quais chegaram a superar sensivelmente, em quantidade, as leis promulgadas pelo Parlamento. O poder central também cresceu à medida que foi criando empresas estatais e assumindo algumas funções quase-judiciais.

No direito inglês a Administração goza de ampla discricionariedade, a tal ponto que muitos de seus atos são subtraídos à apreciação do Poder Judiciário, como ocorria com a chamada “cláusula de Henrique VIII”, em decorrência da qual pode o Parlamento delegar à Administração o poder de mudar a lei, inclusive subtraindo a lei delegada à apreciação pelo Poder Judiciário; nesses casos, os regulamentos baixados pela Administração tinham a mesma força que a lei, produzindo o mesmo efeito de impedir a apreciação judicial.

Vale dizer que, como na Inglaterra os tribunais não controlam a constitucionalidade das leis, os regulamentos também escapavam a esse controle; hoje essa cláusula está em desuso, não sendo mais aceita pelos Tribunais, que exercem controle sobre os regulamentos, exigindo a sua conformidade com a lei. Aquilo que ocorria em relação aos regulamentos, ainda ocorre no caso das decisões proferidas por órgãos administrativos com funções quase-judiciais, em que se presume, *juris et de jure*, que o ato reúne todos os requisitos legais, vedada, em muitos casos, a apreciação, pelo Judiciário, da matéria de fato, reservada à competência discricionária da Administração.

No que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, vigorou, na Inglaterra, até 1947, a teoria da irresponsabilidade, baseada no princípio segundo o qual *the king can do no wrong*; o funcionário é que respondia pelos danos causados ao particular. Com a aprovação, naquele ano, do Crown Proceeding Act, a Coroa passou a responder nas seguintes hipóteses: por danos cometidos por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade.

A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre algumas limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

Quanto aos contratos celebrados pela Coroa, há também algumas particularidades, que decorrem da aplicação do princípio, de elaboração pretoriana, segundo o qual a Coroa não pode obrigar-se em detrimento de sua liberdade de ação, ou, por outras palavras, o poder

discrecionário da autoridade pública não pode ser restringido por via contratual (cf. Garrido Falla, 1970:116). Em decorrência disso, nos contratos com seus funcionários, ainda que conste cláusula que impeça a rescisão, é possível a destituição sumária, contra a qual não cabe qualquer recurso; também é possível a redução de salários, cabendo ao funcionário a possibilidade de desistir do contrato. No caso dos militares, ainda que a Administração atrase o respectivo pagamento, não lhes é dado abandonar o serviço (cf. Wade, 1971:453-455). Além disso, são comuns, nos contratos de obras públicas, cláusulas muito semelhantes às dos contratos administrativos, regidos pelo direito público; tais são as cláusulas que estabelecem amplos poderes de controle sobre o contratado, as que asseguram à Coroa o poder sancionador, sem recurso prévio aos Tribunais, as que prevêm o poder de modificação, suspensão ou rescisão do contrato, a qualquer momento, mediante compensação pecuniária ao particular, as que conferem à Coroa o poder de interpretação e privilégios de decisão unilateral.

Gaspar Arifio Ortiz, em prólogo escrito na obra de José Ignacio Monedero Gil (1977:12-14), onde faz um estudo do contrato no sistema do common law, mostra que tais cláusulas são estabelecidas, em caráter geral, para os contratos de obras públicas (United Kingdom General Government Contracts for Building and Civil Engineering Works, General Conditions, 1971), revelando que, embora a doutrina inglesa continue a afirmar que os contratos celebrados pela Coroa se regem pelo direito privado, em uma colocação teórica de “religioso respeito à tradição jurídica recebida”, a realidade das coisas é diferente; inexistente um texto de lei que estabeleça normas sobre tais contratos, que se regem pelas condições estabelecidas em seu próprio texto, aprovado pelo Governo.

Os litígios se resolvem geralmente por árbitros, a tal ponto que foi criado um órgão -Review Board of Government Contracts - de caráter independente, que decide, definitivamente, sobre todos os conflitos que versem sobre rompimento do equilíbrio do contrato.

As características apontadas revelam que o rule of law não tem, na Inglaterra, o alcance que Dicey lhe imprimiu: a Administração goza de privilégios e prerrogativas e de poder discrecionário perante o particular; o princípio da unidade de jurisdição sofre a restrição decorrente das funções quase-judiciais exercidas pelo Executivo; o direito comum elaborado pelos tribunais ordinários não é a única fonte do direito na Inglaterra.

Dessa forma, sob muitos aspectos, o direito administrativo inglês se aproximou bastante do regime de direito administrativo condenado por Dicey.

Mas, como diz Garrido Falla (1970:118), “não são poucos os que diagnosticaram a situação entendendo que a Inglaterra copiou uma parte do regime administrativo (precisamente a que supõe maior sujeição para o particular), porém mostrou-se refratária a admitir, em troca, suas instituições de garantia (um contencioso no estilo francês)”.

Nos Estados Unidos, onde também se fez presente a influência de Dicey, o conteúdo do direito administrativo é bem menos amplo do que nos países que adotam o chamado regime jurídico administrativo. Isto porque toda a matéria relativa à organização administrativa está fora da abrangência daquela disciplina, sendo tratada exclusivamente pela Ciência da Administração, como ramo, portanto, da Ciência Política. O próprio problema das relações entre a Administração e seus funcionários rege-se pelo direito comum; desse modo, o objeto do direito administrativo fica restringido apenas às relações da Administração com os particulares.

John Clarke Adams (1964:36), fazendo uma comparação entre o conteúdo do direito administrativo norte-americano e o dos direitos francês e italiano, aponta, para o primeiro, as seguintes peculiaridades em relação aos demais:

- a) a doutrina norte-americana da separação de poderes está fundada em critérios funcionais, em decorrência dos quais a Administração Pública deve limitar-se a exercer funções administrativas, não podendo assumir funções jurisdicionais, como a que exerce o Conselho de Estado francês;
- b) falta, no direito norte-americano, o conceito de interesse legítimo que delimita, na Itália, as competências do Conselho de Estado e da magistratura ordinária;
- c) a doutrina norte-americana da judicial supremacy dá aos tribunais ordinários um poder genérico de controle sobre qualquer ato administrativo, por questões de legalidade, sempre que um particular tenha um direito de ação garantido pelo common law ou pelas leis;
- d) a doutrina da irresponsabilidade do Estado no common law opõe-se à da responsabilidade no direito francês e italiano;
- e) é limitado o uso da execução forçada no direito norte-americano, onde, a não ser em casos excepcionais, em que o interesse coletivo esteja em perigo, a execução dos atos da Administração depende de autorização dos tribunais;
- f) falta um regime jurídico de emprego público nos Estados Unidos;
- g) inexistência de um corpus de jurisprudência administrativa;
- h) é escasso o desenvolvimento e importância da doutrina no direito anglo-americano;
- i) a predominante posição da jurisprudência no direito administrativo norte-americano leva a um método de ensino universitário diverso, baseado quase só em textos de decisões judiciais.

No que diz respeito à responsabilidade da Administração, houve uma evolução; até bem recentemente prevalecia, também, a regra da irresponsabilidade, sob influência do princípio inglês de que o rei não pode errar (the king can do no wrong).

Hoje, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado.

Com relação ao funcionário, responde da mesma forma que o particular, segundo normas do direito privado. Desde que o Tribunal reconheça a ilegalidade do ato praticado, o seu autor fica sujeito a reparar os danos dele decorrentes. Mas mesmo essa orientação já sofreu certa evolução; os tribunais resolveram reconhecer a determinados funcionários imunidade semelhante àquela de que gozam os juízes; isto ocorreu, em relação aos funcionários administrativos que exercem funções de caráter jurisdicional e àqueles que exercem competências discricionárias.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado, o Federal Tort Claims Act (lei federal sobre demandas de danos civis), de 1948, estabeleceu a regra de que os Estados Unidos serão responsáveis, sempre que haja culpa, da mesma maneira e tão amplamente como um particular nas mesmas circunstâncias.

Além da responsabilidade ser baseada na culpa, portanto, segundo normas de direito privado, a lei estabelece uma série de restrições, pois não se aplica nas seguintes situações: reclamações relativas à perda de cartas ou objetos postais; cobrança de taxas, tarifas aduaneiras ou retenção de bens ou mercadorias pela alfândega; danos causados pela imposição de medidas de quarentena; reclamações que se produzam em país estrangeiro; reclamações relativas às atividades fiscais do Tesouro; danos causados por forças militares e navais em tempo de guerra; quando o funcionário tenha agido em cumprimento a leis ou regulamentos ou no exercício de funções discricionárias, desde que tenha usado da diligência devida.

Nos Estados Unidos também surgiram órgãos administrativos com funções quase-judiciais, à semelhança do que ocorreu na Inglaterra. Trata-se das Commissions, Offices, Agencies, Boards, que são dotadas de relativa independência em relação ao presidente da República. Segundo Garrido Falla (1970:126), “trata-se de uma autêntica concentração de poderes, posto que

ditam regulamentos, aplicam-nos e, finalmente, perseguem por si mesmos e julgam os seus infratores”.

No que diz respeito aos serviços de utilidade pública, muitos dos quais são assumidos pelo Estado no sistema europeu continental e delegados ao particular mediante concessão ou permissão, nos Estados Unidos são deixados para a iniciativa privada, dentro do princípio constitucional da liberdade de indústria e comércio; no entanto, muitos desses serviços dependem da licença do poder público para funcionar e são submetidos a uma regulamentação administrativa, como se verifica com os serviços de navegação aérea e de transportes ferroviários.

Na parte relativa aos contratos, ocorre situação muito semelhante à mencionada para a Inglaterra; embora se continue a afirmar que os contratos celebrados pelo poder público são regidos pelo direito privado, na realidade crescem, a partir de 1940, as leis e decisões judiciais que reconhecem poderes e privilégios para o Estado, quando contrata com outras entidades, públicas ou privadas. Antes disso, entendia-se que as regras ditadas pelo Estado, para celebração de contratos, não tinham carácter obrigatório, pois serviam apenas como instruções para os agentes administrativos; isto porque se igualavam o Governo e o particular, em direitos e obrigações, perante o contrato.

A primeira lei que se promulgou dando orientação diferente foi a “Armed Services Procurement AcC (Lei de Contratos para as Forças Armadas), que impõe limites à ação governamental, exigindo publicidade e concorrência, para eliminar abusos e assegurar ao Governo um preço justo e razoável, além de permitir aos diversos empresários igual oportunidade para competirem e participarem dos negócios com o Governo, tal como consta da justificativa da referida lei (cf. Ortiz, 1977:29).

A partir daí, outras leis e regulamentos foram publicados, com objetivos análogos; também a Corte Suprema vem proferindo decisões, reconhecendo força de lei às normas administrativas referentes aos contratos, além de privilégios e poderes para a Administração, como o da decisão unilateral executória, com a conseqüente compensação pecuniária ao particular prejudicado.

Também nos Estados Unidos existem os órgãos administrativos - Board of Contracts Appeals - com poder de decisão dos conflitos decorrentes de contratos com o Estado, em muitos casos sem possibilidade de recursos aos tribunais;

Suas decisões são publicadas e constituem um corpo de doutrina citado pelos autores e pelos advogados em suas argumentações perante o Poder Judiciário.

Quanto ao poder regulamentar, não constitui uma atribuição inerente à Administração Pública, pois depende de delegação expressa em cada caso; além disso, as normas regulamentares têm a mesma força de lei, à semelhança do que ocorre na Inglaterra com a “cláusula de Henrique VIII”.

Assinale-se, ainda, a adoção do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, que assegura ao público em geral a possibilidade de conhecer os atos de seu interesse, salvo hipóteses de sigilo previamente declarado; assegura-se também a participação do cidadão no procedimento de elaboração dos regulamentos, mediante consultas e conferências para conhecer a opinião dos grupos econômicos interessados, audiências públicas, publicação prévia dos projetos (cf. Garrido Falia, 1970:133).

Não há dúvida, portanto, de que o sistema de common law já tem um direito administrativo, embora a sua formação e o seu desenvolvimento estejam sendo muito mais lentos. Note-se que, no momento em que se constituíram os Estados Unidos da América, como federação, o povo americano já era senhor dos direitos pelos quais o povo francês teve que lutar.

Garrido Falia (1970:129) sintetiza essa diferença de maneira precisa: na Europa, “o Estado de Direito é uma criação historicamente tardia que vem a sobrepor-se às antigas monarquias absolutas centralizadas. A Administração, frente às garantias jurídicas que se introduzem para garantia da liberdade dos súditos, segue, entretanto, atuando como herdeira do antigo Monarca absoluto, com poderes residuais. Ao contrário, os Estados Unidos nascem como Estado independente, sendo já Estado de Direito: a liberdade individual não é ali uma conquista frente a um poderoso Estado anterior, senão também um pressuposto do Estado que nasce. O desenvolvimento ulterior faz com que a situação se pareça cada vez mais com a da Europa; porém, o que merece destacar e que isto se consegue através de um processo em que é o Estado que vai conquistando pouco a pouco (em contrapartida das lutas do cidadão europeu por suas liberdades) as suas prerrogativas de poder público”.

Mas também não há dúvida de que, comparando-se os dois sistemas (o europeu continental e o do common law), este último ainda utiliza, nas relações da Administração com o funcionário e com o particular, predominantemente, o regime jurídico de direito privado.

1.6 DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

À semelhança do que ocorreu na Europa continental, o direito administrativo não nasceu, no Brasil, como ramo autônomo, enquanto esteve sob o regime da monarquia absoluta.

No período colonial, ao tempo das capitanias, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram outorgados pelo monarca português e que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça.

Quando da criação do governo-geral, embora se dividissem as atribuições entre o governador-geral (representante do Rei), o provedor-mor (representante do Fisco) e o ouvidor-geral (distribuidor da justiça), ainda assim o primeiro concentrava grande parte dos poderes, inclusive o de legislar e o de presidir a distribuição da justiça, a ponto de atribuir-se ao governador-geral, a partir de 1640, o título de vice-rei. No século seguinte, alguns receberam poderes em matéria cível e criminal, com possibilidade, inclusive, de aplicar a pena de morte. Com o Império, há uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, os dois últimos concentrados em mãos do Imperador.

Já existia, nessa época, uma administração pública organizada, mas regida praticamente pelo direito privado, que o Conselho de Estado se limitava a aplicar.

No entanto, já no período imperial, criou-se a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, instalada, em 1856, na Faculdade de Direito de São Paulo e regida por Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça.

Começa, então, a desenvolver-se o direito administrativo, graças ao trabalho de doutrinadores, dentre os quais Vicente Pereira do Rego (Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, de 1857), Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral (Direito Administrativo Brasileiro, de 1859), Visconde do Uruguai (Ensaio sobre o Direito Administrativo, de 1862), Furtado de Mendonça (Excerto de Direito Administrativo Pátrio, de 1865), José Rubino de Oliveira (Epítome do Direito Administrativo Pátrio, de 1865), José Antonio Joaquim Ribas (Direito Administrativo Brasileiro, de 1866), José Higino Duarte Pereira (Lições de Direito Administrativo).

Com o início do período republicano, suprime-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. A administração Pública começa a agilizar-se e afastar-se dos moldes do direito privado. No entanto, na primeira fase, foi pobre o trabalho doutrinário desenvolvido no âmbito do direito administrativo.

Segundo Ruy Cirne Lima (1982:33), “reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo na própria base, sobre que se fez assentar o nosso direito público. Foram as instituições dos Estados Unidos da América e os princípios da common law tomados para fundamento do nosso regime jurídico incipiente”. O autor acrescenta que o fundamento estava em contradição com o regime, pois aqui a Constituição de 1891, no artigo 34, nº 23, dividia o direito objetivo em civil, comercial, criminal e processual, enquanto a common law abrange, no conceito norte-americano, “os princípios que regem assim de uma parte a justiça repressiva, como, de outra, a direção dos negócios jurídicos e, de outra ainda, a conservação de interesse privado, a regulamentação das instituições domésticas, e a aquisição, fiscalização e transferência da propriedade; toca, destarte, todos os ramos da Ciência do Direito. O resultado dessa contradição é a incerteza das categorias jurídicas no nosso Direito Administrativo: é o desconhecimento de pessoas administrativas, fora da União, dos Estados e dos Municípios; é o desconhecimento dos limites do domínio público, além dos que lhe assinala a propriedade da União, dos Estados ou dos Municípios; é o desconhecimento da doutrina dos atos administrativos, acima das prescrições do direito privado”.

São dessa fase os trabalhos de Viveiros de Castro (Tratado de Ciência da Administração e do Direito Administrativo, de 1906), Alcides Cruz (Direito Administrativo Brasileiro, de 1910), Manuel Porfírio de Oliveira Santos (Direito Administrativo e Ciência da Administração, de 1919), Carlos Porto Carneiro (Lições de Direito Administrativo, de 1916) e Aarão Reis (Direito Administrativo Brasileiro, de 1923).

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico.

Instituiu-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social.

Como consequência, cresce a máquina estatal, pela criação de novas pessoas jurídicas públicas, quer as de capacidade específica para execução de serviços públicos (autarquias), quer as de capacidade genérica (territórios); paralelamente, aumenta o quadro de funcionários públicos necessários para o atendimento das novas tarefas assumidas pelo Estado.

A partir de então, enriqueceu-se o direito administrativo com sucessivas obras, das quais, excluídas as monografias, que são inúmeras, destacam-se as de Themístocles Brandão Cavalcanti (Instituições de Direito Administrativo Brasileiro, de 1936; Tratado de Direito Administrativo, de 1948/49; Princípios de Direito Administrativo, de 1945), José Mattos de Vasconcellos (Direito Administrativo, de 1932), Ruy Cime Lima (Princípios de Direito Administrativo, de 1939, e Lições de Direito Administrativo, de 1943), J. Rodrigues Vale (Curso de Direito Administrativo, de 1943), J. Guimarães Menegale (Direito Administrativo e Ciência da Administração, de 1950), Fernando Mendes de Almeida (Noções de Direito Administrativo, de 1956), José Cretella Júnior (Direito Administrativo do Brasil, de 1956; Curso de Direito Administrativo, de 1964; Tratado de Direito Administrativo, de 1966/72; Lições de Direito Administrativo, de 1970), Mário Masagão (Curso de Direito Administrativo, de 1959/160), Carlos S. de Barros Júnior (Compêndio de Direito Administrativo, de 1962), Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, de 1964), Manuel Ribeiro (Direito Administrativo, de 1964), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Princípios Gerais de Direito Administrativo, de 1969), Valmir Pontes (Programa de Direito Administrativo, de 1968), Luiz Delgado (Compêndio Elementar de Direito Administrativo, de

1970), Diogo de Figueiredo Moreira Netto (Curso de Direito Administrativo, de 1970/71), Júlio Scantimburgo (Elementos de Direito Administrativo, de 1971), Oscar de Oliveira (Sinopse de Direito Administrativo, de 1971), Sérgio de Andréa Ferreira (Lições de Direito Administrativo, de 1972), Nelson Schiesari (Direito Administrativo, de 1975), Celso Antonio Bandeira de Mello (Elementos de Direito Administrativo, de 1980).

O direito administrativo brasileiro sofreu grande influência do direito alienígena, em especial, nas origens, do francês e italiano.

1.7 OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fazendo um estudo do direito administrativo desde o seu nascimento, com o Estado de Direito, até os dias atuais, verifica-se que o seu conteúdo tem variado no tempo no espaço e que vários têm sido os critérios adotados para a sua conceituação.

Para ter-se a idéia da diversidade de sua amplitude no espaço, basta comparar-se o direito administrativo próprio do sistema europeu-continental e o direito administrativo do sistema anglo-americano. No primeiro, originário do direito francês e adotado por vários países europeus (Itália, Bélgica, Espanha, Portugal, Alemanha Ocidental) e latinoamericanos, inclusive o Brasil, o direito administrativo tem amplitude muito maior, abrangendo o que Rivero (1984:32) chama de Direito Administrativo descritivo, que se preocupa em delimitar o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado e das coletividades locais, a estrutura dos serviços públicos e os mecanismos dos procedimentos referentes a certas atividades (sua fonte é a lei e o regulamento); é o direito administrativo que rege as relações jurídicas que nascem da ação da Administração, fixa suas prerrogativas e obrigações, rege as garantias outorgadas aos particulares contra o arbítrio (sua fonte, na França, é a jurisprudência). Ainda segundo Rivero (1984:34), o direito administrativo, nesse sistema, ganhou autonomia, porque é constituído por um corpo de regras e princípios próprios, originais. Em relação ao direito comum, ele é derogatório. Ele não se contenta em considerar problemas não propostos em direito privado, mas ele os resolve fazendo apelo a noções que o direito privado ignora (utilidade pública, potestade pública). Mais ainda, quando surgem problemas que também se apresentam no direito privado (contrato, responsabilidade), ele lhes dá soluções diversas das que lhes dá o direito civil, sendo este último traço que lhe imprime autonomia.

Mesmo dentro dos direitos filiados ao sistema europeu-continental, notam-se algumas diferenças, em especial entre os que adotam e os que não adotam a jurisdição administrativa.

Nos direitos filiados ao sistema anglo-americano, a diferença é muito maior, uma vez que toda a parte que Rivero chama de direito administrativo descritivo integra a Ciência da Administração e grande parte das relações jurídicas é regida pelo direito comum.

Além dessa diversidade no espaço, o conteúdo do direito administrativo, dentro do mesmo sistema europeu-continental, ao qual se filia o direito brasileiro, tem também apresentado variações. De início, a atividade da Administração Pública abrangia apenas a segurança interna e defesa contra o inimigo externo, além de alguns serviços públicos essenciais. Hoje compreende toda a matéria atinente à intervenção administrativa no domínio econômico e social.

As diferenças, contudo, são mais quantitativas do que qualitativas e não impedem a fixação de um conceito do direito administrativo aplicável a todas as hipóteses.

Vários critérios têm sido utilizados no estudo do direito administrativo.

1.7.1 Escola Legalista, Exegética, Empírica ou Caótica

Em suas origens, na França, o direito administrativo tinha por objeto apenas a interpretação das leis administrativas e atos complementares, que abrangiam matérias concernentes à organização do Poder Executivo e das pessoas jurídicas públicas, às relações entre Administração e administrados, às limitações da liberdade e propriedade, ao domínio público e privado do Estado, às obras públicas, à prestação de serviços excepcionais quanto à saúde, instrução e educação pública, meios de comunicação, transportes em geral e à jurisdição administrativa (cf. O. A. Bandeira de Mello, 1979, v. 1:54). Os doutrinadores limitavam-se a compilar as leis existentes e a interpretá-las com base principalmente na jurisprudência dos Tribunais administrativos, formando a chamada Escola Exegética, Legalista, Empírica ou Caótica, “para a qual o direito administrativo era compreendido como sinônimo de direito positivo” (cf. Cretella Júnior, 1966, v. 1: 145).

Era a mesma orientação adotada no direito privado, em decorrência do respeito aos grandes Códigos, em especial o Código Napoleão (de 21-3-1804), considerado imutável e sagrado.

Pertenciam à escola exegética, entre outros, o Barão De Gerando, Macarel, Foucart, De Courmenin, Dufour, Ducroq, Batbie, que influenciaram, no direito brasileiro do Império, o jurista Pimenta Bueno, para quem o direito administrativo limitava-se ao complexo de princípios práticos e de leis positivas de um povo, que no contexto imperial era representado pela Constituição (cf. Fernando A. de Oliveira, in RDA 120114).

Inúmeras críticas foram opostas ao critério legalista. Nas palavras de Cretella Júnior (1966:145), “nem o direito privado está todo contido em seus códigos, nem o direito administrativo se esgota nas leis e regulamentos administrativos. O direito tem uma extensão muito mais ampla, pois compreende os conceitos e princípios produzidos pelo lento e penoso labor científico dos juristas, expostos e fundamentados nos tratados doutrinários e nos repertórios de jurisprudência. A ciência jurídica é um conjunto de princípios e não pode consistir em comentários da legislação positiva”.

1.7.2 Direito Administrativo e Ciência da Administração

Já em um segundo momento, começou-se a ampliar o objeto de estudo do direito administrativo, procurando-se fixar os princípios informativos de seus institutos, mas aliando-se a isto o estudo da Ciência da Administração, que envolve matéria de política administrativa e não matéria jurídica propriamente dita. Essa orientação de unir o direito administrativo e a ciência da Administração foi seguida, na Itália, principalmente por Federico Persico e Lorenzo Meucci, na Espanha, por Vicente Santamaria de Paredes e, em Portugal, por Guimarães Pedrosa.

Posteriormente, graças à influência dos próprios doutrinadores italianos (Carlos Francesco Ferraris, Wautrain Cavagnari e Orlando) e dos alemães (Loreriz Von Stein e Loening), separou-se a matéria relativa à Ciência da Administração. Isto se deu em decorrência do crescimento de seu objeto de estudo, pois, na segunda metade do século XIX, com a revolução industrial, o Estado teve que intervir na ordem social para solucionar os problemas econômicos gerados pelo Estado liberal. Sentiu-se a necessidade de separar essa atividade do Estado, de ingerência na ordem social, da sua atividade de natureza jurídica.

Ficou para o direito administrativo a atividade jurídica do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional e, para a Ciência da Administração, a atividade social, incluindo as várias formas de ingerência positiva e direta do Estado-poder nas áreas da saúde, educação, cultura, economia, previdência e assistência

social (cf. Cretella Júnior, 1966, v. 1: 182). Esta divisão justifica-se plenamente, uma vez que a matéria que constitui objeto da Ciência da Administração é aquela concernente à valoração da interferência do Estado na ordem econômica e social, abrangendo os aspectos da utilidade e oportunidade dessa atuação; enquanto o direito administrativo é complexo de normas e princípios jurídicos que regem a organização administrativa em seus vários aspectos, bem como as relações da Administração Pública com os particulares.

Sob certo aspecto, o direito administrativo sofreu uma redução em seu objeto, porque toda a matéria concernente à política administrativa, envolvendo estudos sobre utilidade e conveniência de uma ou outra forma de atuação do Estado na ordem social, ficou confiada à Ciência da Administração, que não faz mais parte do currículo dos cursos jurídicos, integrando a Ciência Política. Aliás, no que diz respeito à Ciência da Administração, há duas tendências: uma, seguindo o sistema europeu-continental, inclui essa matéria entre as Ciências Políticas, estudando a Administração sob o aspecto de sua oportunidade, conveniência e adequação aos fins estatais voltados para a intervenção na ordem social; outra, porém, própria do sistema anglo-saxão, não considera a Ciência da Administração como Ciência Política, mas baseada fundamentalmente em fator técnico; o seu objeto é o estudo da função administrativa, incluindo o planejamento, a execução e o controle. Nas duas hipóteses, a Ciência da Administração é autônoma em relação ao direito administrativo.

1.7.3 Critério técnico-científico de estudo do direito administrativo

À medida que se reduziu o objeto do direito administrativo às matérias de natureza jurídica, a sua construção doutrinária passou a ser feita de forma muito mais sistemática e científica com a preocupação de definir os seus institutos específicos e princípios informativos.

Esse trabalho científico foi desenvolvido em grande parte com a contribuição dos juristas alemães, dentre os quais Carl Friedrich Gerber, G. Meyer, Sarwey, Loening e, principalmente, Otto Mayer, considerado o “verdadeiro pai do direito administrativo alemão” (cf. Retortillo, 1959:715). É verdade que esse autor foi influenciado pelo direito francês, tendo publicado, em 1886, o livro “Direito Administrativo Francês”, divulgando, na Alemanha, a legislação e a doutrina que a França adotava na época. Só que o seu trabalho foi sensivelmente enriquecido pelo cunho científico que lhe imprimiu, atribuindo ao direito administrativo instituições jurídicas próprias, diversas das pertinentes ao direito civil.

A sistematização doutrinária do direito administrativo alemão, baseada em método técnico-jurídico, estava, dessa forma, afastada da orientação seguida pela escola legalista, que adotava o método exegetico.

Com a mesma orientação científica, citem-se, na Itália, Orlando, Errico Presutti, Oreste Ranelletti, Attilio Bruniatti, Federico Camineo. Na França, Maurice Hauriou, Henri Berthélemy, Léon Duguit, Gaston Jèze e Roger Bormard.

1.8 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Delimitado o âmbito do direito administrativo, dispõem-se os autores a definição adotando critérios diversos.

& 1.8.1 Escola do serviço público

Um desses critérios é o do serviço público. Formou-se na França a chamada Escola do Serviço Público, integrada, entre outros, por Duguit, Jèze e Bonnard. Inspirou-se na jurisprudência do Conselho de Estado francês que, a partir do caso Blanco, decidido em 1873, passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos.

Essa escola acabou por ganhar grande relevo, pelo fato de ter o Estado-Providência assumido inúmeros encargos que, antes atribuídos ao particular, passaram a integrar o conceito de serviço público. Foi grande a sua repercussão, influenciando juristas do porte de Rodolfo Bullrich e Rafael Bielsa, na Argentina, Themístocles Brandão Cavalcanti e Henrique Carvalho Simas, no Brasil, Laubadère e Rolland, na França.

No entanto, qualquer que seja o sentido que se atribua à expressão serviço público, ela não serve para definir o objeto do direito administrativo. Pelo conceito de uns ultrapassa o seu objeto e, pelo conceito de outros, deixa de lado matérias a ele pertinentes.

Para Duguit (1911:40), o direito público se resume às regras de organização e gestão dos serviços públicos. Ele, acompanhado de Bormard (1959:1-8), considera o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado, sem distinguir o regime jurídico a que se sujeita essa atividade.

Dentro desse conceito, o direito administrativo, por referir-se ao serviço público, incluiria normas que pertencem ao direito constitucional e processual, abrangendo, inclusive, a atividade industrial e comercial do Estado, que se submete ao direito privado. O conceito não faz qualquer distinção entre a atividade jurídica do Estado e o serviço público, que é a atividade material.

Jèze (1948:3-39), ao contrário, considera o serviço público como atividade ou organização, em sentido estrito, abrangendo a atividade material exercida pelo Estado para satisfação de necessidades coletivas, com submissão a regime exorbitante do direito comum. Com essa abrangência, ficariam excluídas do direito administrativo algumas matérias que lhe pertencem, embora não se adaptem ao conceito de serviço público. Tal é o caso da atividade exercida com base no poder de polícia do Estado. Além disso, a Administração, ao prestar serviço público, nem sempre se submete ao regime totalmente derogatório e exorbitante do direito comum; algumas atividades de caráter industrial, comercial e social, embora assumidas pelo Estado como serviços públicos, são exercidas parcialmente sob regime de direito privado: é o caso dos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.

1.8.2 Critério do Poder Executivo

Alguns autores apelaram para a noção de Poder Executivo para definir o direito administrativo, também insuficiente, porque mesmo os outros Poderes podem exercer atividade administrativa, além de que o Poder Executivo exerce, além de sua função específica, as funções de governo, que não constituem objeto de estudo do direito administrativo. No Brasil, Carlos S. de Barros Júnior (1963:8 1) adotou esse critério, procurando aperfeiçoá-lo, ao definir o direito administrativo como o “conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a organização e a atividade do Poder Executivo, inclusive os órgãos descentralizados, bem como as atividades tipicamente administrativas exercidas por outros Poderes”.

Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14) lembra que o Visconde de Uruguai já criticava esse critério, ao distinguir o Poder Executivo puro, político ou governamental, sujeito ao direito constitucional, e o poder administrativo que, cuidando da Administração Pública, está submetido ao ramo específico do direito público e que é, exatamente, o direito administrativo. Acrescenta Fernando Andrade de Oliveira que, realmente, nem toda atividade da Administração Pública se rege pelo direito administrativo; sobre ela incidem normas de direito público e até de direito privado. A competência dos órgãos superiores, geralmente fixada pela Constituição, é matéria tratada pelo direito constitucional (v.g. as funções colegislativas, do Poder Executivo), como também pelo direito internacional (celebração de tratados, declaração de guerra). Além disso, há matérias submetidas ao direito privado, civil e comercial.

Por outro lado, a própria noção de Poder Executivo há de ser deduzida do sistema de divisão do poder político, exposto pela Ciência Política e cuja aplicação, no campo jurídico, não constitui objeto específico do direito administrativo.

1.8.3 Critério das relações jurídicas

Há ainda os que consideram o direito administrativo como o conjunto de normas que regem as relações entre a Administração e os administrados, sendo também inaceitável, porque outros ramos do direito, como o constitucional, o penal, o processual, o eleitoral, o tributário, também têm por objeto relações dessa natureza. Além disso, o critério é insuficiente, porque reduz o objeto do direito administrativo, que abrange ainda a organização interna da administração Pública, a atividade que ela exerce e os bens de que se utiliza.

1.8.4 Critério teleológico

Citem-se os que, filiando-se ao pensamento de Orlando (1919:9-10), adotam o critério teleológico, considerando o direito administrativo como o sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins. O ponto comum em todos os autores que seguem essa doutrina está no entendimento de que o direito administrativo compreende normas que disciplinam a atividade concreta do Estado para consecução de fins de utilidade pública. São adeptos dessa teoria, dentre outros, Recaredo F. de Velasco Calvo, José Gascon y Marin, Carlos Garcia Oviedo, Sabino Alvarez Gendin, Francesco D'Alessio e Arnaldo de Valles.

Essa corrente foi aceita, no direito brasileiro, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:200), com a ressalva de que, para ele, o direito administrativo compreende “tão-somente a forma de ação do Estado-poder, quer dizer, a ação de legislar e executar, e a sua organização para efetivar essa forma, quer dizer, os meios de sua ação”. Daí a sua definição do direito administrativo como “ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata”.

1.8.5 Critério negativo ou residual

Este critério está inteiramente ligado com o anterior e encontra também em Orlando um de seus idealizadores.

De acordo com essa corrente, o direito administrativo tem por objeto as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluindo a legislação e a jurisdição ou somente esta.

Orlando distingue dois aspectos do Estado: como ordenamento fundamental, Rege-se pelo direito constitucional; como organização voltada ao cumprimento de seus fins, compreende a atividade administrativa em sentido lato, que abrange administração, legislação e jurisdição; excluindo as duas últimas, tem-se a Administração em sentido estrito, que é objeto do direito administrativo.

Assim, para ele, o direito administrativo, considerado em sentido positivo, compreende todos os institutos jurídicos pelos quais o Estado busca a realização dos seus fins; quando considerado em sentido negativo, define-se o objeto do direito administrativo, excluindo-se das atividades do Estado a legislação e a jurisdição, além das atividades patrimoniais, regidas pelo direito privado.

No direito brasileiro, esse critério foi adotado por Tito Prates da Fonseca.

1.8.6 Critério da distinção entre atividade jurídica e social do estado

Alguns doutrinadores brasileiros preferem definir o direito administrativo considerando, de um lado, o tipo de atividade exercida (a atividade jurídica não contenciosa) e, de outro, os órgãos que regula; vale dizer, leva-se em consideração o sentido objetivo (atividade concreta exercida) e o sentido subjetivo (órgãos do Estado que exercem aquela atividade). Tal é o conceito de Mário Masagão (1926:21), para quem o direito administrativo é o “conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral”.

Do mesmo feitio é o conceito de José Cretella Júnior (1966, t. 1: 182): direito administrativo é o “ramo do direito público interno que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral”.

1.8.7 Critério da Administração Pública

Vários autores adotam o critério da Administração Pública, dizendo que o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regem a Administração Pública. É o que fazem Zanobini, Cino Vitta, Laubadère, Gabino Fraga, Otto Mayer.

No direito brasileiro, adotaram esse critério Ruy Cirne Lima, Fernando Andrade de Oliveira e Hely Lopes Meirelles, dentre outros.

Para Ruy Cirne Lima (1982:25-26), “o direito administrativo é o ramo do direito positivo que, específica e privativamente, rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas, a organização e os agentes do Poder Executivo das politicamente constituídas e lhes regula, enfim, os seus direitos e obrigações, umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade”.

Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14) também adota esse critério, partindo das noções de Administração Pública em sentido subjetivo, objetivo e formal. Sob o aspecto subjetivo, a Administração Pública é o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas; sob o aspecto objetivo,

compreende as atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos; e, sob o aspecto formal, é a manifestação do poder público decomposta em atos jurídico-administrativos dotados da propriedade da auto-executoriedade, ainda que de caráter provisório.

Daí a sua definição do direito administrativo como “o conjunto de princípios e normas que, sob a Constituição, têm por objeto a organização e o exercício das atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos, mediante atos jurídicos tipificados pela auto-executoriedade, de caráter provisório, posto que sujeitos ao controle jurisdicional de legalidade”.

Evidentemente, o conceito foi mais desenvolvido do que o adotado por autores estrangeiros, pois não basta dizer que o direito administrativo é o ramo do direito relativo à Administração Pública, sem definir o que esta significa.

A definição, no entanto, padece do defeito de considerar que todos os atos administrativos sejam auto-executórios; na realidade, somente os são os atos que impõem obrigações; não os que criam direitos. É o caso de atos como a licença, a autorização, a permissão, a admissão, que não têm força coercitiva, embora sejam também atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles (1996:29) define também o direito administrativo pelo critério da Administração, considerando-o como 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”.

1.8.8 Nossa definição

Partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o direito administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 O VOCÁBULO ADMINISTRAÇÃO

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:33-34), indica duas versões para a origem do vocábulo administração. Para uns, vem de ad (preposição) mais ministro, as, are (verbo), que significa servir, executar; para outros, vem de ad manus trahere, que envolve idéia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia. O mesmo autor demonstra que a palavra administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo.

Em resumo, o vocábulo tanto abrange a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar.

Por isso mesmo, alguns autores dão ao vocábulo administração, no direito público, sentido amplo para abranger a legislação e a execução. Outros, nela incluem a função administrativa propriamente dita e a função de governo.

Quer no direito privado quer no direito público, os atos de administração limitam-se aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados; não incluem os de alienação. Neles, há sempre uma vontade externa ao administrador a impor-lhe a orientação a seguir.

Consoante Ruy Cirne Lima (1982:51-52), existe na relação de administração uma “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”. Distinguindo administração e propriedade, ele diz que “na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.

Administração é a atividade do que não é senhor absoluto. Tanto na administração privada como na pública há uma atividade dependente de uma vontade externa, individual ou coletiva, vinculada ao princípio da finalidade; vale dizer que toda atividade de administração deve ser útil ao interesse que o administrador deve satisfazer.

No caso da Administração Pública, a vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador.

2.2 A EXPRESSÃO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão administração pública:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a administração pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente ao Poder Executivo. Há ainda, outra distinção que alguns autores costumam fazer, a partir da idéia de que administrar compreende planejar e executar:
 - a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe

executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a administração pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;

- b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política. Sob esses vários aspectos é que se procederá ao estudo da administração pública nos itens subseqüentes.

2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNO

2.3.1 Aspecto objetivo

Para bem entender-se a distinção entre Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, é mister partir da diferença entre as três funções do Estado. Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele se desdobra em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.

Muitos critérios têm sido apontados para distinguir as três funções do Estado. Ficamos com a lição de Renato Alessi (1970, t. 1:7-8). Analisando o tema sob o aspecto estritamente jurídico, ele diz que nas três ocorre a emanção de atos de produção jurídica, ou seja, atos que introduzem modificação em relação a uma situação jurídica anterior, porém com as seguintes diferenças:

- a) a legislação é ato de produção jurídica primário, porque fundado única e diretamente no poder soberano, do qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas;
- b) a jurisdição é a emanção de atos de produção jurídica subsidiários dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos se referem;
- c) a administração é a emanção de atos de produção jurídica complementares, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; nessa função o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, tal como ocorre nas relações de direito privado. A diferença está em que, quando se trata de Administração Pública, o órgão estatal tem o poder de influir, mediante decisões unilaterais, na esfera de interesses de terceiros, o que não ocorre com o particular. Daí a posição de superioridade da Administração na relação de que é parte.

A essa distinção pode-se acrescentar, com relação às duas últimas funções, a seguinte: a jurisdição atua mediante provocação da parte interessada, razão pela qual é função subsidiária, que se exerce apenas quando os interessados não cumpriam a lei espontaneamente; a administração atua independentemente de provocação para que a vontade contida no comando legal seja cumprida e alcançados os fins estatais.

No entanto, o mesmo autor demonstra que a função de emanar atos de produção jurídica complementares não fica absorvida apenas pela função administrativa de realização concreta dos interesses coletivo, mas compreende também a função política ou de governo, “que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu

conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal”.

Basicamente, a função política compreende as atividades co-legislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.

Não há uma separação precisa entre os dois tipos de função. Sob o ponto de vista do conteúdo (aspecto material) não se distinguem, pois em ambas as hipóteses há aplicação concreta da lei. Alguns traços, no entanto, parecem estar presentes na função política: ela abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam; e dizem respeito mais à polis, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais.

Costuma-se dizer que os atos emanados no exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário; as Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) estabeleciam que as questões exclusivamente políticas não podiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário. As Constituições posteriores silenciaram, mas a vedação persiste, desde que se considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos. No entanto, se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

São exemplos de atos políticos: a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação de Comissões Parlamentares de Inquérito, as nomeações de Ministros de Estado, as relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra e de paz, a permissão para que forças estrangeiras transitem pelo território do Estado, a declaração de estado de sítio e de emergência, a intervenção federal nos Estados; além disso, podem ser assim considerados os atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais; estes se inserem na função política do Governo e serão executados pela Administração Pública (em sentido estrito), no exercício da função administrativa propriamente dita.

2.3.2 Aspecto subjetivo

Vistas as três funções do Estado - legislação, jurisdição e administração - e, paralelamente a esta, a função política ou de governo, é preciso verificar como elas se distribuem entre os três Poderes do Estado.

É sabido que não há uma separação absoluta de poderes; a Constituição, no artigo 22, diz que “Não Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Mas, quando define as respectivas atribuições, confere predominantemente a cada um dos Poderes uma das três funções básicas, prevendo algumas interferências, de modo a assegurar um sistema de freios e contrapesos.

Assim é que os Poderes Legislativo e Judiciário, além de suas funções precípuas de legislar e julgar, exercem também algumas funções administrativas, como, por exemplo, as decorrentes dos poderes hierárquico e disciplinar sobre os respectivos servidores.

Do mesmo modo, o Executivo participa da função legislativa, quando dá início a projetos de lei, quando veta projetos aprovados pela Assembléia, quando adota medidas provisórias, com força de lei, previstas no artigo 62 da Constituição, ou elabora leis delegadas, com base no artigo 68. O Legislativo também exerce algumas funções judicantes, como no caso em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou quando processa e julga os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o

Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, incisos I e II, da Constituição).

Quanto à função política, quem a exerce?

Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/26-28) faz um estudo sobre a evolução do Governo, mostrando que, em sua acepção primitiva, o vocábulo indicava o conjunto das funções do Estado, incluindo a jurisdição e a legislação, aquela nascida antes desta; “nas suas formações mais antigas, o Governo não legislava, pois a criação do direito se realizava pelo costume, como produto espontâneo da cultura popular. O governante se limitava a resolver os litígios, procedendo como árbitro na aplicação das normas de conduta social preexistente. Tanto que, conforme observa Robert M. MacIven, só em épocas posteriores surgiram legisladores, como Licurgo, Sólon, Hammurabi e Moisés que aliás, apenas codificaram as leis tradicionais ou as apresentaram como mandamentos oriundos da divindade”.

A atividade administrativa compreendia “arrecadação e aplicação de tributos e aproveitamento de recursos humanos e materiais disponíveis, na execução de obras e serviços de interesse comum e particularmente úteis à defesa do agregado social, contra as agressões internas e externas - todas essas participantes dos fins essenciais do Estado e determinantes da sua organização”.

O mesmo autor mostra que “as funções do Estado antigo somente comportavam um conceito de administração em sentido amplo, compreensivo daquelas atividades originárias e indefinidas do governo, já que, nas suas primeiras fases, o processo evolutivo de diferenciação material das funções públicas apenas veio alcançar, progressivamente, a jurisdição e a legislação. Durante muito tempo, a administração, *stricto sensu*, tal como é hoje considerada, permaneceu sem especificação, no núcleo central das atividades do Estado, fundida à função governamental, por sua vez carente de identidade própria. Na sua acepção primitiva, a palavra governo indicava, pois, o conjunto das funções do Estado, de que se separou, primeiro, a justiça, depois, a legislação. É por isso que, atualmente, o termo é empregado por muitos autores para designar tão-somente as atividades residuais, atribuídas ao poder executivo. Mas aquele significado genérico ainda prevalece para exprimir o poder público ou jurídico, inseparável da coatividade e que, como elemento formal, conjugado com o território, como dado material, e com o povo, que é o componente social, constituem o Estado, no seu todo”.

Diante disso, é válido identificar-se Administração Pública (em sentido subjetivo) com Governo, para concluir-se que as funções políticas são atribuídas ao Poder Executivo?

Na realidade, existe uma preponderância do Poder Executivo no exercício das atribuições políticas; mas não existe exclusividade no exercício dessa atribuição. No direito brasileiro, de regime presidencialista e com grande concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, é justificável a tendência de identificar-se o Governo com o Poder Executivo. E quando se pensa em função política como aquela que traça as grandes diretrizes, que dirige, que comanda, que elabora os planos de governo nas suas várias áreas de atuação, verifica-se que o Poder Executivo continua, na atual Constituição, a deter a maior parcela de atuação política, pelo menos no que diz respeito às iniciativas, embora grande parte delas sujeitas à aprovação, prévia ou posterior, do Congresso Nacional; aumenta a participação do Legislativo nas decisões do Governo.

Pode-se dizer que no direito brasileiro as funções políticas repartem-se entre Executivo e Legislativo, com acentuada predominância do primeiro.

Ao contrário dos Estados Unidos, onde o Poder Judiciário desempenha papel de relevo nessa área, chegando-se a falar, em determinada época de sua evolução, em governos dos juízes, no

Brasil a sua atuação restringe-se, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional, sem grande poder de influência nas decisões políticas do Governo.

2.4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO ESTRITO

Deixando de lado a idéia de Administração Pública em sentido amplo, que abrange, em sentido subjetivo, os órgãos governamentais (Governo), e os órgãos administrativos (Administração Pública em sentido estrito e próprio), e, em sentido objetivo, a função política e a administrativa, levar-se-á em consideração, doravante, apenas a administração pública em sentido estrito, que compreende:

- a) em sentido subjetivo: as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa;
- b) em sentido objetivo: a atividade administrativa exercida por aqueles entes.

Nesses sentidos, a administração pública é objeto de estudo do direito administrativo; o Governo e a função política são mais objeto do direito constitucional.

2.5 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO OBJETIVO

Em sentido objetivo, a administração pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo.

Nesse sentido, a administração pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Alguns autores falam em intervenção como quarta modalidade, enquanto outros a consideram como espécie de fomento.

O fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública. Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14) indica as seguintes atividades como sendo de fomento:

- a) auxílios financeiros ou subvenções, por conta dos orçamentos públicos;
- b) financiamento, sob condições especiais, para a construção de hotéis e outras obras ligadas ao desenvolvimento do turismo, para a organização e o funcionamento de indústrias relacionadas com a construção civil, e que tenham por fim a produção em larga escala de materiais aplicáveis na edificação de residências populares, concorrendo para seu barateamento;
- c) favores fiscais que estimulem atividades consideradas particularmente benéficas ao progresso material do país;
- d) desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos e as instituições beneficentes. A polícia administrativa compreende toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo. Compreende medidas de polícia, como ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalização e sanções.

Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância

para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria Constituição Federal é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no artigo 21, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/95: serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético, radiodifusão, navegação aérea, aeroespacial, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros em fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII); serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (inciso XV); serviços nucleares (inciso XXIII).

A intervenção compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico, o que se dá normalmente por meio das empresas estatais; nesse caso, o Estado opera segundo as normas do direito privado, consoante artigo 173, § 12, da Constituição Federal, porém com inúmeras derrogações impostas por outras normas constitucionais, como as referentes à fiscalização financeira e orçamentária (art. 70 e seguintes) e as constantes do capítulo concernente à Administração Pública, em especial o artigo 37.

Para quem, como nós, considera como atividade ou função administrativa apenas aquela sujeita total ou predominantemente ao direito público, a intervenção, na segunda modalidade apontada, não constitui função administrativa; nesse caso, trata-se de atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio nos casos indicados na Constituição (art. 177) ou em regime de competição com o particular, conforme o determine o interesse público ou razões de segurança (art. 173).

Os demais tipos de atividade ou são, originariamente, próprias do Estado ou foram sendo por ele assumidas como suas, para atender às necessidades coletivas; ele as exerce diretamente ou transfere a terceiros o seu exercício, outorgando-lhes determinadas prerrogativas públicas necessárias a esse fim.

A atividade que o Estado exerce a título de intervenção na ordem econômica não é assumida pelo Estado como atividade pública; ele a exerce conservando a sua condição de atividade de natureza privada, submetendo-se, por isso mesmo, às normas de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Constituição. Aqui, a Administração Pública sai de sua órbita natural de ação para atuar no âmbito de atuação reservado preferencialmente à iniciativa privada.

São as seguintes as características da administração pública, em sentido objetivo:

1. é uma atividade concreta, no sentido de que põe em execução a vontade do Estado contida na lei;
2. a sua finalidade é a satisfação direta e imediata dos fins do Estado;
3. o seu regime jurídico é de direito público.

Assim, em sentido material ou objetivo, a administração pública pode ser como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime único de direito público, para a consecução dos interesses coletivos.

2.6 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO SUBJETIVO

Considerando agora os sujeitos que exercem a atividade administrativa, a Administração Pública abrange todos os entes aos quais a lei atribui o exercício dessa função.

Predominantemente, a função administrativa é exercida pelos órgãos do Poder Executivo; mas, como o regime constitucional não adota o princípio da separação absoluta de atribuições e sim o da especialização de funções, os demais Poderes do Estado também exercem, além de suas atribuições predominantes - legislativa e jurisdicional - algumas funções tipicamente administrativas. Tais funções são exercidas, em parte, por órgãos administrativos existentes no âmbito dos dois Poderes (as respectivas Secretarias) e, em parte, pelos próprios parlamentares e magistrados; os primeiros, por meio das chamadas leis de efeito concreto, que são leis apenas, em sentido formal, porque emanam do Legislativo e obedecem ao processo de elaboração das leis, mas são verdadeiros atos administrativos, quanto ao seu conteúdo; os segundos, por meio de atos de natureza disciplinar, atos de provimento de seus cargos, atos relativos à situação funcional dos integrantes do Poder Judiciário.

Assim, compõem a Administração Pública, em sentido subjetivo, todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas. São os órgãos da Administração Direta do Estado.

Porém, não é só. Às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, que compõem a chamada Administração Indireta do Estado.

Desse modo, pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

No direito positivo brasileiro, há uma enumeração legal dos entes que compõem a Administração Pública, subjetivamente considerada. Trata-se do artigo 42 do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, o qual, com a redação dada pela Lei nº 7.596, de 10-4-87, determina que “a administração federal compreende:

I - a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II - a administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista;
- d) fundações públicas”.

Embora esse Decreto-lei seja aplicável, obrigatoriamente, apenas à União, não há dúvida de que contém conceitos, princípios que, com algumas ressalvas feitas pela doutrina, se incorporaram aos Estados e Municípios, que admitem aquelas mesmas entidades como integrantes da Administração Indireta, chamada de Administração Descentralizada na legislação do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar n. 7, de 6-11-69).

3 Regime Jurídico Administrativo

3.1 OS REGIMES PÚBLICO E PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode submeter-se a regime jurídico de direito privado ou a regime jurídico de direito público.

A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei.

Exemplificando: o artigo 173, § 1 da Constituição determina que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”; não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quando este institui, por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá que submetê-la ao direito privado.

Já o artigo 175 outorga ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão; e o parágrafo único deixa à lei ordinária a tarefa de fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, de sua prorrogação, bem como as condições de execução, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Vale dizer que a Constituição deixou à lei a opção de adotar um regime ou outro.

Isto não quer dizer que a Administração Pública não participe da decisão; ela o faz na medida em que, detendo o Poder Executivo grande parcela das decisões políticas, dá início ao processo legislativo que resultará na promulgação da lei contendo a decisão governamental. Normalmente, é na esfera dos órgãos administrativos que são feitos os estudos técnicos e financeiros que precedem o encaminhamento de projeto de lei e respectiva justificativa ao Poder

Legislativo.

O que não pode é a Administração Pública, por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei; isto em decorrência da sua vinculação ao princípio da legalidade.

Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público.

O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito Privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de poder público; mas nunca se despe de determinados privilégios, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete a restrições concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade. Outras vezes, mesmo utilizando o direito privado, a Administração conserva algumas de suas prerrogativas, que derogam, parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o meio utilizado ao rim público a cuja consecução se vincula por lei.

Por outras palavras, a norma de direito público sempre impõe desvios ao direito comum, para permitir à Administração Pública, quando dele se utiliza, alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, preservar os direitos dos administrados, criando limitações à atuação do poder público.

3.2 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições.

E o que decorre do ensinamento de Rivero (1973:35), quando afirma que as articularidades do direito administrativo parecem decorrer de duas idéias opostas: “as normas do direito administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”.

O direito administrativo nasceu sob a égide do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral.

Garrido Falia (1962:44-45) acentua esse aspecto. Em suas palavras, “é curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo.

O regime individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo”.

Assim, o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia; goza ainda de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.

Segundo Cretella Júnior (Revista de Informação Legislativa, v. 97:13), as prerrogativas públicas são “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular”.

Mas, ao lado das prerrogativas, existem determinadas restrições a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo de responsabilização da autoridade que o editou. Dentre tais restrições citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares.

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração.

O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo.

Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o direito administrativo.

3.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”. É o conceito de José Cretella Júnior (Revista de Informação Legislativa, v. 97:7).

Segundo o mesmo autor, os princípios classificam-se em:

- a) onivalentes ou universais, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente;
- b) plurivalentes ou regionais, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas;
- c) monovalentes, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei;
- d) setoriais, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o direito civil, o direito do trabalho, o direito penal etc.

Desse modo, o direito administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior.

Sendo o direito administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do direito administrativo - liberdade do indivíduo e autoridade da Administração - são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do direito administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constróem-se todos os demais.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa e da publicidade (art. 37, caput), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111).

3.3.1 Legalidade

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

E aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 42 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 52, inciso 11, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”, ainda que a mesma decorra de ato da Administração. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção; isto tudo sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração.

O tema concernente ao princípio da legalidade foi mais desenvolvido no livro *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988* (Di Pietro: 199 1).

3.3.2 Supremacia do interesse público

Esse princípio, também chamado de princípio da racionalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o direito romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público.

Esse critério tem sido criticado porque existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público (como as concernentes ao direito de família) e existem normas de direito público que defendem também interesses dos particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposições em geral atinentes ao poder de polícia do Estado e normas no capítulo da Constituição consagrado aos direitos fundamentais do homem).

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Com efeito, já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.

O direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo.

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público; o mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando a resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do poder público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.

Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do direito constitucional e administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.

Ocorre que, da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa.

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público.- também chamado de princípio da finalidade pública - está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (1995:31-33), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a intenção legis”. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos conflados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para manter o exercício dos direitos individuais em consonância com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

3.3.3 Impessoalidade

Este princípio, que aparece, pela primeira vez, com essa denominação, no art. 37 da Constituição de 1988, está dando margem a diferentes interpretações, pois, ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros. Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento; aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo

proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (1989:562), baseado na lição de Gordillo que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. Acrescenta o autor que, em consequência “as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 12 do artigo 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”.

Outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.

3.3.4 Presunção de Legitimidade ou de Veracidade

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Trata-se de presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova.

Como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação. É o que os franceses chamam de decisões executórias da Administração Pública.

3.3.5 Especialidade

Dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, decorre, dentre outros, o da especialidade, concernente à idéia de descentralização administrativa.

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas - as autarquias - como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.

Embora esse princípio seja normalmente referido às autarquias, não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas por lei, para integrarem a administração pública indireta. Sendo necessariamente criadas por lei (conforme norma agora expressa no artigo 37, incisos XIX e XX, da Constituição), tais entidades não podem desvirtuar-se dos objetivos legalmente definidos. Com relação as sociedades de economia mista, existe, norma nesse sentido, contida no artigo 237 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, em

cujos termos “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”. Significa que nem mesmo a Assembléia Geral de acionistas pode alterar esses objetivos, que são institucionais, ligados a interesse público indisponível pela vontade das partes interessadas.

3.3.6 Controle ou tutela

Para assegurar que as entidades da administração indireta observem o princípio da especialidade, elaborou-se outro princípio: o do controle ou tutela, em consonância com o qual a Administração Pública direta fiscaliza as atividades dos referidos entes, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais.

Colocam-se em confronto, de um lado, a independência da entidade que goza de parcela de autonomia administrativa e financeira, já que dispõe de fins próprios, definidos em lei, e patrimônio também próprio destinado a atingir aqueles fins; e, de outro lado, a necessidade de controle para que a pessoa jurídica política (União, Estado ou Município) que instituiu a entidade da administração indireta se assegure de que ela está agindo de conformidade com os fins que justificaram a sua criação”.

A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.

3.3.7 Autotutela

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

É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.

Esse poder da Administração está consagrado em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal. Pela de nº 346, “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; e pela de nº 473 “a administração pode anular os 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”.

Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens.

3.3.8 Hierarquia

Em consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei. Desse princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre

uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência.

3.3.9 Continuidade do serviço público

Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar. Dele decorrem consequências importantes:

1. a proibição de greve nos serviços públicos; essa vedação, que antes se entendia absoluta, está consideravelmente abrandada, pois a atual Constituição, no artigo 37, inciso VII, determina que o direito de greve será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei complementar”; também em outros países já se procura conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público. Na França, por exemplo, proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escalas os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início;
2. necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas;
3. a impossibilidade, para quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público;
4. a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade do serviço;
5. com o mesmo objetivo, a possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

3.3.10 Publicidade

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Existem na própria Constituição (art. 52) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade:

1. o inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público; pode ocorrer que, em certas circunstâncias, o interesse público esteja em conflito com o direito à intimidade, hipótese em que aquele deve prevalecer em detrimento deste, pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual;
2. o inciso XIV assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
3. o inciso XXXIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; essa norma deve ser combinada

com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social.

O que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública.

O direito à informação relativa à pessoa é garantido pelo habeas data, nos termos do inciso LXXII do artigo 52 da Constituição: “conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

O habeas data tem, pois, uma finalidade restrita; em outras hipóteses, o direito à informação pode ser assegurado pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança já que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 52, inciso XXXV);

4. O inciso XXXIV assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direito e esclarecimento de situações pessoais.

Quando a certidão seja pedida para outros fins, como, por exemplo, a proteção de interesses coletivos, ainda assim ela é devida pela Administração, sob pena de tornar-se inviável a propositura de ação popular, de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo só que, nessa hipótese, a certidão, ou mesmo o direito à informação, não será gratuita.

O direito à expedição de certidão está disciplinado pela Lei nº 9.051, de 18-5-95, que fixa o prazo de 15 dias para atendimento, a contar do registro do pedido no órgão expedidor e exige que do requerimento constem esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.

No Estado de São Paulo, a Constituição de 1989 também assegura a publicidade administrativa; o artigo 112 exige publicação das leis e atos administrativos externos para que produzam os seus efeitos regulares, apenas permitindo a publicação resumida quando se trate de atos não normativos; o artigo 114 obriga a Administração a fornecer a qualquer interessado, no prazo máximo de 10 dias, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilização da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição.

3.3.11 Moralidade Administrativa

Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

No entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Lícitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual non omne quod ficit honestum est (nem tudo o que é legal é honesto).

Antônio José Brandão (RDA 25:454) faz um estudo da evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no direito administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do desvio de poder.

O mesmo autor demonstra ter sido Maurice Hauriou o primeiro a cuidar do assunto, tendo feito a sua colocação definitiva na 1^o edição do Précis de Droit Administratif, onde ele define a moralidade administrativa como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”;

implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”.

Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo Poder Judiciário. Este só examinaria a legalidade dos atos da Administração; não o mérito ou a moralidade.

Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.

No direito positivo brasileiro a lei que rege a ação popular (Lei n. 4.717, de 29-665) consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, ao defini-lo, no artigo 22, parágrafo único, alínea “e”, como aquele que se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moral administrativa?

Em face do direito positivo brasileiro, a resposta é negativa. A Constituição de 1967 falava, no artigo 82, V, em probidade administrativa, considerando-a crime de responsabilidade do Presidente da República; e a Constituição de 1988, além de repetir aquela norma no artigo 85, V, faz um avanço ao mencionar, no artigo 37, caput, como princípios autônomos, o da legalidade e o da moralidade, e, no § 42 do mesmo dispositivo, punir os atos de improbidade administrativa com 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. Por sua vez, o artigo 52, inciso LXXIII, ampliou os casos

de cabimento de ação popular para incluir, entre outros, os que impliquem ofensa à moralidade administrativa. Além disso, a Emenda constitucional de Revisão n. 4, de 7-6-94, alterou o § 92 do artigo 14 da Constituição para colocar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades.

A Lei nº 1.079, de 10-4-50, que define os crimes de responsabilidade, prevê, no artigo 92, os crimes contra a probidade administrativa; em alguns deles, há ofensa direta à lei, como na hipótese de infringência às normas legais sobre provimento dos cargos públicos; em outros, isso não ocorre, como na hipótese de omissão ou retardamento doloso na publicação de atos do Poder Executivo, na de responsabilização dos subordinados por delitos funcionais e no de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa (cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1974:11).

Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São freqüentes, em matéria de licitação, os conluios entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser Imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à ação popular (art. 52, LXXIII, da Constituição) e implicitamente pelos já referidos artigos 37, § 42, e 85, V, este último considerando a improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

Merece menção a obra em que Agustin Gordillo (1982:74-78) fala sobre a existência de uma administração paralela, ou seja, de um “parassistema jurídico-administrativo, que revela existirem, concomitante mente, procedimentos formais e informais, competências e organização formais e informais, a Constituição real e o sistema paraconstitucional, o governo instituído e o governo paralelo e, também, a existência de dupla moral ou de duplo standard moral, que está presente em todos os setores da vida pública ou privada. Ele cita o caso do comerciante que quer denunciar o competidor desleal que não paga os impostos, o do estudante que “cola” nos exames, o do professor que não ensina, e em geral o de todos aqueles que exercem uma atividade qualquer sem dedicação, sem responsabilidade, sem vocação, sem espírito de servir à comunidade. Acrescenta ele que “a dupla moral implica o reconhecimento de que o sistema não deve ser cumprido fiei nem integralmente, que ele carece de sentido; é o parassistema o que dá realidade e sentido obrigacional às condutas individuais”.

É a existência dessa moral paralela na Administração Pública um problema crucial de nossa época, por deixar sem qualquer sanção atos que, embora legais, atentam contra o senso comum de honestidade e de justiça.

Segundo Gordillo, é só através da participação popular no controle da Administração Pública que será possível superar a existência dessa administração paralela e, em consequência, da moral paralela.

Sobre moralidade administrativa, falamos, de modo mais aprofundado, no livro *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*.

3.3.12 Razoabilidade

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade.

Trata-se de princípio aplicado ao direito administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (Di Pietro, 1991: 126-151).

Segundo Gordillo (1977:183-184), “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, “a razoabilidade, agindo como um limite à descrição na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à descrição na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.

Também se refere a esse princípio Lúcia Valle Figueiredo (1986:128-129). Para ela, “discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”.

Na realidade, o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução

(cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (v. cap. 7, item 7.8.5).

3.3.13 Motivação

Esse princípio também vem mencionado no artigo III da Constituição paulista, pondo fim, no âmbito estadual, à discussão doutrinária sobre a necessidade ou não de a Administração Pública motivar os atos administrativos, ou seja, indicar os motivos, de fato e de direito, que a levaram a adotar determinada decisão.

Adotado esse princípio como norma constitucional, acolhe-se a doutrina dos que entendem que a motivação é necessária em qualquer tipo de ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. Trata-se de mais um princípio que revela a preocupação de possibilitar maior controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, porque, por meio da motivação, é possível verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei (v. cap. 7, item 7.7.5).

3.4 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

Analisados os princípios que estão na base de toda a função administrativa do Estado, é necessário examinar alguns dos poderes que deles decorrem para as autoridades administrativas; tais poderes são inerentes à Administração Pública pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado.

Embora o vocábulo “poder” dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de “poder-dever”, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.

Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei.

Dentre eles, serão aqui analisados o poder normativo, o disciplinar e os decorrentes da hierarquia; o poder de polícia constituirá objeto de capítulo específico.

Quanto aos chamados poderes discricionário e vinculado, não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração.

O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do poder público, mas, ao contrário, dá idéia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos; o legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador

A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a idéia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo; o que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar,

disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública.

3.4.1 Normativo

Normalmente, fala-se em poder regulamentar; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras, conforme se verá.

Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

Segundo a lição de Miguel Reale (1980:12-14), pode-se dividir os atos normativos em originários e derivados. “Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo”; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos derivados têm por objetivo a “explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da praxis”; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento.

Acrescenta o mesmo autor que “os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”.

Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

Hely Lopes Meirelles (1996:112) inclui no conceito de poder regulamentar a faculdade de “expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei”.

Preferimos excluir do conceito essa referência porque, não sendo complementar à lei, não se pode dizer que o decreto autônomo ou independente se baseie no poder regulamentar, já que este supõe a existência de uma lei a ser regulamentada. Seria, pois, o decreto autônomo manifestação do poder normativo do Poder Executivo e não do poder regulamentar.

Aliás, na vigência da atual Constituição, não há mais espaço para decretos autônomos; a Constituição de 1967, no artigo 81, V, atribuía ao Presidente da República competência para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”, única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; a atual Constituição, no artigo 84, VI, prevê competência semelhante para “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”. Além disso, o artigo 25 das Disposições Transitórias revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa. Paralelamente, o artigo 61, § 12, II, “e”, faz depender de lei de iniciativa do Presidente da República “a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública”.

O poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo (art. 84, IV, da Constituição) e se exterioriza por meio de decreto. Ele somente se exerce quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem desenvolvidos pela Administração, ou seja, quando confere certa margem de discricionariedade para a Administração decidir a melhor forma de dar execução à lei. Se o legislador esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento.

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo; estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor.

Há, ainda, os regimentos, pelos quais os órgãos estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno.

Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 52, H, e 37, caput, da Constituição). Note-se que o Congresso Nacional dispõe agora de poder de controle sobre os atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V).

A Constituição de 1988 trouxe remédios que atendem parcialmente ao problema da omissão do Poder Executivo em editar regulamentos; previu o mandado de injunção e a arguição de inconstitucionalidade por omissão.

O primeiro tem alcance restrito às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 52, LXXI); cabe, nesse caso, ao Poder Judiciário, suprir a omissão, estabelecendo a norma que resolva o caso concreto.

O segundo, previsto no artigo 103, § 22, tem âmbito um pouco menos restrito, porque é cabível quando haja omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional; nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgar, deverá dar ciência da decisão ao Poder competente para cumprimento no prazo de 30 dias.

Continuam desprotegidas as hipóteses em que a falta de regulamentação torna inviável o cumprimento da legislação infraconstitucional. Hely Lopes Meirelles (1989:108) entende que, “quando a própria lei fixa o prazo para sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Legislativo”.

3.4.2 Disciplinar

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso das que com ela contratam.

Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.

No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia; mesmo no Poder Judiciário e no Ministério Público, onde não há hierarquia quanto

ao exercício de suas funções institucionais, ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição.

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal.

A discricionariedade existe, limitadamente, nos procedimentos previstos para apuração da falta, uma vez que os Estatutos funcionais não estabelecem regras rígidas como as que se impõem na esfera criminal. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68) determina, no artigo 310, que “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial, ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância”.

Além disso, a lei costuma dar à Administração o poder de levar em consideração, na escolha da pena, a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público (art. 128 do Estatuto federal - Lei nº 8.112, de 11-12-90, e art. 252 do Estatuto Estadual).

Discricionariedade existe também com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do “procedimento irregular” e da “ineficiência no serviço”, puníveis com pena de demissão, e da “falta grave”, punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra dessas infrações.

Nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio de procedimento legal em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 52, LV, da Constituição).

Quanto aos meios de apuração, serão analisados em capítulo concernente ao processo administrativo.

3.4.3 Decorrentes da Hierarquia

A organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: a distribuição de competências e a hierarquia. O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, ainda estabelece uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que integram a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia.

Não se pode mais dizer que a organização hierárquica corresponda a atribuição do Poder Executivo, diante dos artigos 61, § 12, 11, “e”, e 84, VI, da Constituição. No entanto, dessa organização decorrem para a Administração Pública diversos poderes:

1. o de editar atos normativos (resoluções, portarias, instruções), com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados; trata-se de atos normativos de efeitos apenas internos e, por isso mesmo, inconfundíveis com os regulamentos; são apenas e tão-somente decorrentes da relação hierárquica, razão pela qual não obrigam pessoas a ela estranhas;
2. o de dar ordens aos subordinados, que implica o dever de obediência, para estes últimos, salvo para as ordens manifestamente ilegais;

3. o de controlar a atividade dos órgãos inferiores, para verificar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos, seja ex officio, seja mediante provocação dos interessados, por meio de recursos hierárquicos.
4. o de aplicar sanções em caso de infrações disciplinares;
5. o de avocar atribuições, desde que estas não sejam da competência exclusiva do órgão subordinado;
6. o de delegar atribuições que não lhe sejam privativas.

Há de se observar que a relação hierárquica é acessória da organização administrativa; pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades; é o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções; trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico. Outras vezes, acontece o mesmo porque a própria lei atribui uma competência, com exclusividade, a determinados órgãos administrativos, em especial os colegiados, excluindo, também, a interferência de órgãos superiores.

Ainda a respeito de hierarquia, cabe assinalar que a expressão pode ser empregada em três sentidos diferentes, um técnico-político e os outros dois jurídicos (apud Renato Alessi, 1970:103):

- a) sob o primeiro aspecto, a hierarquia é um princípio, um critério de organização administrativa, em decorrência do qual um órgão se situa em plano de superioridade com respeito a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros mais, e assim por diante, dando lugar a uma característica pirâmide; em seu ápice encontra-se o Chefe do Poder Executivo, de onde emanam as diretrizes para os órgãos inferiores; estes, por sua vez, fornecem os elementos e preparam as decisões dos órgãos superiores;
- b) sob o segundo aspecto (agora jurídico), a hierarquia corresponde a um ordenamento hierárquico definido por lei e que implica diversidade de funções atribuídas a cada órgão; essa distribuição de competências pode ser mais ou menos rígida, podendo ser concorrente ou exclusiva; dependendo da maior ou menor rigidez, os órgãos superiores terão maior ou menor possibilidade de controle sobre os subordinados;
- c) sob o terceiro aspecto (ainda jurídico), a hierarquia corresponde a uma relação pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de coordenação e de subordinação do inferior frente ao superior, implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. Vale dizer que o ordenamento hierárquico é fixado pela lei e que desse ordenamento resulta uma relação de coordenação e subordinação, que implica os já referidos poderes para a Administração.

Segundo Mário Masagão (1968:5 5), a relação hierárquica caracteriza-se da seguinte maneira:

- a) é uma relação estabelecida entre órgãos, de forma necessária e permanente;
- b) que os coordena;
- c) que os subordina uns aos outros;
- d) e gradua a competência de cada um.

Daí a sua definição de hierarquia como “o vínculo que coordena e subordina uns aos outros os órgãos do Poder Executivo, graduando a autoridade de cada um”.

Apenas substituiríamos a expressão “Poder Executivo” por “Administração Pública”, já que nos outros Poderes existem órgãos administrativos com a mesma organização hierárquica e a mesma relação de hierarquia.

Nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções institucionais. No primeiro, há uma distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticados. No Legislativo, a distribuição de competências entre Câmara e Senado também se faz de forma que haja absoluta independência funcional entre uma e outra Casa do Congresso.

4 SERVIÇOS PÚBLICOS

4.1 CONCEITO

Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam conceito amplo, enquanto outros preferem um conceito restrito. Nas duas hipóteses combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público).

4.1.1 Serviço público em sentido amplo

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado.

Leon Duguit, por exemplo, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público.

No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo é o adotado por Mário Masagão. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins” (1968:252). Nesse conceito ele inclui a atividade judiciária e a administrativa; nesta o Estado exerce atividade primária, decidindo sobre o seu próprio procedimento, ao passo que, naquela, desempenha função de terceiro, ao gerenciar o procedimento das partes. Para ele, a atividade legislativa é própria da Administração Pública. No entanto, ele dá também um conceito restrito de serviço público administrativo, como “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária”. Ainda assim, o conceito é um pouco amplo, porque abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública, sem distinguir a atividade jurídica (poder de polícia), a atividade material (serviço público) e a atividade econômica.

Amplo também é o conceito de José Cretella Júnior (1980:55-60), para quem serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Hely Lopes Meirelles (1996:296) define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. O conceito é um pouco mais restrito do que o de Cretella Júnior, porque, ao fazer referência à Administração e não ao Estado, exclui as atividades legislativa e jurisdicional. No entanto, ainda é amplo, porque não distingue o poder de polícia do serviço público. Vale dizer, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública.

4.1.2 Serviço público em sentido restrito

Restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado.

Parte-se da distinção entre atividade jurídica e atividade social. Na primeira, consoante ensinamento de Caio Tácito (1975:198-199) “atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas”; corresponde ao poder de polícia. Na atividade social, ao contrário, “a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares”.

Equivale aos serviços públicos propriamente ditos.

Restrito é o conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello (1975b:20 e 1995:399), Ele considera dois elementos como Integrantes do conceito: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o substrato formal, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público, sobre o particular e por restrições parciais. Para ele, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.

Embora, ao explicar o conceito, o autor se refira a dois elementos, constata-se, pela noção transcrita, que ele também considera os interesses que o Estado houver definido como próprios no sistema normativo. Nessa parte, ele adota a mesma orientação de Gaston Jêze, para concluir que é o Estado, por meio do Poder Legislativo, que, a seu sabor, erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais.

Tal conceito restringe demais com a expressão “utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados”. Nesse sentido, seriam serviços públicos, por exemplo, o de água, o de transportes, o de telecomunicações, o de energia elétrica, pois estes são fruíveis diretamente pelos administrados.

Mas existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade. Assim é o caso dos serviços administrativos do Estado prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade.

4.1.3 Evolução

Antes de darmos a nossa definição, é preciso mostrar a evolução que se deu no conceito de serviço público e como, diante das dificuldades de conceituação e da sua flutuação no tempo, chegou-se a falar em “crise na noção de serviço público”.

Em suas origens, os autores adotavam três critérios para definir o serviço público:

1. o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;

2. o material, que considera a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. o formal, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Quando surgiram as primeiras noções de serviço público, era válida a combinação desses três elementos para definir o serviço público. Isso ocorreu no período do Estado liberal, em que o serviço público abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico.

No entanto, duas dissociações, pelo menos, ocorreram quanto àqueles três elementos, tal como considerados em suas origens. Em primeiro lugar, o fato de que o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Trata-se dos serviços comerciais e industriais do Estado.

Paralelamente, outro fenômeno se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado.

A partir daí, dois elementos foram afetados; o elemento subjetivo, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas

que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do poder público. E o elemento formal, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Por essa razão, os autores passaram a falar em crise na noção de serviço público. Um autor francês - Louis Corail - elaborou tese de doutoramento sobre esse tema, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque as vezes falta um dos elementos ou até mesmo dois.

Jean Rivero (1981:494) mostra que atualmente a combinação dos três elementos é menos freqüente. Existem necessidades de interesse geral que a autoridade atende satisfatoriamente, mas que nem por isso confia a órgãos públicos; e também pode acontecer que entidades públicas, como autarquias, desempenhem atividade industrial ou comercial idêntica à das empresas privadas similares, e que não pode ser considerada serviço público, uma vez que nenhuma peculiaridade distingue o seu regime do adotado no setor privado. Há, aí, uma dissociação dos sentidos subjetivo e material. A dissociação é igualmente freqüente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: os serviços comerciais e industriais do Estado são exercidos pelas empresas estatais sob regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas.

4.1.4 Conclusões quanto ao conceito

Do exposto, pode-se tirar algumas conclusões:

1. a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social;

2. é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, além da lei ordinária, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 22, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir-se, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;

3. daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;

4. não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública.

É neste último sentido que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção.

Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Os três elementos que compõem a definição - subjetivo, material e formal permanecem, porém, com sensíveis diferenças em relação à sua concepção.

4.2 ELEMENTOS DA DEFINIÇÃO

4.2.1 Elemento Subjetivo

O serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso, aliás, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do poder público (cf. Rivero, 1981:496):

1. a sua criação é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;

2. a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.

4.2.2 Elemento formal

O regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei. Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público: nesse caso, os agentes são estatutários; os bens são públicos; as decisões apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade e a executoriedade; a responsabilidade é objetiva; os contratos regem-se pelo direito administrativo. Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de utilização de institutos de direito privado, em determinadas circunstâncias previstas em lei, especialmente em matéria de contratos como os de locação, comodato, enfiteuse, compra e venda.

Quando, porém, se trata -de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Em regra, o pessoal se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins; os contratos com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os bens não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a responsabilidade, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, § 62, da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política que a instituiu. Vale dizer, o regime jurídico, nesse caso, é híbrido, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas.

4.2.3 Elemento Material

Quanto a esse elemento, parece haver unanimidade entre os autores, quer entre os que adotam conceito mais amplo, para abranger todas as atividades do Estado, quer entre os que preferem conceito mais restrito, que só inclui a atividade administrativa. Todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público. É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é o fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de não ser suficiente o objetivo de interesse público para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado.

Daí ser correta a afirmação de que todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.

Rivero (1981:494) afirma que no serviço público o interesse geral é a finalidade exclusiva e extrai daí algumas consequências.

1 . “o serviço público, contrariamente à empresa privada, pode muito bem funcionar com prejuízo. Esta é mesmo uma das suas razões de ser: incumbe-lhe satisfazer necessidades cuja não-rentabilidade afasta a empresa privada. Só a pessoa pública, por meio do imposto, pode transferir dos utentes para o conjunto das coletividades o financiamento do serviço”. A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo. Só no caso do serviço comercial e industrial é que a própria natureza da atividade exclui a gratuidade (transportes, água, energia elétrica) e a gestão tende, no mínimo, para um equilíbrio e mesmo para um lucro que permita o auto-financiamento da empresa;

2. a apreciação do que seja interesse geral é discricionária. O poder público pode considerar que o interesse geral exige que ele se encarregue da necessidade a satisfazer, achando-se o particular eliminado desse campo de ação, quer porque julgue que ele é ineficaz (é o caso dos serviços públicos não rentáveis), quer porque o considere perigoso (manutenção da ordem pública). Nesse caso, o serviço é monopolizado. Inversamente, o poder público pode deixar que o particular exerça livremente a atividade, lado a lado com a Administração Pública (caso do ensino, da ação sanitária e social), repartindo entre uns e outros a satisfação da mesma necessidade. Daí a classificação dos serviços públicos em exclusivos e não exclusivos do Estado.

4.3 PRINCÍPIOS

Existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos (cf. Rivero, 1981:501-503): o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

O princípio da continuidade do serviço público, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequências:

1. a imposição de prazos rigorosos ao contraente;
2. a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato e permitir a continuação do serviço;
3. a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração;
4. o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

Quanto ao exercício da função pública, constituem aplicação do princípio da continuidade:

1. as normas que exigem a permanência do servidor quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei.
2. os institutos da substituição, suplência e delegação;
3. a proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como em outros países, como a França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de greve com as necessidades do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início.

No Brasil, o artigo 37, inciso VII, da Constituição assegura o direito de greve aos servidores públicos, nos termos e nos limites a serem estabelecidos em lei complementar.

O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo

rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público; o aumento das tarifas é feito unilateralmente pela Administração, sendo de aplicação imediata.

Pelo princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal.

4.4 CLASSIFICAÇÃO

Vários critérios têm sido adotados para classificar os serviços públicos:

1 . Serviços públicos próprios e impróprios.

Essa classificação foi feita originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa (cf. Cretella Júnior, 1980:50).

Para esses autores, serviços públicos próprios são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários). E serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; eles correspondem a atividades privadas e recebem imprópriamente o nome de serviços públicos porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do poder público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.

Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. Exemplos: os serviços prestados por instituições financeiras e os de seguro e previdência privada (art. 192, I e II, da Constituição). São atividades privadas que dependem de autorização do poder público; são imprópriamente chamadas, por alguns autores, de serviços públicos autorizados.

Hely Lopes Meirelles (1996:357) dá o exemplo dos serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos e de residências. Ele diz que não constituem atividades públicas típicas mas os denomina de serviços públicos autorizados.

Essa classificação carece de maior relevância jurídica e padece de um vício que justificaria a sua desconsideração: inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada particular e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral.

É interessante observar que Hely Lopes Meirelles (1996:298) adota essa classificação, mas lhe imprime sentido diverso do original. Para ele, serviços

públicos próprios “são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas) e para a execução dos quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares”. Serviços públicos impróprios “são os que não afetam substancialmente as necessidades da

comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários”.

O que o autor considera fundamental é o tipo de interesse atendido, essencial ou não essencial da coletividade, combinado com o sujeito que o exerce; no primeiro caso, só as entidades públicas; no segundo, as entidades públicas e também as de direito privado, mediante delegação.

2. Quanto ao objeto, os serviços públicos podem ser administrativos, comerciais ou industriais e sociais.

Serviços administrativos “são os que a Administração Pública executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza” (cf. Hely Lopes Meirelles, 1996:298).

A expressão é equívoca porque também costuma ser usada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas, distinguindo-as da legislativa e jurisdicional (cf. Cretella Júnior, 1980:59) e ainda para indicar os serviços que não são usufruídos diretamente pela comunidade, ou seja, no mesmo sentido de serviço público *uti universi*, adiante referido.

Serviço público comercial ou industrial é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica. Ao contrário do que diz Hely Lopes Meirelles (1996:299), entendemos que esses serviços não se confundem com aqueles a que faz referência o artigo 173 da Constituição, ou seja, não se confundem com a atividade econômica que só pode ser prestada pelo Estado em caráter suplementar da iniciativa privada.

O Estado pode executar três tipos de atividade econômica:

a) uma que é reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da Constituição e que o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; quando o Estado a executa, ele não está prestando serviço público (pois este só é assim considerado quando a lei o define como tal), mas intervindo no domínio econômico; está atuando na esfera de ação dos particulares e sujeita-se obrigatoriamente ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações contidas na própria Constituição;

b) outra que é considerada atividade econômica, mas que o Estado assume em caráter de monopólio, como é o caso da exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares (arts. 176 e 177 da Constituição, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 6 e 9, de 1995);

c) e uma terceira que é assumida pelo Estado como serviço público e que passa a ser incumbência do poder público; a este não se aplica o artigo 173 mas o artigo 175 da Constituição, que determina a sua execução direta pelo Estado ou indireta, por meio de concessão ou permissão; e o caso dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, § 22, da Constituição, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.

3. Quanto à maneira como concorrem para satisfazer o interesse geral, os serviços podem ser: *uti singuli* e *uti universi*.

Serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual direta das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social).

Os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento.

4. Caio Tácito (1975:199) faz referência a outra classificação, que divide os serviços públicos em originários ou congênitos e derivados ou adquiridos; corresponde à distinção entre atividade essencial do Estado (tutela do direito) e atividade facultativa (social, comercial e industrial do Estado).

O autor observa que “a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a essencialidade passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal”. Mas acrescenta que “há, todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais originários ou congênitos; aos últimos, de serviços estatais derivados ou adquiridos”.

Essa classificação corresponde à que Hely Lopes Meirelles faz entre serviços públicos e serviços de utilidade pública (1996:297).

5. Um último critério de classificação considera a exclusividade ou não do poder público na prestação do serviço; esse critério permite falar em serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado.

Na Constituição, encontram-se exemplos de serviços públicos exclusivos, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2).

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do poder público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 201, § 8), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209).

Com relação a esses serviços não exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos à autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas;

mas impropriamente públicos porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.

5 Poder de Polícia

5.1 INTRODUÇÃO

Quando se estuda o regime jurídico-administrativo a que se submete a Administração Pública, conclui-se que os dois aspectos fundamentais que o caracterizam são resumidos nos vocábulos prerrogativas e sujeições, as primeiras concedidas à Administração para oferecer-lhe meios para assegurar o exercício de suas atividades e as segundas como limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos. Praticamente todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em tensão dois aspectos opostos: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual.

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo e ela o faz usando de seu poder de polícia.

Não existe qualquer incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites a eles opostos pelo poder de polícia do Estado porque, como ensina Zanobini (1968, v. 4:191), “a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”.

Themístocles Brandão Cavalcanti (1956, v. 3:6-7) diz que o poder de polícia “constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos”. E acrescenta que se trata de limitação à liberdade individual mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem”.

O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados.

5.2 EVOLUÇÃO

O vocábulo polícia origina-se do grego politeia, sendo utilizado para designar todas as atividades da cidade-estado (polis), sem qualquer relação com o sentido atual da expressão.

Na Idade Média, durante o período feudal, o príncipe era detentor de um poder conhecido como jus politiae e que designava tudo o que era necessário à boa ordem da Sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa, da competência exclusiva da autoridade eclesiástica (cf. Cretella Júnior, 1986:578).

Posteriormente, em fins do século XV, o jus politiae volta a designar, na Alemanha, toda a atividade do Estado, compreendendo poderes amplos de que dispunha o príncipe, de ingerência na vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo. No entanto, logo se estabeleceu uma distinção entre a polícia e a justiça; a primeira compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração, e eram aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos Tribunais; a segunda compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas pelos juízes. Esse direito de polícia do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, paulatinamente,

primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da Administração. Posteriormente, ainda, passou-se a ligar a polícia à idéia de coação; nesse momento, começou-se a distinguir a atividade de polícia das demais atividades administrativas, hoje chamadas serviço público e fomento (cf. Garrido Falla, 1962:113-115).

Em resumo, nessa fase, conhecida como Estado de Polícia, o *jus politiae* compreendia uma série de normas postas pelo príncipe e dos Tribunais.

Com o Estado de Direito, inaugura-se nova fase em que não se aceita mais a idéia de existirem leis a que o próprio príncipe não se submeta. Um dos princípios básicos do Estado de Direito é precisamente o da legalidade, em consonância com o qual o próprio Estado se submete às leis por ele mesmo postas.

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, em que a preocupação era a de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as Constituições; a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Um segundo momento se inicia quando o Estado liberal começa a transformar-se em Estado intervencionista; a sua atuação não se limita mais à segurança e passa a estender-se também à ordem econômica e social.

Antes já de iniciar-se o século XX, os autores começam a falar em uma polícia geral, relativa à segurança pública, e em polícias especiais, que atuam nos mais variados setores da atividade dos particulares.

O crescimento do poder de polícia deu-se em dois sentidos:

1. de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora de alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras;
2. de outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vistas a assegurar o bem-comum, com base no princípio da função social da propriedade.

Na realidade, quer se trate de obrigação negativa, quer se trate de obrigação positiva, a pessoa que a cumpre está sofrendo uma limitação em sua liberdade, em benefício do interesse público. Não se pode dizer que haja atividades estatais de conteúdo diverso quando o Estado impede que o comerciante fixe os seus próprios preços (obrigação de não fazer) ou quando exige que ele ponha à venda determinados produtos estocados (obrigação de fazer). Nos dois casos, o Estado intervém na economia, utilizando-se do seu poder de polícia, sempre com o objetivo de adequar o exercício dos direitos

individuais ao bem-estar geral.

5.3 CONCEITO

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos; polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc.

No direito brasileiro, encontra-se conceito legal de poder de polícia no artigo 78 do Código Tributário Nacional: “considera-se poder de polícia 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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

A razão de o Código Tributário Nacional dar o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir, o exercício desse poder, um dos fatos geradores da taxa (cf. art. 145, 11, da Constituição Federal e art. 77 do referido Código).

O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei.

O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas.

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).

Note-se que o artigo 78 do Código Tributário Nacional define o poder de polícia como atividade da administração pública; mas no parágrafo único considera regular o seu exercício “quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Em razão dessa bipartição do exercício do poder de polícia, Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:479:480) dá dois conceitos de poder de polícia:

1. em sentido amplo, corresponde à “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”; abrange atos do Legislativo e do Executivo;

2. em sentido restrito, abrange “as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”; compreende apenas atos do Poder Executivo.

5.4 POLÍCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIÁRIA

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária.

A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária.

A primeira terá por objetivo impedir as ações anti-sociais e, a segunda, punir os infratores da lei penal.

A diferença não é, no entanto, absoluta, pois a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

Conforme Álvaro Lazzarini (in RJTJ-SP, v. 98:20-25), a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.

A primeira se rege pelo direito administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas.

Outra diferença: a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

5.5 MEIOS DE ATUAÇÃO

Considerando o poder de polícia em sentido amplo, de modo a abranger as atividades do Legislativo e do Executivo, os meios de que se utiliza o Estado para o seu exercício são:

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções.

2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade. Apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

5.6 CARACTERÍSTICAS

Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade, além do fato de corresponder a uma atividade negativa.

Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário.

Em outras hipóteses a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado. O exemplo mais comum do ato de polícia vinculado é o da licença. Para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado, a lei exige alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará; e o que ocorre na licença para dirigir veículos automotores, para exercer determinadas profissões, para construir. No segundo caso, o ato é discricionário, porque a lei consente que a Administração aprecie a situação concreta e decida se deve ou não conceder a autorização, diante do interesse público em jogo; é o que ocorre com a autorização para porte de arma, com a autorização para circulação de veículos com peso ou altura excessivos, com a autorização para produção ou distribuição de material bélico.

Diante disso, pode-se dizer que o poder de polícia tanto pode ser discricionário (e assim é na maior parte dos casos), como vinculado.

A auto-executoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário.

Alguns autores desdobram o princípio em dois: a exigibilidade (*privilège du préalable*) e a executoriedade (*privilège d'action d'office*). O *privilège du préalable* resulta da possibilidade que tem a Administração de tomar decisões executórias, ou seja, decisões que dispensam a Administração de dirigir-se preliminarmente ao juiz para impor a obrigação ao administrado. A decisão administrativa impõe-se ao particular ainda contra a sua concordância; se este quiser se opor, terá que ir a juízo.

O *privilège d'action d'office* consiste na faculdade que tem a Administração, quando já tomou decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão.

Pelo atributo da exigibilidade, a Administração se vale de meios indiretos de coação. Cite-se, como exemplo, a multa; ou a impossibilidade de licenciamento do veículo enquanto não pagas as multas de trânsito.

Pelo atributo da auto-executoriedade, a Administração compele materialmente o administrado, usando meios diretos de coação. Por exemplo, ela dissolve uma reunião, apreende mercadorias, interdita uma fábrica.

A auto-executoriedade não existe em todas as medidas de polícia. Para que a Administração possa se utilizar dessa faculdade, é necessário que a lei a autorize expressamente, ou que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público. No primeiro caso, a medida deve ser adotada em consonância com o procedimento legal, assegurando-se ao interessado o direito de defesa, agora previsto expressamente no artigo 52, inciso LV, da Constituição. No segundo caso, a própria urgência da medida dispensa a observância de procedimento especial, o que não autoriza a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força, sob pena de responder civilmente o Estado pelos danos causados (cf. art. 37, § 62, da Constituição), sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e administrativa dos servidores envolvidos.

Em resumo, pode-se dizer que a exigibilidade está presente em todas as medidas de polícia, mas não a executoriedade (*privilège d'action d'office*).

A coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva. Aliás, a auto-executoriedade, tal como a conceituamos não se distingue da coercibilidade, definida por Hely Lopes Meirelles (1989:117) como “a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração”.

Outro atributo que alguns autores apontam para o poder de polícia é o fato de ser uma atividade negativa, distinguindo-se, sob esse aspecto, do serviço público, que seria uma atividade positiva. Neste, a Administração Pública exerce, ela mesma, uma atividade material que vai trazer um benefício, uma utilidade, aos cidadãos: por exemplo, ela executa os serviços de energia elétrica, de distribuição de água e gás, de transportes etc.; na atividade de polícia, a Administração apenas impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público; ela impõe limites à conduta individual.

O critério é útil apenas na medida em que demonstra a diferença entre poder de polícia e serviço público. Mas tem-se que levar em conta que, a que se qualificar o serviço público como atividade positiva, está-se considerando a posição da Administração: ela desenvolve uma atividade que vai trazer um acréscimo aos indivíduos, isoladamente ou em conjunto; no poder de polícia, o aspecto negativo diz respeito ao particular frente à Administração: ele sofrerá um limite em sua liberdade de atuação, imposto pela Administração.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (in RDP 9:55) que o poder de polícia é atividade negativa no sentido de que sempre impõe uma abstenção ao particular, uma obrigação de não fazer. Mesmo quando o poder de polícia impõe, aparentemente uma obrigação de fazer, como exibir planta para licenciamento de construção, fazer exame de habilitação para motorista, colocar equipamento contra incêndio nos prédios, “o poder público não quer estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora destas condições”. Por outras palavras, mesmo quando se

exige prática de um ato pelo particular, o objetivo é sempre uma abstenção: evitar um dano oriundo do mau exercício do direito individual.

Há que se lembrar, porém, que alguns autores consideram como inseridas no poder de polícia as obrigações de fazer impostas ao proprietário, compelindo-o a usar o imóvel de acordo com sua função social. Nesse caso, não se pode falar que o objetivo do poder de polícia seja uma abstenção, uma atividade negativa.

5.7 LIMITES

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.

Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa.

A competência e o procedimento devem observar também as normas legais pertinentes.

Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Alguns autores indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar os direitos individuais:

1. a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.

6 Restrições do Estado sobre a Propriedade Privada

6.1 EVOLUÇÃO

A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu do sentido individual para o social. Superada a fase que se seguiu à Revolução Francesa, na qual, como repúdio ao sistema feudal, reviveu, de forma exacerbada, a concepção puramente individualista do período romano, a propriedade foi sendo afetada, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, por crescente número de restrições impostas pelo Estado.

Note-se que, enquanto a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, proclamava ser a propriedade “direito inviolável e sagrado”, o Código de Napoleão, de 1804, pretendendo ser individualista, consagrou, como princípio, a legitimidade da limitação do Estado sobre a propriedade, ao definir esse instituto, no artigo 544, como o direito de gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”.

Apenas, enquanto naquela época essas leis e regulamentos se limitavam, quase exclusivamente, aos direitos de vizinhança, aos poucos o seu campo foi se ampliando, com a tendência para condicionar, cada vez mais, o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. O princípio permanece, mas o seu alcance alterou-se profundamente, dando à propriedade sentido social então desconhecido. Hoje, prevalece o princípio da função social da propriedade, que autoriza não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar fazer e, hoje, pela Constituição, a obrigação de fazer, expressa no artigo 182, § 42, consistente no adequado aproveitamento do solo urbano.

6.2 MODALIDADES

Hoje, no direito brasileiro, podem ser indicadas as seguintes modalidades de restrição do Estado sobre a propriedade privada, cada qual afetando de modo diverso o direito de propriedade: as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios.

As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver.

A ocupação temporária e a requisição de imóveis impõem ao proprietário a obrigação de suportar a utilização temporária do imóvel pelo poder público, para realização de obras ou serviços de interesse coletivo; afetam a exclusividade do direito de propriedade, ou seja, o atributo segundo o qual a mesma coisa não pode pertencer simultaneamente a duas ou mais pessoas e o proprietário tem a faculdade de opor-se à ação de terceiros exercida sobre aquilo que lhe pertence; pelo artigo 527 do Código Civil, “o domínio presume-se exclusivo até prova em contrário”.

O tombamento implica limitação perpétua ao direito de propriedade em benefício do interesse coletivo; afeta o caráter absoluto do direito de propriedade; acarreta ônus maior do que as limitações administrativas, porque incide sobre imóvel determinado.

A servidão administrativa implica a instituição de direito real de natureza pública, impondo ao proprietário a obrigação de suportar um ônus parcial sobre o imóvel de sua propriedade, em benefício de um serviço público ou de um bem afetado a um serviço público; afeta a exclusividade do direito de propriedade, porque transfere a outrem faculdades de uso e gozo; excepcionalmente afeta apenas o caráter absoluto, quando implica obrigação de não fazer; acarreta gravame maior do que a ocupação temporária porque tem o caráter perpétuo.

A desapropriação e a requisição de bens móveis e fungíveis, atingindo a faculdade que tem o proprietário de dispor da coisa segundo sua vontade, implicam a transferência compulsória, mediante indenização, para satisfazer a interesse público; afetam o caráter perpétuo e irrevogável do direito de propriedade.

A edificação e o parcelamento compulsórios são impostos ao proprietário que não utiliza adequadamente a sua propriedade. Ferem o caráter absoluto e perpétuo do direito de propriedade.

6.3 FUNDAMENTO

Sabe-se que a propriedade é o direito individual que assegura a seu titular uma série de poderes cujo conteúdo constitui objeto do direito civil; compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Não podem, no entanto, esses poderes ser exercidos ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios, de igual natureza, e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao poder público exercer, ainda que em prejuízo de interesses individuais. Entra-se aqui na esfera do poder de polícia do Estado, ponto em que o estudo da propriedade sai da órbita do direito privado e passa a constituir objeto do direito público e a submeter-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum.

No dizer de José Cretella Júnior (in RDA 112/51), “ao passo que o direito civil de propriedade confere ao titular cem por cento, vamos dizer, do *jus utendi*, *fruendi* et *abutendi*, o direito público da propriedade, que considera o bem dentro de um conjunto maior, vai reduzindo o quantum daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de propriedade bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social”.

Essa atividade o Estado começou a exercer através do poder de polícia, que constitui o instrumento pelo qual é assegurado o bem-estar da coletividade, mediante a restrição dos direitos individuais que com ele conflitem.

Mas, já se viu que o poder de polícia sofreu uma ampliação, não apenas de conteúdo, mas também de extensão, porque, enquanto originariamente somente justificava a imposição de obrigações de não fazer, passou, com o tempo, a impor obrigações de fazer, ou seja, a impor o dever de utilizar o bem.

Neste momento é que se começou a falar em função social da propriedade.

Em relação a esta, duas posições se colocam:

1 . uns a mantêm no âmbito do poder de polícia e interpretam a função social sob dois aspectos: o negativo e o positivo. Sob o aspecto negativo, a função social abrange

as limitações impostas ao exercício da propriedade com as mais variadas finalidades (segurança, saúde, economia popular, proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional); inclui as obrigações de não fazer e mesmo certas obrigações de fazer, impostas como condições para o exercício de determinados direitos, por exemplo, a obrigação de adotar medidas de segurança contra incêndios como condição do direito de construir. Sob o aspecto positivo, implica obrigação de fazer consistente no dever de utilização da propriedade.

2. outros distinguem: o aspecto negativo corresponde ao poder de polícia e, o aspecto positivo, à função social da propriedade; quer dizer, a função social da propriedade seria “um novo instrumento, que, conjugado aos normalmente admitidos (as limitações, as desapropriações, as servidões etc.), possibilitam a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social” (cf. Carlos Ari Sundfeld, 1987:9).

Os autores dessa segunda corrente continuam apegados à concepção originária do poder de polícia, como atividade negativa, ou seja, atividade que impõe ao particular limitações ao exercício dos direitos individuais, consistentes em obrigações de não fazer.

No entanto, quando se consideram os três elementos essenciais caracterizadores do poder de polícia - o subjetivo (Estado), o finalístico (interesse público) e o conteúdo (restrição à liberdade individual) - não há como deixar de reconhecer a sua presença em qualquer das modalidades de intervenção do Estado sobre a propriedade privada.

Pela concepção restritiva de poder de polícia, apenas as limitações administrativas à propriedade seriam manifestações dessa atividade estatal.

Ficariam fora a ocupação temporária, a requisição, a servidão administrativa, o tombamento, a desapropriação e o dever de utilização do imóvel.

Pela nova concepção, teria havido uma ampliação do poder de polícia, de modo a abranger as formas de intervenção que impõem obrigações de deixar fazer e de fazer.

Na monografia sobre Servidão Administrativa (1978:18-22) já nos havíamos colocado entre os que explicam as várias formas de intervenção do Estado na propriedade privada como manifestações do poder de polícia: “na realidade, tanto as chamadas limitações administrativas à propriedade (em sentido estrito), como a ocupação temporária, a requisição administrativa, a servidão administrativa e a desapropriação constituem formas de limitações do Estado sobre a propriedade privada, cada uma delas atingindo o exercício desse direito de maneira mais ou menos intensa, mas sempre com o objetivo de satisfazer o interesse público. Assim, em sentido amplo, as limitações administrativas abrangem todas essas modalidades; em sentido restrito, referem-se apenas àquelas impostas pelo poder de polícia do Estado, condicionando o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, sem implicar desdobramento dos poderes inerentes ao domínio”.

Com relação à desapropriação, dissemos, então, que ela “pode ser tida como limitação à propriedade quando se considera abstratamente aquele instituto, que é inerente à soberania do Estado, perante os direitos individuais assegurados aos cidadãos. Trata-se de instituto de direito público - a desapropriação - perante instituto de direito privado - a propriedade; o primeiro é limitação ao segundo, no sentido de que se constitui em exceção à intangibilidade do direito individual à propriedade. Abstratamente considerada, a desapropriação afeta a propriedade, como instituição, ou seja, afeta os atributos com os quais foi concebida pelas correntes individualistas. No entanto, quando

incide, concretamente, sobre determinado bem, ela não pode ser considerada como simples limitação, já que, vista pela ótica do direito privado, implica a perda da propriedade”.

Quanto ao dever de utilização da propriedade, corresponde a nova ampliação do poder de polícia do Estado, mas que dele se destaca para constituir a chamada função social da propriedade, hoje definida pela Constituição nos artigos 182, § 22 (propriedade urbana) e 186 (propriedade rural).

6.4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Antes de aparecer expressamente mencionada na Constituição de 1967, o princípio da função social da propriedade já servira de inspiração para a inclusão de nova modalidade de desapropriação (por interesse social) na Constituição de 1946.

Se alguma dúvida houvesse a esse respeito, seria ela dissipada pela justificativa apresentada pelo autor da emenda de que resultou essa inovação, o Senador Ferreira de Souza. Ele reconhece como lógico que o homem possua “como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à de sua família, mesmo os que constituem economias para o futuro. Mas além desse mínimo, a propriedade tem uma função social de modo que ou o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica. A emenda não chega ao extremo de negar a propriedade, mas, superpondo o bem-comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens”. Em outra oportunidade, ao justificar a Emenda perante a Comissão Constitucional, ele diz que “devemos estabelecer também a possibilidade de uma desapropriação que não seja nem por necessidade do Estado, em si, como órgão diretor da sociedade em geral, nem por utilidade pública, para qualquer serviço do Estado. Mas devemos também possibilitar a desapropriação sempre que necessária à ordem social, à vida social”. E cita dois casos: na sociedade puramente individualista, que compreende a propriedade como direito absoluto, admite-se a propriedade dos bens que não produzem e recebem valorização do próprio Estado e do trabalho coletivo.

Evidentemente, essa propriedade improdutiva, que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral, criando riqueza para a coletividade, é um peso para a sociedade. O proprietário tem em seu favor toda a proteção da lei e da autoridade, recebe as conseqüências do enriquecimento resultante do trabalho geral e da própria ação do Estado e nada lhe dá em virtude desse mesmo direito. Deve ser possível ao Estado, em casos especiais, desapropriá-la a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social, seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva”.

A Constituição de 1967 incluiu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social (art. 160, III), que coexiste com o da propriedade como direito individual consagrado no artigo 153, § 22. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1975, v. 3:166), “isto significa que a propriedade não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto do art- 160, III, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a

Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só”.

Não há dúvida, no entanto, que a inspiração mais próxima do princípio é a doutrina social da Igreja, tal como exposta nas Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, de 1961, e *Populorum Progressio*, do Papa João Paulo II, nas quais se associa a propriedade a uma função social, ou seja, à função de servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade.

Segundo José Afonso da Silva (1989:251), a função social da propriedade pode manifestar-se, “conforme as hipóteses, seja como condição de exercício das faculdades atribuídas, seja como obrigação de executar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas”. No entanto, o princípio não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de garantia do respectivo direito.

Na vigência da Constituição de 1967, o princípio da função social teve aplicação restrita à desapropriação para reforma agrária, fundamentada no artigo 161.

Na Constituição de 1988, o artigo 52, inciso XXII, garante o direito da propriedade, mas no inciso XXIII, determina que a propriedade atenderá à sua função social; além disso, ela volta a ser incluída entre os princípios da ordem econômica, que têm por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, 111); porém, tem seu alcance delimitado.

Quanto à propriedade urbana, o artigo 182, § 22, diz que ela “cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano-diretor”; este é obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, sendo considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (§ 22).

A norma se completa com a do § 42, que faculta ao Poder Público Municipal, 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, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial urbana progressivo no tempo;

III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Vale dizer que, em se tratando de propriedade urbana, o poder público municipal pode exigir do proprietário, que não esteja usando adequadamente o seu imóvel dentro das condições previstas no Plano-diretor, que faça o seu parcelamento ou edificação compulsórios.

Quanto à propriedade rural, o artigo 186 estabelece que a sua função social “é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, os seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Não cumprindo a sua função social, o proprietário fica sujeito à desapropriação para fins de reforma agrária, prevista no artigo 184; se tornar produtiva a sua propriedade - assegurando-lhe, pois, função social - o seu titular escapa à possibilidade de desapropriação sob essa modalidade (art. 185, 11).

A matéria está hoje disciplinada pela Lei nº 8.629, de 25-2-93, e pela Lei Complementar nº 76, de 6-7-93.

A Constituição delimitou, portanto, o campo de aplicação do princípio da função social da propriedade: na área urbana, significa adequação ao Plano Diretor do Município; especialmente, visa obrigar o proprietário de terreno não construído a nele edificar ou proceder ao seu parcelamento.

Na zona rural, corresponde à idéia, já assente na doutrina jurídico-agrária, de “ correta utilização econômica da terra e sua justa distribuição, de modo

a atender ao bem-estar social da coletividade, mediante o aumento da produtividade e da promoção da justiça social” (cf. Telga de Araújo, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 39:9).

A desapropriação apresenta-se como um instrumento de que se utiliza o poder público para assegurar o acesso à propriedade rural àqueles que a cultivam sem serem os donos. Para evitar o desvirtuamento dos objetivos da reforma agrária, o artigo 189 da Constituição determina que “os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos”.

6.5 LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Ao contrário das limitações impostas no direito privado (normas referentes ao direito de vizinhança), que constituem objeto do direito civil e visam a regulamentar os direitos e obrigações recíprocos dos particulares, as limitações administrativas, impostas no interesse público, constituem objeto do direito público, mais especificamente do direito administrativo, pois, embora muitas das normas legais limitadoras de direitos individuais sejam de caráter constitucional, penal, eleitoral, é à Administração Pública que cabe o exercício dessa atividade de restrição ao domínio privado, através do poder de polícia fundado na supremacia do interesse público sobre o particular.

A grande dificuldade, no que se refere às limitações administrativas, não está propriamente na sua conceituação, mas no aplicar-se o conceito aos casos concretos, muitos dos quais são confundidos com a servidão administrativa.

Bielsa (1965, t. 4: 375-376) indica três traços característicos das limitações administrativas:

1. impõem obrigação de não fazer ou deixar fazer;
2. visando conciliar o exercício do direito público com o direito privado, só vão até onde exija a necessidade administrativa;

3. sendo condições inerentes ao direito de propriedade, não dão direito a indenização.

Analisando-se as limitações administrativas à propriedade, verifica-se, inicialmente, que elas decorrem de normas gerais e abstratas, que se dirigem a propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados ou, como diz Marcelo Caetano (1970, t. 2:1981), para atender à “realização de interesse públicos abstratos, da utilidade pública ideal não corporificada na função de uma coisa”. Se a utilidade pública estiver corporificada na função de uma coisa, ter-se-á servidão e não simples limitação.

O interesse público a que atende a limitação pode referir-se à segurança, à salubridade, à estética, à defesa nacional ou qualquer outro fim em que o interesse da coletividade se sobreponha ao dos particulares. Citem-se, como exemplos de limitações administrativas: as que impõem a adoção de medidas

técnicas para construção de imóveis, visando a sua segurança e mesmo a salubridade pública; e as que restringem a altura dos edifícios, por motivos de estética ou de segurança.

Quanto ao conteúdo das limitações administrativas, no mais das vezes corresponde a uma obrigação de não fazer. Ocorre, no entanto, que, examinando-se os casos concretos, verifica-se que em muitos deles, embora haja obrigação negativa de não colocar em risco a segurança, a saúde, a tranquilidade pública, na realidade a obtenção desses fins depende de prestação positiva por parte do proprietário. Citem-se, por exemplo, as obrigações de adotar medidas de segurança contra incêndio ou medidas impostas por autoridades sanitárias, ou, ainda, a obrigatoriedade de demolir um prédio que ameaça ruína. Embora impliquem prestações positivas por parte do proprietário, tais imposições são também limitações administrativas à propriedade, porque a afetam em um de seus traços fundamentais - o seu caráter de direito absoluto - concebido como poder de usar e desfrutar da coisa da maneira que melhor aprouver a seu titular.

Alguns doutrinadores costumam distinguir a limitação administrativa da servidão, dizendo que a primeira impõe obrigação de não fazer e, a segunda, obrigação de deixar fazer.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP 9-65), “se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata, pode ou não ser caso de servidão. Será limitação e não servidão se impuser apenas um dever de abstenção: um non facere. Será servidão se impuser um pati, obrigação de suportar”.

Note-se, no entanto, que o critério não é absoluto; existem servidões administrativas que, do mesmo modo que as limitações, impõem obrigações negativas, como no caso da servidão de não edificar acima de determinada altura, ao redor dos aeroportos, ou de não construir propriedades nas proximidades das estradas de rodagem.

A diferença está em que, na limitação administrativa, a obrigação de não fazer é imposta em benefício do interesse público genérico, abstratamente considerado, enquanto na servidão ela é imposta em proveito de determinado bem afetado a fim de utilidade pública. A coisa dominante, inexistente na limitação administrativa, distingue os dois institutos.

Distinguem-se ainda as limitações das servidões administrativas pelo fato destas implicarem a constituição de direito real de uso e gozo, em favor do poder público ou da coletividade, paralelo ao direito do proprietário, que perde, por essa forma, a

exclusividade de poderes que exercia sobre o imóvel de sua propriedade. Nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo.

Sendo inerentes à propriedade ou constituindo, no dizer de Bandeira de Mello (RDP 9:64), o próprio “perfil do direito”, as limitações administrativas não dão direito à indenização, que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral, de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio, como ocorre, respectivamente, na servidão administrativa e na desapropriação. Como diz Bielsa (1965, t. 4:376), as restrições não dão direito à indenização, Já que não são senão uma carga geral imposta a todas as propriedades. Trata-se, segundo se disse, de uma condição inerente ao direito de propriedade, cujo conteúdo normal se limita pelas leis”.

O mesmo autor demonstra que os tribunais, em alguns casos, reconhecem o direito à indenização, na hipótese de culpa da Administração, mas então o problema se desloca para o campo da responsabilidade do Estado por danos causados a particulares. E cita o caso da mudança de nível nas calçadas, quando a culpa consiste “em assinalar aos proprietários um nível para a edificação e logo impor-lhes outro, alegando que o primeiro foi dado por erro” (1965, t. 4:377).

Sendo medidas impostas pelo poder de polícia do Estado, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, não cabe ao particular qualquer medida, administrativa ou judicial, visando impedir a incidência da limitação sobre o imóvel de sua propriedade; o Estado age imperativamente, na qualidade de poder público, e somente poderá sofrer obstáculos, quando a Administração aja com abuso de poder, extravasando os limites legais. Neste caso, cabe ao particular, além de opor-se à limitação estatal, pleitear a indenização por prejuízos dela decorrentes.

As limitações podem, portanto, ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social.

6.6 OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

Ocupação temporária é a forma de limitação do Estado à propriedade privada que se caracteriza pela utilização transitória, gratuita ou remunerada, de imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público.

Cretella Júnior (1968, v. 4:189-190) define esse instituto como “a utilização por parte do Estado da propriedade particular, com ou sem indenização, durante período de tempo limitado, por motivos de utilidade ou necessidade pública”. E ensina, ainda, que tal conceito, de caráter amplo, abrange “todos os casos de ocupação de urgência, aproximando-se, pois, da orientação seguida por grandes mestres italianos e afastando-se da perfilhada por tratadistas franceses, adeptos da conceituação *stricto sensu*, limitada, na maioria das vezes, aos casos de extração de matéria-prima e depósito de ferramentas e materiais de construção”.

A amplitude maior ou menor dada ao instituto decorre do direito positivo de cada país, pois, tratando-se de restrição a direito individual, os seus limites e fins são definidos por lei.

No direito positivo brasileiro, o artigo 32 da Lei nº 1.021, de 26-8-1903, estabeleceu que seriam definidas em regulamento “as regras e formalidades para a ocupação temporária de imóveis, quando for indispensável à execução de obras decretadas e para a devida indenização aos proprietários”.

Regulamentando essa lei, o Decreto n. 4.956, de 9-9-1903, que dispunha sobre o processo das desapropriações, estabelecia, no artigo 42:” poderão ser ocupados temporariamente os terrenos não edificados, de imprescindível necessidade para a instalação dos serviços e trabalhos temporários de execução das obras e extração de materiais destinados às mesmas obras”.

De acordo com os §§ 1 e 2 desse dispositivo, a ocupação temporária foi equiparada ao arrendamento forçado, mediante preço certo por tempo de sua duração, e responsabilidade pelos danos e prejuízos causados, estimado por convenção amigável ou por arbitramento. Após o depósito do montante da indenização, como garantia provisória de eventuais danos, seria expedido mandado de ocupação.

A atual lei das desapropriações (Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941), permite, no artigo 36, “a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida”.

A ocupação temporária constitui, nessa hipótese, instituto complementar da desapropriação, que só se justifica quando verificados os seguintes requisitos (cf. Cretella Jr., 1976:496):

1. realização de obras Públicas;
2. necessidade de ocupação de terrenos vizinhos;
3. inexistência de edificação no terreno ocupado;
4. obrigatoriedade de indenização;
5. prestação de caução prévia, quando exigida.

Outro exemplo de ocupação temporária no direito brasileiro é contido na Lei nº 3.924, de 26-7-1961, que dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos. O artigo 13 permite escavações e pesquisas, no interesse da arqueologia e da pré-história, em terrenos de propriedade particular, com exceção de áreas muradas que envolvem construções domiciliares; no parágrafo único estabelece que “à falta de acordo amigável com o proprietário da área onde situa-se a jazida, será esta declarada de utilidade pública e autorizada pelo período necessário à execução dos estudos, nos termos do artigo 36 do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941 “.

A Constituição Federal prevê, no artigo 52, inciso XXV, a ocupação temporária da propriedade particular, em caso de perigo público iminente, mediante indenização ulterior se houver dano. É o caso, por exemplo, de ocupação de imóvel particular, por motivo de inundação, ameaça de desabamento de prédio em ruína ou perigo de propagação de moléstia contagiosa.

Quanto à natureza jurídica da ocupação temporária, divergem os doutrinadores.

Eurico Sodré (1955:205) afirma que ela “é uma verdadeira servidão administrativa, imposta por lei, a prazo certo, mediante pagamento”. Para outros, ela se apresenta como desapropriação temporária de uso (cf. Pontes de Miranda, 1956, v. 14:154).

Na realidade, embora apresente certa semelhança com alguns desses institutos, a ocupação temporária tem características próprias, não se identificando com qualquer deles.

Não se confunde com as limitações administrativas em sentido estrito, porquanto estas não implicam, como a ocupação temporária, a utilização do imóvel por parte de terceiros; as primeiras afetam o caráter absoluto do direito de propriedade, porque apenas regulamentam, no interesse da coletividade, o exercício, pelo particular, dos poderes inerentes ao domínio; a segunda afeta a exclusividade do direito de propriedade, porque confere ao poder público a faculdade de uso temporário do imóvel particular. A limitação refere-se ao exercício dos poderes oriundos do domínio pelo próprio proprietário ou possuidor; a ocupação temporária refere-se ao exercício de um dos poderes oriundos do domínio - o uso - por terceiros.

Nesse particular, a ocupação temporária aproxima-se da servidão administrativa, que, também afeta a exclusividade do direito de propriedade; mas com ela não se confunde, por ser de caráter transitório.

Também não é possível considerar a ocupação temporária como forma de expropriação, porque aquela, ao contrário desta, não implica perda da propriedade pelo particular.

6.7 REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

A requisição administrativa pode apresentar-se sob diferentes modalidades, incidindo ora sobre bens, móveis ou imóveis, ora sobre serviços, identificando-se, às vezes, com a ocupação temporária e assemelhando-se, em outras, à desapropriação; é forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal no domínio econômico; Justifica-se em tempo de paz e de guerra.

Em suas origens no direito brasileiro, só se admitiam as requisições em tempo de guerra ou de comoção intestina grave (art. 80 da Constituição de 1891 e art. 591 do Código Civil). As Constituições de 1934, 1946 e a de 1967 previam a competência da União para legislar sobre requisições civis e militares em tempo de guerra. Na legislação ordinária, tais requisições são regulamentadas pelo Decreto-lei nº 4.812, de 8-10-1942, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 5.451, de 30-4-1943.

Mais recentemente, passaram-se a admitir, visando a intervenção no domínio econômico, as requisições em tempo de paz, autorizadas pela Lei Delegada n. 4, de 26-9-1962, regulamentada pelo Decreto n. 51.644-A, de 26-11-1962, referente às requisições de bens e serviços, e pelo Decreto-lei n. 2, de 14-1-1966, regulamentado pelo Decreto n. 57.844, de 18-2-1966, referente às requisições de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população.

Ambas são de competência da SUNAB.

A atual Constituição prevê a competência da União para legislar sobre requisição civil e militar, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (art. 22, 111).

Em qualquer das modalidades, a requisição caracteriza-se por ser procedimento unilateral e auto-executório, pois independe da aquiescência do particular e da prévia

intervenção do Poder Judiciário; é também oneroso, porque dá direito à indenização a posteriori. Mesmo em tempo de paz, só se justifica em caso de perigo público iminente.

A requisição, quando recai sobre imóvel, confunde-se com a ocupação temporária, consoante se vê pelos termos dos artigos 1 e 15, item 13, do Decreto-lei n. 4.812, de 810-1942; o seu fundamento é o artigo 52, XXV, da Constituição Federal vigente, pelo qual “no caso de perigo público iminente, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver danos”.

Quando recai sobre bens móveis fungíveis, assemelha-se à desapropriação, porém com ela não se confunde: na requisição, a indenização é posterior, o fundamento é necessidade pública inadiável e urgente; na desapropriação, a indenização é prévia e o seu fundamento pode ser a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social. Além disso, na desapropriação, o poder público depende de autorização judicial para imitir-se na posse do imóvel.

Fixados os seus elementos característicos, pode-se conceituar a requisição como ato administrativo unilateral, auto-executório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente.

6.8 TOMBAMENTO

6.8.1 A proteção do patrimônio histórico e artístico nacional

Na Constituição de 1988 nota-se a preocupação do constituinte com a tutela do patrimônio cultural brasileiro, constituído pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (art. 216).

O artigo 23, inciso III, da mesma Constituição, inclui entre as funções de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

E o artigo 24, inciso VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, o que significa que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, exercendo os Estados a competência suplementar, na forma dos §§ 1 a 4 do artigo 24.

Aos Municípios foi dada a atribuição de “promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30,

inciso IX). Vale dizer que eles não têm competência legislativa nessa matéria mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual.

Pelo § 1 do artigo 216, o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventário, registro, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação. E o § 5 determina que ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Diante do § 1 do artigo 216, o tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional. O dispositivo

prevê ainda a desapropriação, que será utilizada quando a restrição afete integralmente o direito do proprietário; o tombamento é sempre restrição parcial, conforme se verifica pela legislação que o disciplina; se acarretar a impossibilidade total de exercício dos poderes inerentes ao domínio, será ilegal e implicará desapropriação indireta, dando direito à indenização integral dos prejuízos sofridos.

Além disso, a própria Constituição Prevê ainda, como instrumentos de tutela do patrimônio histórico e artístico nacional, a ação popular (art. 52, LXXIII) e a ação civil pública (art. 129, 111). Cabe indagar se essas ações exigem o prévio tombamento do bem; atendo-nos ao artigo 12, § 12, do Decreto-lei nº 25, de 30-11-1937 (Lei do Tombamento) a resposta será positiva, pois esse dispositivo determina que os bens só podem ser considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros de Tombo que a lei prevê.

No entanto, diante do artigo 216 da Constituição, além de ter-se uma ampliação dos bens merecedores de proteção (bens de interesse público, integrados no patrimônio cultural brasileiro), ainda se prevêm, ao lado do tombamento, outras formas de acautelamento e preservação, de que o poder público se utilizará, “com a colaboração da comunidade”.

Além do mais, a ação popular e a ação civil pública são mais úteis, como formas de proteção, precisamente em relação aos bens ainda não tombados,

porque, em relação a estes, as restrições e a fiscalização a que se sujeitam já têm por objetivo dar-lhes adequada tutela.

6.8.2 Conceito e características

O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 12 do Decreto-lei ns’25, de 30-11-1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional).

Empregando o vocábulo tombamento, o direito brasileiro seguiu a tradição do direito português, que utiliza a palavra tomar no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo (cf. Hely Lopes Meirelles, 1989:483).

Pelo tombamento, o poder público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros do

Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente a particular, passa a ser considerado bem de interesse público; daí as restrições a que se sujeita o seu titular.

O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.

Se, para proteger o bem, o poder público tiver que impor restrição total, de tal modo a impedir o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja integralmente o direito de propriedade.

O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o poder público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, biográfico ou artístico.

É procedimento administrativo, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo.

6.8.3 Objeto

O tombamento pode atingir bens de qualquer natureza: móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados. Nos termos do § 22 do artigo 12 do Decreto-lei nº 25/37, são sujeitos a tombamento “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”.

O artigo 32 do mesmo Decreto-lei exclui do patrimônio histórico e artístico nacional e, portanto, da possibilidade de tombamento, as obras de origem estrangeira:

- 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução ao Direito Civil e que continuem sujeitos à lei penal do proprietário (bens adquiridos por sucessão de estrangeiro e situados no Brasil);
- 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- 6) que sejam importadas por empresas brasileiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

6.8.4 Modalidades

O tombamento pode ser:

1. quanto à constituição ou procedimento: de ofício, voluntário ou compulsório
2. quanto à eficácia: provisório ou definitivo;
3. quanto aos destinatários: geral ou individual.

Pelo Decreto-lei nº 25, o tombamento distingue-se conforme atinja bens públicos ou particulares. Quando incide sobre bens públicos, tem-se o tombamento de ofício, previsto no artigo 52, que se processa mediante simples notificação à entidade a quem pertencer (União, Estado ou Município) ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada; com a notificação, a medida começa a produzir efeitos.

O tombamento que tem por objeto bens particulares pode ser voluntário ou compulsório (art. 622).

O primeiro é disciplinado pelo artigo 7 e ocorre quando:

1. o proprietário pedir o tombamento e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico

nacional, a juízo do órgão técnico competente;

2. o proprietário anuir, por escrito, à notificação que se lhe fizer para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

O tombamento compulsório, previsto nos artigos 82 e 92~ é feito por iniciativa do poder público, mesmo contra a vontade do proprietário.

O artigo 10 ainda distingue duas outras modalidades, ao estabelecer que o tombamento voluntário ou compulsório pode ser provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

3. O tombamento provisório, que ocorre com a notificação do proprietário, produz os mesmos efeitos que o definitivo, salvo quanto à transcrição no Registro de Imóveis, somente exigível para o tombamento definitivo (art. 10, parágrafo único, do Decreto-lei nº 25).

Outra classificação do tombamento, quanto aos destinatários, considera o individual, que atinge um bem determinado, e o geral, que atinge todos os bens situados em um bairro ou uma cidade.

6.8.5 Procedimento

O tombamento efetua-se por meio de um procedimento, ou seja, de uma sucessão de atos preparatórios do ato final que é a inscrição do bem no Livro do Tombo. Esse procedimento varia conforme a modalidade de tombamento.

Em qualquer das modalidades, tem que haver manifestação de órgão técnico que, na esfera federal, é o IBPC - Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural -, instituído pelo Decreto nº 99.492, de 3-9-90, como autarquia, mediante autorização contida na Lei nº 8.029, de 12-4-90. No Estado de São Paulo, é o CONDEPHAT - Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado, a que se refere o artigo 129 da Constituição paulista de 1967.

No caso de bem público, após a manifestação do órgão técnico, a autoridade administrativa determina a inscrição do bem no Livro do Tombo, notificando a pessoa jurídica de direito público titular do bem ou que o tenha sob sua guarda.

Em se tratando de tombamento voluntário requerido pelo proprietário, será também ouvido o órgão técnico e, em caso de preencher os requisitos, será determinada a sua inscrição no Livro do Tombo e a transcrição no Registro de Imóveis, desde que se trate de bem imóvel.

Quando o procedimento começar por iniciativa do Poder Público, ele observará as seguintes fases:

1. manifestação do órgão técnico sobre o valor do bem para fins de tombamento;
2. notificação ao proprietário para anuir ao tombamento dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação ou para, se quiser, impugnar e oferecer as razões dessa impugnação;
3. se o proprietário anuir, por escrito, à notificação, ou não impugnar, tem-se o tombamento voluntário, com a inscrição no Livro do Tombo;
4. havendo impugnação, será dada vista, no prazo de mais 15 dias, ao órgão que tiver tomado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentar as suas razões;
5. a seguir, o processo será remetido ao IBPC, que proferirá decisão a respeito, no prazo de 60 dias a contar do recebimento;
6. se a decisão for contrária ao proprietário, será determinada a inscrição no Livro do Tombo; se for favorável, o processo será arquivado;
7. a decisão do Conselho Consultivo terá que ser apreciada pelo Ministro da Cultura (Lei nº 6.292, de 15-12-75), o qual poderá examinar todo o procedimento, anulando-o, se houver ilegalidade, ou revogando a decisão do órgão técnico, se contrária ao interesse público, ou, finalmente, apenas homologando;
8. o tombamento somente se torna definitivo com a inscrição em um dos Livros do Tombo que, na esfera federal, compreende, nos termos do artigo 42 do Decreto-lei nº 25:
 1. o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico;
 2. o Livro do Tombo das Belas Artes;
 3. o Livro do Tombo das Artes Aplicadas;
 4. o Livro do Tombo Histórico.

No Estado de São Paulo, além desses quatro, existe o Livro do Tombo das Artes Populares (Decreto s/nº de 19-12-69).

Embora o procedimento se encerre com inscrição no Livro do Tombo, a lei exige ainda que, em se tratando de imóveis, se faça a transcrição no Registro de Imóveis, averbando-se o tombamento ao lado da transcrição do domínio (art. 13 do Decreto-lei n. 25). Em se tratando de bens móveis, embora a lei federal não contenha norma semelhante, deduz-se do § 22 do mesmo dispositivo que a transcrição deve ser feita em registro público, no caso o Registro de Títulos e Documentos. No Estado de São Paulo, essa exigência se contém no artigo 13, § 1, do Decreto-lei n 149, de 15-8-1969.

Em resumo, o procedimento do tombamento compulsório compreende os seguintes atos: manifestação do órgão técnico, notificação ao proprietário, impugnação, manifestação do órgão que tomou a iniciativa do tombamento, decisão pelo órgão técnico, homologação pelo Ministro da Cultura, inscrição no Livro do Tombo. A transcrição no Registro de Imóveis não integra o procedimento, pois mesmo sem ela o tombamento produz efeitos jurídicos para o proprietário. Tem-se entendido que a falta de registro apenas impede as entidades públicas de exercerem o direito de preferência para aquisição do bem tombado conforme previsto no artigo 22 do Decreto-lei n 25.

É, aliás, o que ficou decidido por despacho presidencial que aprovou parecer da Consultoria Geral da República, no sentido de que “o eventual descumprimento, pelo IPHAN, do dever de promover o registro dos bens particulares, definitivamente tombados, resulta em prejuízo de interesses das entidades públicas em exercer a preferência na aquisição deles e exonera o adquirente da obrigação de notificá-las. Mas,

ainda assim, no plano do direito administrativo, o tombamento produzirá todos os seus efeitos, facultando ao IPHAN praticar, nos limites de sua competência, os atos tendentes à vigilância e proteção dos bens “tombados” (in RDA 120:406).

Um último dado a assinalar no tocante ao procedimento é o que se refere à possibilidade de ser cancelado o tombamento. Pelo artigo 10, in fine, do Decreto-lei n. 25, a decisão do tombamento não era passível de recurso. Porém, esse dispositivo ficou revogado pelo Decreto-lei nº 3.866, de 29-11-41, ao estabelecer que “o Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, ao Estado, aos Municípios OU a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no IPHAN, de acordo com o Decreto-lei n 25, de 3-11-37”.

Esse dispositivo tem sido criticado pelo fato de dar ao Presidente da República o poder discricionário de cancelar o tombamento, passando por cima de parecer do órgão técnico competente para manifestar-se (cf. Carlos Augusto A. Machado, 1987:35).

Não nos parece procedente a crítica, tendo em vista que o dispositivo só autoriza o cancelamento “por motivos de interesse público”, o que exige motivação, contrastável perante o Judiciário, por parte do Presidente da República. Se é verdade que a proteção do patrimônio cultural é dever do Estado

precisamente pelo seu interesse público, não é menos verdade que esse interesse pode, em determinado momento, conflitar com outros, também relevantes e merecedores de proteção; um deles terá que ser sacrificado, a critério da autoridade a quem a lei conferiu o poder de decisão.

6.8.6 Efeitos

O Decreto-lei n. 25/37 dedica o seu capítulo III aos efeitos do tombamento. Estes se produzem quanto à alienação, quanto ao deslocamento, quanto às transformações, quanto aos imóveis vizinhos, quanto à conservação, quanto à fiscalização. Disso resultam para o proprietário obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) e de suportar (deixar fazer); para os proprietários de imóveis vizinhos, obrigações negativas (não fazer); e para o IBPC, obrigações positivas (fazer). O IBPC assumiu as obrigações do antigo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional -, conforme Lei Nº 8.029/90.

O proprietário do bem tombado fica sujeito às seguintes obrigações:

1. positivas: fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa (art. 19); em caso de alienação onerosa do bem, deverá assegurar o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nessa ordem, sob pena de nulidade do ato, seqüestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa de 20% do valor do bem a que ficam sujeitos o transmitente e o adquirente; as punições serão determinadas pelo Poder Judiciário (art. 22). Se o bem tombado for público, será inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre União, Estados e Municípios (art. II).

2. negativas: o proprietário não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IBPC, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de

multa de 50% do dano causado (art. 17); também não pode, em se tratando de bens móveis, retirá-los do país, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do IBPC (art. 14); tentada sua exportação, a coisa fica sujeita a seqüestro e o seu proprietário, às penas cominadas para o crime de contrabando e multa (art. 15).

3 . obrigação de suportar: o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância.

Os proprietários dos imóveis vizinhos também sofrem as consequências do tombamento previstas no artigo 18 do Decreto-lei, in verbis: “sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (atual IBPC), não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirado o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto”.

Trata-se de servidão administrativa em que dominante é a coisa tombada e, serviente, os prédios vizinhos. É servidão que resulta automaticamente do ato do tombamento e impõe aos proprietários dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada e de não colocar cartazes ou anúncios; a esse encargo não corresponde qualquer indenização.

Com relação ao alcance dessa restrição, foi proferido acórdão (in RT 222:559) em que se decidiu que “no conceito de visibilidade em relação a monumentos históricos há um sentido mais amplo que envolve outros aspectos além da simples visibilidade física, inclusive a respeitabilidade do imóvel protegido que pode ser prejudicada com ligeiras construções de madeira, como seja um pórtico com aparelhos de ginástica, embora não lhe impedindo de toda a visão”. Tratava-se de hipótese em que se pretendia erguer pórtico com aparelhos de ginástica nas proximidades de um convento tombado.

Na esfera administrativa, muito se tem discutido a respeito da restrição contida no artigo 18, havendo algumas orientações já traçadas. A Consultoria Geral da República, em parecer aprovado pelo Presidente da República, por despacho de 16-4-1968, manifestou-se no sentido de que “as obras projetadas - com relação a dois edifícios já concluídos - não prejudicam a visibilidade do Museu Imperial, de modo a ensejar a aplicação do artigo 18 do Decreto-lei n. 25 de 1937. Não basta que a construção esteja na vizinhança da coisa tombada, é necessário que a mesma impeça ou reduza sua visibilidade” (in RDA 93:379-381). Nesse sentido parecer do mesmo órgão,, também aprovado pela Presidência da República em 4-2-75: “o exercício da atribuição conferida ao IPHAN, pelo artigo 18 do Decreto-lei n. 25/37, somente se exerce, legitimamente, em relação a construções, no suposto de duas condições, a se verificarem simultaneamente, a saber, a vizinhança do bem tombado e o comprometimento, por elas, de sua visibilidade, quer impedindo-a, quer a reduzindo” (in RDA 120:403-413).

A servidão, no caso, surge no ato do tombamento (inscrição no Livro do Tombo), independentemente da transcrição no Registro de Imóveis. A publicidade e o efeito constitutivo do direito real, que decorrem do registro, só alcançam aquele determinado bem, objeto do tombamento, e visam assegurar o respeito à boa-fé de terceiros e o próprio direito de preferência das entidades públicas sobre as coisas tombadas, em caso de alienação. E o que ficou decidido pelo mesmo despacho presidencial de 4-2-75. Nem poderia ser diferente. O artigo 18 constituiu uma servidão, mas não delimitou seu campo de incidência, deixando ao critério subjetivo de determinado órgão público a decisão quanto ao alcance dessa restrição em cada caso. Assim sendo, ainda que assegurasse ao

tombamento toda a publicidade possível, não contariam os proprietários vizinhos com critério objetivo para verificar se são ou não alcançados pela restrição.

Acresce que é de competência municipal a autorização de construções, me aprovação das respectivas plantas; já têm ocorrido hipóteses em que, aprovada pela prefeitura, vem depois a construção a ser impugnada pelo IPHAN, atual IBPC

Para assegurar-se, a um tempo, o respeito ao artigo 18 do Decreto-lei n. 25 e a boa-fé de terceiros, necessária seria a adoção das seguintes medidas:

fixação de critério objetivo na delimitação do conceito de vizinhança, mediante determinação da área dentro da qual qualquer construção ficaria dependendo de aprovação do IBPC; e imposição de averbação no Registro de Imóveis da área onerada com a servidão ou notificação às Prefeituras interessadas para que, ao conferirem licença para construção, não ajam em desacordo com o IPHAN, com evidente prejuízo, ainda, para terceiros interessados na construção.

Na ausência dessas medidas, incumbe àquele órgão exercer permanente vigilância sobre as coisas tombadas e respectiva vizinhança, cabendo responsabilidade por perdas e danos quando, por culpa sua, terceiros de boa-fé tiverem suas construções embargadas ou demolidas, embora devidamente aprovadas pela Prefeitura.

No Estado de São Paulo, também foi instituída servidão sobre os prédios vizinhos aos bens tombados, porém se definiu um raio de 300 metros em torno da coisa tombada, conforme Decreto nº 13.426, de 16-3-79 (arts. 137 e 138). E o artigo 12 do Decreto-lei Complementar nº 2, de 15-8-69, determina que “para a preservação dos locais a que se refere o artigo 127 da Constituição Estadual, os Municípios não poderão aprovar construções e loteamentos ou a instalação de propaganda, painéis, dísticos, cartazes, ou semelhantes, em zonas declaradas de interesse turístico estadual, ou na vizinhança de bens tombados, que contrariem padrões de ordem estética fixados pelo Governo do Estado”. Norma semelhante encontra-se no artigo 16 do Decreto s/n. de 19-12-69, que regulamenta o Decreto-lei n. 149/69, o qual, por sua vez, dispõe sobre tombamento de bens, para a proteção do patrimônio histórico e artístico estadual, as seguintes obrigações:

Finalmente, ainda surgem efeitos do tombamento para o próprio IBPC, que assume

1. mandar executar as obras de conservação do bem, quando o proprietário não puder fazê-lo ou providenciar para que seja feita a desapropriação da coisa (art. 19, § 12); não adotadas essas providências, o proprietário pode requerer que seja cancelado o tombamento (§ 22).
2. exercer permanente vigilância sobre as coisas tombadas, inspecionando-as sempre que julgar conveniente (art. 20);
3. providenciar, em se tratando de bens particulares, a transcrição do tombamento no Registro de Imóveis e a averbação ao lado da transcrição do domínio (art. 13). Não adotada essa providência, conforme antes salientado, a União, os Estados e os Municípios perderão o direito de preferência a que se refere o artigo 22.

6.8.7 Natureza jurídica

Dois aspectos merecem ser aqui analisados: se o ato de tombamento é discricionário ou vinculado; se a restrição que resulta do tombamento constitui servidão administrativa ou limitação administrativa à propriedade.

Quanto ao primeiro aspecto, colocamo-nos entre os que consideram o tombamento um ato discricionário. Há quem entenda que, colocando, a Constituição, os bens do patrimônio histórico e artístico nacional sob a proteção do poder público, a autoridade competente para determinar o tombamento (inscrição no Livro do Tombo) não pode deixar de fazê-lo quando o parecer do órgão técnico reconhecer o valor cultural do bem para fins de proteção.

Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto; evidentemente, se nenhuma razão de interesse público obstar o tombamento, este deve ser feito; por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar-se a discricionariedade em arbítrio que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público.

Com relação ao segundo aspecto, a doutrina não é uniforme. Celso Antônio Bandeira de Mello (in RDP 9:55), Ruy Cirne Lima (in RDP 5:26) e Adilson Abreu Dallari (in RDP 59:60) entendem que o tombamento constitui modalidade de servidão administrativa, porque, ao contrário da simples limitação, incide sobre imóvel determinado, causando a seu proprietário ônus maior do que o sofrido pelos demais membros da coletividade. Consoante Celso Antônio, “sempre que seja necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, por conseguinte, criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão”.

Não compartilhamos desse entendimento porque, embora o tombamento seja feito, voluntária ou compulsoriamente, mediante inscrição no Livro do Tombo, dependendo, portanto, de ato administrativo que individualize o bem tombado, não se trata de servidão, pelo fato de não haver a coisa dominante. A restrição não é imposta em benefício de coisa afetada a fim público ou de serviço público, mas ao contrário, tem por objetivo satisfazer a interesse público genérico e abstrato, a saber, o patrimônio histórico e artístico nacional.

O tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público; porém dela difere por individualizar o imóvel.

Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado.

Preferimos, por isso, considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão. Nesse ponto, evoluímos um pouco em relação ao entendimento adotado na tese “Servidão Administrativa” (1978:27).

6.9 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

6.9.1 Servidão na teoria geral do direito

Embora a servidão tenha nascido e se desenvolvido no direito privado, o seu conceito pertence à teoria geral do direito, ou seja, não é comprometido com o direito civil nem com o direito administrativo. Deve-se procurar uma noção genérica - categoria jurídica - para, a partir dela, chegar aos dois conceitos próprios de cada um daqueles ramos jurídicos.

São elementos comuns em qualquer tipo de servidão, de direito público ou privado:

1. a natureza de direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*), no qual alguns dos poderes do domínio se destacam e se transferem a terceiros;
2. a situação de sujeição em que se encontra a coisa serviente (*res serviens*) em relação à coisa dominante (*res dominans*) ou a uma pessoa: aliás, essa idéia decorre do próprio vocábulo *servitudo*, significando escravidão;
3. o conteúdo da servidão é sempre uma utilidade inerente à *res serviens* e que dá ao titular do direito real o direito de usar, ou de gozar ou, ainda, o de extrair determinados produtos, como água.

Assim, como categoria jurídica, própria da teoria geral do direito, a servidão pode ser definida como um direito real de gozo sobre coisa alheia, instituído em benefício de entidade diversa da sacrificada; existe, do lado passivo, uma coisa serviente e, do lado ativo, uma coisa dominante (na servidão real) ou uma pessoa (na servidão pessoal); o conteúdo é uma utilidade prestada pela primeira à segunda.

6.9.2 Servidão de direito privado e de direito público

A partir desse conceito é possível fixar-se o regime jurídico da servidão de direito privado, de um lado, e o da servidão administrativa, de outro.

No Código Civil, só tem o caráter de servidão o direito real instituído sobre um prédio em benefício de outro prédio, excluídas, assim, as servidões pessoais - o uso, o usufruto, e a habitação - que são tratados como institutos à parte, com características próprias.

Com base no artigo 695 do Código Civil, pode-se definir a servidão como direito real sobre um prédio, instituído em favor de outro prédio, pertencente a dono diverso.

São princípios que regem a servidão de direito privado e aplicáveis também à servidão administrativa: o da perpetuidade (art. 695); o de que a servidão não se presume (art. 696); o da indivisibilidade (art. 707); o do uso moderado (arts. 704, 705 e 706); o de que *nulli res sua servit*, pelo qual a servidão não se institui sobre coisa própria.

Nas servidões administrativas ou de direito público, existem todos os elementos que caracterizam a servidão: a *res serviens* (prédio de propriedade alheia), prestando utilidade à *res dominans* (bem afetado a fim de utilidade pública ou a determinado serviço público).

A principal diferença está do lado passivo da relação, a saber, na definição da *res dominans* que, no dizer de Ruy Cirne Lima (in RDP 5:24), é o “serviço público, ou seja, a organização de pessoas e bens, constituída para executá-los”; ou, como dissemos em nossa tese (Servidão Administrativa, 1978:50), é “determinado bem, enquanto afetado à realização de um serviço público”. Por exemplo, na servidão de energia elétrica, *res serviens* é o prédio particular por onde passam as linhas de distribuição e *res dominans* é o próprio serviço público de energia elétrica; na servidão ao redor dos aeroportos, *res serviens* são os prédios vizinhos e *res dominans*, o próprio prédio onde funciona o serviço de navegação aérea.

Cretella Júnior (1968 v. 5:185-186) aponta mais as seguintes diferenças:

1. as servidões civis não impõem ao proprietário nenhuma obrigação de fazer, mas apenas a obrigação passiva de deixar fazer; ao contrário, certo número de servidões

administrativas traduzem-se por obrigações positivas, como roçar o mato, podar ou cortar árvores ou fazer o alinhamento particular;

2. as servidões administrativas, estando fora do comércio, não se extinguem pela prescrição, como as civis;

3. as servidões administrativas podem gravar bens do domínio público; as civis não;

6.9.3 Servidão administrativa e limitação administrativa

4. as servidões administrativas não obrigam, em regra, à indenização, salvo quando esta é formalmente estabelecida em lei.

Considerando, pois, a servidão administrativa dentro do regime jurídico de direito público a que se submete, conclui-se que ela constitui uma prerrogativa da Administração Pública agindo com o poder de império que lhe permite onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública, sem obter previamente o consentimento do particular ou título expedido pelo Judiciário. O seu fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. No exercício dessa prerrogativa, deve a Administração respeitar as restrições decorrentes da lei ou dos princípios publicísticos que informam a sua atividade, não devendo ultrapassar aquilo que seja necessário e suficiente para os fins públicos que se pretende atingir com a instituição da servidão.

Toda servidão limita a propriedade, mas nem toda limitação à propriedade implica a existência de servidão. Assim, se a restrição que incide sobre um imóvel for em benefício de interesse público genérico e abstrato, como a estética, a proteção do meio ambiente, a tutela do patrimônio histórico e artístico, existe limitação à propriedade, mas não servidão; esta se caracteriza quando, no outro extremo da relação (o dominante) existe um interesse público

corporificado, ou seja, existe coisa palpável, concreta, a usufruir a vantagem prestada pelo prédio serviente. Por isso mesmo, não consideramos o tombamento como servidão, pois nele, embora a restrição incida sobre um imóvel determinado, não existe a coisa dominante; a restrição é imposta em benefício de um interesse público: a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Isto porque é essencial ao conceito de servidão a presença dos dois elementos: a coisa serviente e a coisa dominante, a primeira prestando utilidade à segunda. Eliminar do conceito de servidão administrativa a coisa dominante significa desnaturar o instituto tal qual tem sido concebido desde o direito romano e dar-lhe amplitude tão grande que abrangerá todas as restrições impostas pelo poder público à propriedade privada.

6.9.4 Conceito

Servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.

Elementos da definição:

1. direito real de gozo;
2. natureza pública;
3. coisa serviente: imóvel de propriedade alheia;
4. coisa dominante: um serviço público ou um bem afetado a fins de utilidade pública;
5. o titular do direito real é o poder público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios) ou seus delegados (pessoas jurídicas públicas ou privadas autorizadas por lei ou por contrato);
6. finalidade pública;
7. exigência de autorização legal.

6.9.5 Forma de constituição

De modo geral, as servidões administrativas se constituem por uma das seguintes formas:

1. decorrem, diretamente da lei, independentemente a sua constituição de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral. Exemplo: servidão sobre as margens dos rios navegáveis e servidão ao redor dos aeroportos; alguns autores consideram essas servidões como limitações à propriedade, por incidirem sobre imóveis indeterminados: consideramos como servidões, por haver a coisa dominante: no primeiro caso, o serviço público de policiamento das águas e, no segundo, o bem afetado à realização do serviço de navegação aérea;
2. efetuam-se mediante acordo, precedido de ato declaratório de utilidade pública. Exemplo: servidão de energia elétrica, que depende, em cada caso, de decreto governamental e se efetivará através de acordo lavrado por escritura pública (Decreto nº 38.581, de 16-7-54);
3. efetuam-se por sentença judicial, quando não haja acordo ou quando sejam adquiridas por usucapião.

Na hipótese de declaração de utilidade pública, seguida de acordo ou sentença judicial, o procedimento é semelhante ao da desapropriação e encontra fundamento no artigo 40 do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941, segundo o qual “o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma da lei”.

Problema interessante é o que diz respeito à necessidade ou não de registro da servidão administrativa. É preciso distinguir: as que decorrem diretamente da lei dispensam esse registro, porque o ônus real se constitui no momento em que a lei é promulgada ou, posteriormente, quando algum fato coloque o prédio na situação descrita na lei; esta confere à servidão a mesma publicidade e satisfaz os mesmos fins atribuídos ao Registro de Imóveis.

Nas demais hipóteses, a inscrição torna-se indispensável, uma vez que tanto o contrato, como a sentença fazem lei entre as partes apenas, além de não gozarem da mesma publicidade que tem a lei. Para que se tomem oponíveis erga omnes precisam ser registrados. A anterior Lei de Registros Públicos (Lei nº 4.857, de 9-11-39) só exigia, no artigo 178, “a”, n. X, a inscrição dos “títulos das servidões não aparentes para a sua constituição”. Essa regra estava em consonância com o artigo 697 do Código Civil, pelo

qual “as servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no Registro de Imóveis”.

A atual Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31-12-73) alterou essa sistemática, exigindo no artigo 167, 1, 6, a inscrição dos “títulos das servidões em geral, para sua constituição.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que “servidão de trânsito não titulada, mas tomada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas considera-se parente conferindo direito à proteção possessória”.

E o Tribunal de Alçada Civil entendeu que a servidão para transmissão de energia elétrica, sendo aparente e contínua, dispensa inscrição para valer contra terceiros (RT Característica típica das servidões quer públicas quer privadas, é a perpetuidade.

Consoante Ruy Cime Lima (RDP 5:24), a servidão administrativa é “insuscetível de termo final, porque o prazo, somente estabelecido em favor da pessoa, colidiria com a utilitas, essencial à servidão real e, para esse efeito, definida segundo as coisas e não as pessoas.

Portanto, as servidões administrativas são perpétuas no sentido de que perduram enquanto subsiste a necessidade do poder público e a ut a e op o servente. Cessada esta ou aquela, extingue-se a servidão. Por outras palavras, se a coisa dominante perder a sua função pública, a servidão desaparece.

Alguns autores admitem a fixação de um prazo na servidão instituída mediante acordo. No entanto, isso nos parece inócuo porque, se persistir a utilidade

pública, cabe ao poder público usar de suas prerrogativas estatais para impor a servidão pelo tempo que se fizer necessário, ainda contra a vontade do particular, podendo, para isso, recorrer ao processo expropriatório com base no artigo 40 do Decreto-lei nº 3 365.

Por outro lado, se a necessidade pública cessar antes do termo estipulado, cabe ao poder público extinguir a servidão, já que tem a faculdade de rescindir unilateralmente os contratos que não mais atendam ao interesse público.

Também se extingue se a coisa dominante for desafetada ou for afetada a fim diverso para o qual não seja necessária a servidão. Exemplo: se as instalações utilizadas como fortificações passam a ter fim diverso, cessarão as servidões administrativas correspondentes.

Estas também cessarão pela reunião das coisas serviente e dominante no domínio de um só titular, pois nulli res sua servit.

Quanto à prescrição, o pensamento dominante é o de que as servidões administrativas não se extinguem pelo não uso, pela mesma razão de que ninguém pode adquirir bens do domínio público por usucapião. O direito real de natureza pública, da mesma forma que o bem público, é coisa fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de alienação, prescrição, penhora etc.

Em resumo, as causas extintivas da servidão administrativa são:

1. a perda da coisa gravada;
2. a transformação da coisa por fato que a torne incompatível com seu destino;
3. a desafetação da coisa dominante;
4. a incorporação do imóvel serviente ao patrimônio público.

6.9.7 Direito à indenização

Não cabe direito à indenização quando a servidão decorre diretamente da lei, porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação. Somente haverá direito à indenização se um prédio sofrer prejuízo maior, por exemplo, se tiver de ser demolido.

Quando a servidão decorre de contrato ou de decisão judicial, incidindo sobre imóveis determinados, a regra é a indenização, porque seus proprietários estão sofrendo prejuízo em benefício da coletividade. Nesses casos, a indenização terá que ser calculada em cada caso concreto, para que se demonstre o prejuízo efetivo; se este não existiu, não há o que indenizar. No caso da servidão de energia elétrica, que é a mais freqüente, a jurisprudência fixa a indenização em valor que varia entre 20% e 30% sobre o valor da terra nua (cf. acórdãos in RT 404:212, 406:272, 389:127, 391:130; também jurisprudência citada por Ronaldo de Albuquerque, 1987:139).

Tem-se entendido, na jurisprudência, que, além dos acréscimos legais, juros moratórios, correção monetária, honorários do advogado, do perito oficial, do assistente técnico e custas) a indenização, na servidão administrativa, inclui juros compensatórios, à semelhança da desapropriação, quando a Administração tome posse da área antes de pagar o preço justo.

Ronaldo de Albuquerque (1987:149) cita acórdãos Proferidos em caso de servidão de energia elétrica, fixando em 12% ao ano os juros compensatórios com base na súmula 164 do STF: Ac. Nº 71.527-SPOTFR; Ac. Nº 68.077-SP-TFR; Ac. Nº 88.947-TFR; Ac. Nº 74.209-SP-TFR; Ac. d- 43.988-TJSP. Em sentido contrário, Ac. Nº 36.869-RJ, Ac. Nº 22.273-TJ-SC e Ac. Nº 68.944-TFR.

O Superior Tribunal de Justiça, fazendo confusão entre desapropriação e servidão, fixou o entendimento de que “na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade” (Súmula nº2 56). A confusão não está no reconhecimento do direito à indenização, mas na identificação feita entre dois institutos diversos como a desapropriação e a servidão administrativa: não é necessário desapropriar para instituir servidão.

6.9.8 Modalidades

Dentre as servidões que decorrem diretamente da lei, citem-se:

6.9.8.1 SERVIDÃO SOBRE TERRENOS MARGINAIS

Compreende uma faixa de sete braças craveiras (15,4 metros) paralela aos rios navegáveis, contada a partir do ponto médio das enchentes ordinárias (Lei nº 1.507, de 269-1867, art. 39; Decreto nº 4.105, de 22-2-1868). Pelo Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-1934), a servidão destina-se, no caso, ao aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, bem como à utilização da navegação do rio (art. 31, parágrafo único). Além disso, nessa faixa é tolerado o uso de ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interesse público (art. 11, § 22).

Quando o rio não for navegável nem fluviável, a servidão incide sobre uma faixa de 10 metros e é instituída em benefício dos agentes da administração pública em execução de serviço (art. 12 do Código de Águas).

6.9.8.2 SERVIDÃO A FAVOR DAS FONTES DE ÁGUA MINERAL, TERMAL OU GASOSA E DOS RECURSOS HÍDRICOS

O Código de Águas Minerais (Decreto-lei nº 7.841, de 8-8-45) instituiu determinado tipo de servidão administrativa, estabelecendo, no artigo 12, que “às fontes de água mineral, termal ou gasosa, em exploração regular, poderá ser assinalado, por decreto, um perímetro de proteção, sujeito a modificações posteriores se novas circunstâncias o exigirem”.

Com base nesse Código, por exemplo, o Decreto Federal nº 75.700, de 7-5-75, fixou uma área de 17,4720 ha para proteção das fontes de água mineral situadas em São Lourenço, no Estado de Minas Gerais.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 898, de 18-12-75, instituiu servidão semelhante para proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de águas e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, como por exemplo, os reservatórios Billings, da Cantareira, de Guarapiranga e outros.

6.9.8.3 SERVIDÃO SOBRE PRÉDIOS VIZINHOS DE OBRAS OU IMÓVEL PERTENCENTE AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

É prevista no artigo 18 do Decreto-lei n. 25, de 30-11-37, que proíbe, sem prévia autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que se faça, na vizinhança de coisa tombada, construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, bem como que se coloquem anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirado o objeto, impondo-se, neste caso, a multa de 50% do valor do mesmo objeto.

No Estado de São Paulo, o artigo 12 do Decreto-lei Complementar n. 2, de 15-8-69, determina que “para a preservação dos locais a que se refere o artigo 127 da Constituição Estadual, os municípios não poderão aprovar construções e loteamentos ou a instalação de propaganda, painéis, dísticos, cartazes ou semelhantes, em zonas declaradas de interesse turístico estadual, ou na vizinhança de bens tombados, que contrariem padrões de ordem estética fixados pelo Governo do Estado”. Norma semelhante encontra-se no artigo 16 do Decreto s/n. de 19-12-69, que regulamenta o Decreto-lei n. 149, de 15-8-69, o qual, por sua vez, dispõe sobre tombamento de bens, para a proteção do patrimônio histórico e artístico estadual.

6.9.8.4 SERVIDÃO EM TORNO DE AERODROMOS E HELIPORTOS

O conteúdo da servidão diz respeito ao aproveitamento das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, que possam embaraçar as manobras de aeronaves ou causar interferência nos sinais de auxílio à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

Cabe indenização quando as restrições impuserem demolição ou impedirem construções de qualquer natureza.

6.9.8.5 SERVIDÃO MILITAR

O Decreto-lei n. 3.437, de 17-7-1941, consolidando a legislação sobre servidão militar, fixou duas áreas de restrições em torno das fortificações:

1 - na zona de 15 braças (33 metros), proibição de aforamento e de construção civil ou pública;

2 . na zona de 600 braças (1.320 metros), proibição de novos aforamentos, sendo permitidas apenas as construções que obedecessem aos gabaritos determinados pelo Ministério da Guerra.

O Decreto n. 26.959, de 27-7-49, que aprovou o Regulamento das Fortificações Costeiras, definiu as zonas de servidão miliar próximas a essas fortificações, fixando também em 600 braças a área em que os imóveis ficam sujeitos a restrições.

Além dessas servidões, outras podem ser instituídas por acordo ou sentença judicial, com base no artigo 40 do Decreto-lei nº 3.365/41 ou em leis esparsas, merecendo ser citadas as seguintes:

6.9.8.6 SERVIDÃO DE AQUEDUTO

É aquela que confere a seu titular o direito de canalizar águas pelo prédio de outrem. É prevista no artigo 567 do Código Civil, dentre as normas sobre direito de vizinhança.

No entanto, o Código de Águas, nos artigos 117 a 138, previu expressamente a possibilidade de constituição de aqueduto para aproveitamento das águas, no interesse público, através de concessão por utilidade pública. Nesse caso, a servidão será decretada pelo Governo (art. 120) e será de direito público: o titular é empresa concessionária de serviço público; a finalidade é pública; a sua constituição depende de decreto governamental; o beneficiário é o público em geral.

Pelo artigo 120, § 4., a indenização, nesse caso, será devida se da servidão resultar diminuição do rendimento da propriedade ou redução da sua área.

Conquanto o Código de Águas fale em “servidão legal de aqueduto”, na realidade, a sua constituição não decorre diretamente da lei, pois depende de decreto governamental, em cada caso.

6.9.8.7 SERVIDÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A partir da Constituição de 1934 até a atual (art. 176), os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento e pertencem à União. Além disso, o artigo 21, inciso XI, “b”, da Constituição contém o princípio da competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Quanto ao regime jurídico de aproveitamento dos potenciais de energia elétrica, aplicam-se as normas contidas no Código de Águas, cujo artigo 151 estabelece, para o concessionário de serviços de energia elétrica, determinados privilégios, dentre os quais, na alínea “c”, o de “estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas; para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica”.

Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto n. 35.851, de 16-7-54, que estabelece, além do conteúdo da servidão, o processo de constituição, que assim se resume:

1. em um primeiro momento, expedição de decreto do Poder Executivo reconhecendo a conveniência da servidão e declarando de utilidade pública as

áreas destinadas à passagem da linha de transmissão e de distribuição de energia elétrica (art. 22);

2. em um segundo momento, escritura pública em que o concessionário e os proprietários interessados estipulam, nos termos do mesmo decreto, a extensão e os limites dos ônus e os direitos e obrigações de ambas as partes (art. 42);

3. em caso de embaraço oposto pelo proprietário, medidas judiciais serão adotadas visando ao reconhecimento da servidão ou, ainda, utilização do processo de desapropriação previsto no artigo 40 do Decreto-lei nº 3.365/41 (art. 62).

Quanto ao conteúdo, a servidão compreende o exercício dos seguintes direitos por parte do concessionário:

1. o de praticar, na área abrangida pela servidão, todos os atos de construção, manutenção, conservação e inspeção das linhas de transmissão de energia elétrica e das linhas telegráficas e telefônicas auxiliares, além de acesso à área da servidão, através 4º prédio serviente, desde que não haja outra via praticável (art. 22, § 2);

2. o de mandar podar ou cortar árvores que, dentro da área da servidão ou da faixa paralela à mesma, ameacem as linhas de transmissão ou distribuição (art. 3, § 2).

Quanto aos proprietários dos prédios servientes, o artigo 52 assegura o direito à indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos causados pelo uso público e pelas restrições estabelecidas ao seu gozo.

Embora a lei fale em servidões permanentes ou temporárias, a designação é imprópria, neste segundo caso, pois o que ocorre é a ocupação temporária, que se caracteriza precisamente pela utilização do imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público. É a transitoriedade que distingue os dois institutos.

6.10 DESAPROPRIAÇÃO

6.10.1 Evolução no direito brasileiro

A primeira Constituição Brasileira, a Imperial, de 1824, no artigo 179, § 22, garantiu o direito de propriedade “em toda a sua plenitude”, aditando, porém, que “se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, ele será previamente indenizado do valor dela”.

Antes disso, uma lei de 21-5-1821 prescreveu que a ninguém se tirasse a propriedade, quaisquer que fossem as necessidades do Estado, sem que previamente se ajustasse o preço a pagar ao interessado pelo erário, no momento da entrega.

A Constituição de 1824 deixou à lei ordinária a definição dos casos de desapropriação, o que foi feito pela Lei n. 422, de 1826, que especificou as hipóteses de necessidade pública e utilidade pública mantidas em todas as Constituições posteriores e definidas Pelo artigo 590 do Código Civil.

Na Constituição de 1934, o direito de propriedade é garantido (excluída a expressão “em toda a sua plenitude”), não podendo ser exercido contra o interesse social ou coletivo. À exigência de indenização prévia acrescentou-se a de indenização justa (art. 113, item 17), excluída na Carta de 1937 (art. 122, item 14).

Na vigência dessa Constituição, foi editado o Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941, que fundiu em uma única modalidade - utilidade pública - as hipóteses de utilidade pública e necessidade pública referidas no artigo 590 do Código Civil e na própria Constituição.

Em 1946, a Constituição exigia que a indenização fosse prévia, justa e em dinheiro. O artigo 147 previa a justa distribuição da propriedade em consonância com a idéia de supremacia do interesse social que então prevalecia. Foi nessa Constituição que se instituiu a desapropriação por interesse social, sob inspiração do princípio da função social da propriedade, embora não se empregasse essa expressão no texto constitucional. Os casos de desapropriação por interesse social foram previstos na Lei n. 4.132, de 10-9-62.

Pela Emenda Constitucional n. 10, de 9-11-64, foi instituída outra modalidade de desapropriação por interesse social, que visava especificamente a reforma agrária, permitindo-se que a indenização fosse feita em títulos da dívida pública quando se tratasse de latifúndio como tal definido em lei, excetuadas as benfeitorias úteis e necessárias, que seriam pagas em dinheiro.

- Ato Institucional n. 9, de 25-4-69, veio dispensar o pagamento da indenização. A desapropriação para reforma agrária foi disciplinada pelo Decreto-lei nº 554, de 25-4-69, depois revogada pela Lei Complementar nº 76, de 6-7-93, que hoje disciplina a matéria.

A Constituição de 1965 manteve as mesmas hipóteses de desapropriação, às quais a Constituição de 1988 acrescentou nova modalidade, prevista no artigo 182, § 4, inciso III, em que o pagamento da indenização também pode ser feito em títulos da dívida pública; é mais uma hipótese de desapropriação por interesse social, de competência exclusiva do Município, inspirada no princípio da função social da propriedade, pois incide sobre os imóveis que não atendem a essa função. A atual Constituição prevê ainda uma hipótese de desapropriação sem indenização, que incidirá sobre terras onde se cultivem plantas psicotrópicas legalmente proibidas (art. 243).

6.10.2 Conceito

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.

Aparecem nesse conceito as seguintes características do instituto:

1. o aspecto formal, com a menção a um procedimento;
 2. o sujeito ativo: poder público ou seus delegados;
 3. os pressupostos: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social;
 4. o sujeito passivo: o proprietário do bem;
 5. o objeto: a perda de um bem;
 6. a reposição do patrimônio do expropriado por meio de justa indenização.
- Cada um desses elementos será objeto de análise nos itens subseqüentes.

6.10.3 Procedimento

A desapropriação desenvolve-se através de uma sucessão de atos definidos em lei e que culminam com a incorporação do bem ao patrimônio público.

Esse procedimento compreende duas fases: a declaratória e a executória, abrangendo, esta última, uma fase administrativa e uma judicial.

Na fase declaratória, o poder público declara a utilidade pública ou o interesse social do bem para fins de desapropriação.

A declaração expropriatória pode ser feita pelo Poder Executivo, por meio de decreto, ou pelo Legislativo, por meio de lei (arts. 62 e 82 do Decreto-lei n. 3.365/41), cabendo, neste último caso, ao Executivo tomar as medidas necessárias à efetivação da desapropriação. A autorização legislativa é obrigatória quando a desapropriação recaia sobre bens públicos (art. 2, § 2, do mesmo Decreto-lei). Além disso, depende de autorização do Presidente da República a desapropriação, pelos Estados, 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.

O ato declaratório, seja lei ou decreto, deve indicar o sujeito ativo da desapropriação, a descrição do bem, a declaração de utilidade pública ou interesse social, a destinação específica a ser dada ao bem, o fundamento legal e os recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa (cf. Rubens Limongi França, 1987:40).

A declaração de utilidade pública já produz alguns efeitos:

- a) submete o bem à força expropriatória do Estado;
- b) fixa o estado do bem, isto é, suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes;
- c) confere ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder;
- d) dá início ao prazo de caducidade da declaração (ref. Celso Antônio Bandeira de Melo, 1984: 197-198).

Embora a declaração de utilidade pública ou interesse social não seja suficiente para transferir o bem para o patrimônio público, ela incide compulsoriamente sobre o proprietário, sujeitando-o, a partir daí, às operações materiais e aos atos administrativos e judiciais necessários à efetivação da medida. Trata-se de decisão executória do poder público, no sentido de que não depende de título fornecido pelo Poder Judiciário, para subjugar o bem. O particular que se sentir lesado por verificar algum vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato, poderá impugná-lo judicialmente pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança, podendo inclusive pleitear liminar que suste o procedimento da desapropriação até que haja apreciação judicial da validade do ato. Essa impugnação é possível ainda que a declaração de utilidade pública seja feita por lei, já que neste caso se trata da chamada lei de efeito concreto (lei em sentido formal, porque emana do Legislativo; mas ato administrativo em sentido material, porque alcança pessoa determinada).

Quanto ao segundo efeito da declaração - o de fixar o estado do bem - cabe observar que o ato declaratório deve conter a descrição do bem desapropriado, uma vez que o estado em que se encontra nesse momento será levado em consideração no cálculo da indenização: dentre as benfeitorias feitas posteriormente a essa declaração, somente serão indenizadas as necessárias e, desde que autorizadas pelo poder público, as benfeitorias úteis (art. 26, § 12, da lei de desapropriação); as voluptuárias feitas após a declaração não serão indenizadas. As benfeitorias existentes no imóvel antes da declaração serão todas indenizadas, uma vez que a indenização deve recompor integralmente o patrimônio do expropriado.

Quanto às construções, aplica-se a Súmula n. 23, do STF, segundo a qual “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 Inclui na indenização, quando a desapropriação for efetivada”. No acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 49.820 - SP, que serviu de base à Súmula nº 23, o Relator Ministro Gonçalves de Oliveira deixa claro que a decisão decorre de aplicação analógica do artigo 26, § 1, da Lei de Desapropriação e explica:

“O poder de autorizar as construções não coincide com o poder de expropriar. Salvo quando é a Municipalidade que desapropria. Mas esta não pode, só por esse fato, ficar em condição mais desfavorável do que a União e o Estado. Desta sorte, ao autorizar a construção, no poder que lhe cabe como superintendente das edificações no Município, há de se lhe ressaltar o direito de declarar que não responde pelo valor da construção, como faculta o artigo 26 da Lei das Desapropriações, aplicável, por analogia, no caso de construções novas, já que é expresse o preceito, no que diz respeito às benfeitorias úteis” (apud Rubens Limongi França, 1987:298).

Quanto ao direito de penetrar no imóvel, não se confunde com a posse; nos termos do artigo 72 do Decreto-lei n. 3.365, “declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal”.

Embora esse dispositivo não preveja autorização judicial, é evidente que, em respeito ao princípio da inviolabilidade do domicílio, inserido no artigo 52, XI, da Constituição, se o proprietário não concordar com a entrada do expropriante em seu imóvel, terá que ser requerida autorização judicial, vedada a entrada compulsória.

Nesse ponto, a Lei Complementar nº 76, referente à desapropriação para reforma agrária, já prevê a necessidade de autorização judicial, em consonância com o referido dispositivo constitucional. Com efeito, o artigo 2, § 2, da lei estabelece que “declarado o interesse social, para fins de reforma agrária, fica o expropriante legitimado a promover a vistoria e a avaliação do imóvel, inclusive com o auxílio de força policial, mediante prévia autorização do juiz, responsabilizando-se por eventuais perdas e danos que seus agentes vierem a causar, sem prejuízo das sanções penais”.

No que se refere ao prazo de caducidade, o artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365 determina que a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. No entanto, o prazo de caducidade aí previsto não é fatal, uma vez que, na parte final, o mesmo dispositivo determina que “decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

No caso de desapropriação por interesse social regida pela Lei n 4.132, o prazo de caducidade se reduz a dois anos a partir da decretação da medida (art. 32); e essa caducidade refere-se não apenas à efetivação da desapropriação, mas também às providências de aproveitamento do bem expropriado; aqui difere do Decreto-lei n 3.365, que nenhum prazo estabelece para utilização do bem expropriado. Além disso, o dispositivo não estabelece um período de carência para a renovação da declaração. De acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal, ocorre, no caso, a caducidade do direito (RDA 164/367).

No caso de reforma agrária, o prazo de caducidade também é de dois anos (art. 32 da Lei Complementar nº 76/93).

A segunda fase do procedimento da desapropriação - a executória - pode ser administrativa ou judicial. Compreende os atos pelos quais o poder público promove a desapropriação, ou seja, adota as medidas necessárias à efetivação da desapropriação, pela integração do bem no patrimônio público.

A competência para promover a desapropriação é tanto das pessoas jurídicas competentes para editar o ato declaratório, como também das entidades, públicas ou particulares, que ajam por delegação do poder público, feita por lei ou contrato (art. 32 do Decreto-lei nº 3.365); abrange autarquias, fundações governamentais, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

A fase executória será administrativa quando houver acordo entre expropriante expropriado a respeito da indenização, hipótese em que se observarão as formalidades estabelecidas para a compra e venda, exigindo-se, em caso de bem imóvel, escritura transcrita no Registro de Imóveis. Essa fase nem sempre existe, pois acontece às vezes que o poder público desconhece quem seja o proprietário, hipótese em que deverá propor a ação de desapropriação, que independe de se saber quem é o titular do domínio.

Não havendo acordo, segue-se a fase judicial, iniciada pelo poder público, com observância do procedimento estabelecido no Decreto-lei nº 3.365/41 (arts. 11 a 30), aplicável também à desapropriação por interesse social fundada na Lei nº 4.132, consoante se verifica pelo disposto em seu artigo 52; na omissão da lei, aplica-se o CPC (art. 42 do Decreto-lei nº 3.365). Quanto à desapropriação para fins de reforma agrária, o procedimento está estabelecido na Lei Complementar nº 76, de 6-7-93.

Iniciado o processo judicial, se as partes fizerem acordo quanto ao preço, a decisão judicial será apenas homologatória, valendo como título para transcrição no Registro de Imóveis.

No curso do processo judicial, só podem ser discutidas questões relativas ao preço ou a vício processual, pois o artigo 20 do Decreto-lei nº 3.365 determina que “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”. Esse dispositivo completa-se com a norma do artigo 92, que veda ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Não há nessa limitação qualquer ofensa aos direitos do proprietário, de modo a caracterizar infringência aos preceitos constitucionais que garantem o direito de propriedade (art. 52, XXII) e, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 52, LV), pois o que a lei quer impedir é que outras questões, que não as indicadas no artigo 20, sejam discutidas no processo expropriatório, remetendo as partes para outras vias judiciais abertas ao interessado. Medida semelhante é prevista em dispositivos do CPC que remetem às vias ordinárias o exame de questões insuscetíveis de serem examinadas em procedimentos especiais, como ocorre na hipótese do artigo 984.

À vista dos artigos 92 e 20 da Lei de Desapropriação, se houver alguma ilegalidade no ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, quanto à competência, à finalidade, à forma ou mesmo quanto aos fundamentos (casos de utilidade pública ou interesse social), o expropriado terá que propor “ação direta”, que poderá ser tanto uma

ação ordinária declaratória da nulidade, como mandado de segurança, se houver lesão a direito individual líquido e certo, como até mesmo ação popular, se se verificarem os pressupostos previstos no artigo 52, inciso LXXIII, da Constituição (lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural). Sobre o cabimento de mandado de segurança existem vários acórdãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal (in RTJ 81/502; RDA 131/174; RT 479/159, 491/163 e 611/34).

No caso da desapropriação para reforma agrária, o artigo 95 da Lei Complementar nº 76 só exclui da contestação a apreciação do interesse social declarado”. E o artigo 42 permite que, na contestação, o proprietário requeira “a desapropriação de todo o imóvel, quando a área remanescente ficar: I - reduzida a superfície inferior à da pequena propriedade rural; ou II - prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada”. Trata-se do chamado direito de extensão, ou seja, do direito de exigir que na desapropriação se inclua a parte do imóvel que ficou inaproveitável isoladamente.

O artigo 7 do Decreto-lei nº 3.365 ainda prevê para o proprietário a possibilidade de requerer perdas e danos, sem prejuízo da ação penal cabível, em caso de, após a declaração de utilidade pública, as autoridades administrativas, ao exercerem o poder de penetrar no imóvel, incidirem em excesso ou abuso de poder.

A desapropriação, quando incide sobre imóvel, somente se completa depois de efetuado o pagamento ou a consignação, pois, caso contrário, desatender-se-ia o mandamento constitucional da prévia indenização. Depois disso, a sentença que fixa o valor da indenização constitui título hábil para transcrição no Registro de Imóveis (art. 29 do Decreto-lei nº 3.365).

6.10.4 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, segundo Rubens Limongi França (1987:14), é a pessoa à qual é deferido, nos termos da Constituição e legislação ordinária, o direito subjetivo de expropriar.

Segundo o Decreto-lei nº 3.365, podem ser sujeitos ativos da desapropriação por utilidade pública a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (art. 22). Quanto à desapropriação por interesse social, há que se distinguir três hipóteses:

- 1 . a prevista no artigo 52, inciso XXIV, da Constituição, regulada pela Lei nº 4.132, de competência das mesmas pessoas jurídicas já aludidas (art. 52 da lei);
2. a que tem fundamento no artigo 182 da Constituição, dependente de regulamentação pela lei ordinária, é de competência exclusiva do Município; e
- 3 .a que tem fundamento no artigo 184, referente à desapropriação para reforma agrária, disciplinada pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) e pela Lei Complementar nº 76, de 6-7-93, é de competência exclusiva da União.

O Supremo Tribunal Federal já desfez o engano de quem entendia que a desapropriação de imóveis rurais é sempre de competência da União; somente o é quando o imóvel rural se destine à reforma agrária. Nesse sentido, decidiu que podem os Estados e Municípios desapropriar imóveis rurais para fins de utilidade pública, não, porém, para fins de reforma agrária, privativa da União (in RDA 152/122 e RT 595/266).

No âmbito da legislação ordinária, foi atribuído o mesmo poder de expropriar ao DNER, conforme artigo 14 do Decreto-lei nº 512, de 21-3-69, que regula a Política Nacional de Viação Rodoviária e fixa Diretrizes para a reorganização daquele Departamento; a competência limita-se à hipótese de desapropriação por utilidade pública para rins rodoviários, sendo a declaração de competência do Diretor Geral da entidade, obedecendo, o procedimento, às normas do Decreto-lei nº 3.365 (art. 15 do Decreto-lei nº 512 e Súmula nº 109 do TFR: “a desapropriação iniciada segundo o procedimento previsto no Decreto-lei nº 512, de 1969, prosseguirá na forma da Lei das Desapropriações por Utilidade Pública, no caso de manifesta discordância do expropriado com o preço oferecido”).

Não se confundem com os sujeitos ativos as entidades indicadas no artigo 32 do Decreto-lei nº 3.365. O sujeito ativo é apenas aquela pessoa jurídica que pode submeter o bem à força expropriatória, o que se faz pela declaração de utilidade pública ou interesse social. As entidades indicadas no artigo 32 podem apenas promover a desapropriação (fase executória), depois de expedido o ato expropriatório; elas são beneficiárias da desapropriação, já que os bens expropriados passarão a integrar o seu patrimônio.

Sujeito passivo da desapropriação é o expropriado, que pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada. Quanto às pessoas jurídicas públicas, deve ser observada a norma do artigo 22, § 22, do Decreto-lei nº 3.365.

6.10.5 Pressupostos

A Constituição do Brasil indica, como pressupostos da desapropriação, a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social (arts. 52~ inciso XXIV, e 184).

Doutrinariamente, costuma-se distinguir essas três hipóteses da seguinte maneira:

- 1 . “existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado, o bem particular”;
- 2 . “há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível”;
3. “ocorre interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes à camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade” (cf. M. Seabra Fagundes, 1984:187-288).

Há que se observar, contudo, que a definição de quais sejam os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social não fica a critério da Administração Pública, uma vez que as hipóteses vêm taxativamente indicadas, em Lei; não basta, no ato expropriatório, mencionar genericamente um dos três fundamentos; é necessário indicar o dispositivo legal em que se enquadra a hipótese concreta.

No âmbito da legislação ordinária, o direito positivo atual define os casos de utilidade pública e interesse social, não mais mencionando as hipóteses de necessidade pública anteriormente previstas no artigo 590, § 12, do Código Civil; estas últimas foram enquadradas entre as de utilidade pública. Em síntese, o Decreto-lei nº 3.365 fundiu em

uma só categoria - utilidade pública - os casos de necessidade pública e utilidade pública indicados no referido dispositivo do Código Civil.

A desapropriação por utilidade pública fundamenta-se no artigo 52, inciso XXIV, da Constituição.

As hipóteses de utilidade pública estão mencionadas no artigo 52 do Decreto-lei nº 3.365, o qual, na letra “q”, menciona “os demais casos previstos por leis especiais”; o disposto nessa alínea é que tem servido de fundamento para a tese de que as hipóteses de desapropriação são apenas as taxativamente previstas na lei, não havendo possibilidade de o Poder Executivo criar outras, ainda que, a seu ver, se insiram no conceito doutrinário de utilidade pública.

Quanto à desapropriação por interesse social, há três fundamentos constitucionais diversos, a cada um deles correspondendo, no âmbito da legislação ordinária, disciplina legal diferente:

1. o artigo 52, inciso XXIV, disciplinado pela Lei nº 4.132, de 10-9-62, que indica os casos de interesse social no artigo 22;

2. o artigo 182, que cuida de hipótese nova de desapropriação cujo objetivo é atender à função social da propriedade expressa no Plano Diretor da cidade; embora a Constituição não fale em interesse social, a hipótese aí prevista melhor se enquadra em seu conceito doutrinário, além de apresentar grande semelhança com a prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 4.132; essa modalidade depende de disciplina legal; no entanto, o próprio preceito constitucional (art. 182, § 42) já especifica uma das hipóteses em que é cabível, ou seja, quando se tratar de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado e desde que já adotadas, sem resultado, as medidas previstas nos incisos 1 e 11 do artigo 182, § 42 (parcelamento ou edificação compulsórios e imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo); é patente o caráter sancionatório da desapropriação, nesse caso;

3. o artigo 184, que prevê a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária e que objetiva assegurar a função social da propriedade rural; está disciplinada pela Lei Complementar nº 76, de 6-7-93, pelos artigos 18 a 23 do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) e pela Lei nº 8.629, de 25-2-93.

É de interesse do expropriado verificar em qual hipótese se enquadra a desapropriação que incidiu sobre bem de sua propriedade, já que diferenças existem quanto à competência (v. item 6.10.4), quanto à caducidade (item 6.10.3), quanto aos beneficiários (item 6.10.4) e quanto à indenização (item 6.10.7).

6.10.6 Objeto

Como se depreende do artigo 22 do Decreto-lei nº 3.365, todos os bens poderão ser desapropriados, incluindo coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, públicas ou privadas. O espaço aéreo e o subsolo também podem ser expropriados, quando da utilização do bem puder resultar prejuízo patrimonial ao proprietário do solo (§ 12).

Com relação aos bens públicos, o § 22 do mesmo dispositivo estabelece duas exi-

1. os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem ser desapropriados pela União e, os dos Municípios, pelos Estados; quer dizer que a entidade política maior ou central pode expropriar bens da entidade política menor ou local, mas o inverso não é possível; disso resulta a conclusão de que os bens públicos

federais são sempre inexpropriáveis e a de que os Estados não podem desapropriar os bens de outros Estados, nem os Municípios desapropriar bens de outros Municípios (cf. acórdãos in RTJ 77/48, 87/542, RDA 128/330, RT 4821160 e 541/176);

2. em qualquer das hipóteses em que a desapropriação seja possível, deve ela ser precedida de autorização legislativa: entenda-se que essa autorização legislativa não é emanada da pessoa jurídica cujo patrimônio está sendo afetado, mas da pessoa jurídica expropriante.

Esse artigo do Decreto-lei nº 3.365 tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, segundo os quais a desapropriação de bens estaduais, pela União, ou de bens municipais, pela União e pelos Estados, fere a autonomia estadual e municipal. Esse entendimento, no entanto, não pode ser aceito, tendo em vista o próprio fundamento político em que se baseia o instituto da desapropriação, a saber, a idéia de domínio eminente do Estado, entendido como o poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão em seu território; trata-se de poder inerente à própria idéia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque tais entidades não detêm soberania, mas apenas autonomia nos termos defendidos pela Constituição. Os interesses definidos pela União são de abrangência muito maior, dizendo respeito a toda a nação, tendo que prevalecer sobre os interesses regionais.

0 § 3, acrescentado ao artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365 pelo Decreto-lei nº 856, de 11-9-69, proíbe a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa da autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

Com relação aos bens pertencentes às entidades da administração indireta, aplica-se, por analogia, o artigo 2º do Decreto-lei n. 3.365, sempre que se trate de bem afetado a uma finalidade pública. Tais bens, enquanto mantiverem essa afetação, são indisponíveis e não podem ser desafetados por entidade política menor. Esse entendimento não distoa da tese adotada na Súmula nº 157 do STF, segundo a qual “é necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica”.

Ainda com relação ao objeto da desapropriação, cabe lembrar que determinados tipos de bens são inexpropriáveis; é o caso dos direitos personalíssimos, como o direito pessoal do autor, o direito à vida, à imagem, aos alimentos etc.

Quando se trata de desapropriação para fins de reforma agrária, o objeto é, evidentemente, o imóvel rural que não atende a sua função social, definida no artigo 186 da Constituição. No entanto, o artigo 185 proíbe que essa modalidade de desapropriação incida sobre:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva (v. Lei nº 8.629, de 25-2-93).

Para assegurar que essa propriedade produtiva, insuscetível de expropriação para reforma agrária, cumpra a função social nos termos em que a Constituição a define, o parágrafo único do artigo 185 determina que a lei lhe garanta tratamento especial e fixe normas para o cumprimento dos requisitos relativos àquela função.

A desapropriação prevista no artigo 182, § 42 da Constituição somente incide sobre solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, e desde que seu proprietário não cumpra as exigências do poder público previstas no mesmo dispositivo.

6.10.7 Indenização

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro (agora, em algumas hipóteses, substituído por títulos da dívida pública). Diz Marcello Caetano (1970, v. 2:960) que “a expropriação vem a resolver-se numa conversão de valores patrimoniais: no patrimônio onde estavam os imóveis, a entidade expropriante põe o seu valor pecuniário”. E acrescenta que “a garantia principal da justiça da indenização está na possibilidade de, em caso de desacordo, o expropriado poder recorrer aos tribunais judiciais para discutir o seu montante”.

O direito à indenização é de natureza pública já que embasado na Constituição; a indenização deverá ser prévia, justa e em dinheiro. Poderá ser em título da dívida pública nas hipóteses dos artigos 182, § 42, 111, e 184 da Constituição. No primeiro caso (desapropriação, pelo Município, de bens urbanos inadequadamente utilizados), os títulos terão sua emissão previamente aprovada pelo Senado, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Na hipótese do artigo 184 (desapropriação, pela União, de imóvel rural, para fins de reforma agrária), a indenização será prévia, justa e em títulos da dívida agrária, com a cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Há aqui uma ressalva que não consta da hipótese anterior: as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

A Constituição de 1988 previu, no artigo 243, uma hipótese de desapropriação sem indenização; no entanto, a medida aí prevista configura verdadeiro confisco, assim entendida a apropriação que o Estado faz dos bens particulares, sem indenizar seus respectivos donos, em caráter de pena imposta aos mesmos (Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, de José Náufel). Essa modalidade está disciplinada pela Lei nº 8.257, de 26-11-91.

Com exclusão dessa hipótese única de desapropriação sem indenização, em todas as demais deve ser apurado o valor considerado necessário para recompor integralmente o patrimônio do expropriado, de tal modo que ele não sofra qualquer redução. Para esse fim, devem ser incluídas no cálculo da indenização as seguintes parcelas:

- 1 . o valor do bem expropriado, com todas as benfeitorias que já existiam no imóvel antes do ato expropriatório; quanto às benfeitorias feitas posteriormente, aplica-se a regra do artigo 26, § 12, do Decreto-lei nº 3.365, ou seja, serão pagas as benfeitorias necessárias, as úteis, somente se realizadas com autorização do expropriante. A respeito das construções feitas posteriormente, ainda que com licença concedida pelo Município, não são incluídas no valor da indenização, conforme Súmula nº 23, do STF;
2. os lucros cessantes e danos emergentes;
- 3 . os juros compensatórios, em razão de ter havido imissão provisória na posse, computando-se a partir dessa imissão; a sua base de cálculo é a diferença entre a oferta

inicial do poder público e o valor da indenização; sobre esses juros, existem duas súmulas do STF: a de nº 164, em decorrência da qual “no processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência”; e a Súmula nº 618, segundo a qual “na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano”. O Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 69, fixou o entendimento de que “na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”;

4. os juros moratórios também incidentes sobre a mesma base de cálculo, no montante de 6% ao ano, a partir da sentença transitada em julgada (nesse sentido, Súmula nº 70, do STJ: “os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”; não se confundem com os juros compensatórios, porque aqueles “compensam” o expropriado pela perda antecipada da posse; e estes decorrem da demora do pagamento;

5. os honorários advocatícios, calculados sobre a diferença entre a oferta inicial e o valor da indenização, acrescido de juros moratórios e compensatórios;

6. custas e despesas judiciais;

7. correção monetária, calculada a partir do laudo de avaliação; não mais vigora o § 22 do artigo 26 do Decreto-lei nº 3.365, que só mandava incidir a correção monetária, quando decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação; esse dispositivo ficou implicitamente revogado pela Lei nº 6.899, de 8-4-81, cujo artigo 12 determina que a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial inclusive sobre custas e honorários advocatícios. A respeito de correção monetária, a Súmula nº 561, do STE determina que “em desapropriação, é devida correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez”;

8. despesa com desmonte e transporte de mecanismos instalados e em funcionamento (art. 25, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.365).

Com relação aos juros moratórios e compensatórios, a jurisprudência tem entendido que eles são cumuláveis (RTJ 9411169, 95/275, RT 545/252, RDA 1481199). No entanto, esse entendimento não se justifica, devendo os primeiros incidir a partir da imissão na posse até o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença que homologa o cálculo da indenização; neste momento, o valor total da indenização já está calculado, com todas as parcelas que o compõem; sobre esse valor incidirão apenas a correção monetária e os juros moratórios devidos pela demora no pagamento.

Esse entendimento já começava a ser adotado pela jurisprudência, conforme se verifica por acórdão da 2ª Turma do STF, proferido no RE-1 12.389-3-SP, publicado no DJU de 27-3-87, p. 5.169. A tese se reforça com a nova Constituição que, no artigo 192, § 32, proíbe que as taxas de juros reais sejam superiores a 12% ao ano, norma que se infringirá na hipótese de admitir-se a cumulação de juros compensatórios (12%) e moratórios (6%).

No entanto, a Súmula nº 12 do Superior Tribunal de Justiça determina que, em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.

No que se refere ao fundo de comércio, a jurisprudência tem entendido que deve ser incluído no valor da indenização, se o próprio expropriado for o seu proprietário (cf. acórdão do STF in RDA 140/79 e 150/131); porém, se o fundo de comércio pertencer a

terceiro, a este caberá pleitear a indenização em ação própria, tendo em vista que, conforme determina o artigo 26 do Decreto-lei nº 3.365, no valor da indenização não se incluirão os direitos de terceiros; por essa indenização responde o poder expropriante.

Pela mesma razão, quaisquer pessoas que exerçam direito obrigacional sobre o bem expropriado, atingidas indiretamente pelo ato de expropriação, farão jus à indenização, a ser reclamada em ação própria. E o caso do locatário prejudicado em consequência da desapropriação. Apenas no caso de ônus reais (penhor, hipoteca, anticrese, usufruto) o poder público não responde, porque ficam os mesmos sub-rogados no preço (art. 31 do Decreto-lei nº 3.365).

Nas palavras de Seabra Fagundes (1984:297), “a lei de desapropriações, adotando o sistema de indenização única e apenas ressaltando, no interesse de terceiros, a sub-rogação de quaisquer ônus ou direitos incidentes sobre a coisa, deixou ao desamparo as situações que se não possam fazer valer tão só por essa providência. Apesar disso, e porque amparados pelo texto constitucional assecuratório do direito de propriedade em sentido amplo, as situações patrimoniais afetadas simultaneamente com a do dono da coisa, desde que não suscetíveis de reparação pelo sub-rogamento, hão de dar ensejo à indenização pelo expropriante. Esta se fará cobrar por outra via que não a ação expropriatória”.

Com relação à indenização devida na desapropriação para fins de reforma agrária, devem ser observadas as normas da Lei nº 8.629, de 25-2-93, e da Lei Complementar nº 76 de 1993.

6.10.8 Natureza jurídica

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade.

Segundo Rubens Limongi França (1987:4-5), a forma originária de aquisição da propriedade “é aquela que nasce de uma relação direta entre o sujeito e a coisa”; e, derivada, “aquela em que a subordinação da coisa ao sujeito depende de fato de terceiro”. Ou, com as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP 9:19), “diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a causa que atribui a propriedade a alguém não se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade”. É precisamente o que ocorre na desapropriação, em que a transferência forçada do bem para o patrimônio público independe de qualquer vínculo com o título anterior de propriedade; não interessa, para fins de expropriação, verificar se se tratava de título justo ou injusto, de boa ou de má-fé.

Disso decorrem algumas consequências:

1. a ação judicial de desapropriação pode prosseguir independentemente de saber a Administração quem seja o proprietário ou onde possa ser encontrado; mesmo porque no processo de desapropriação, as questões referentes ao domínio não são objeto de consideração, já que as únicas matérias passíveis de serem alegadas na contestação são as nulidades processuais e o preço (art. 20 do Decreto-lei nº 3.365); apenas no momento de levantar o valor da indenização é que o interessado deverá fazer a prova de domínio (art. 34 do Decreto-lei nº 3.365); segundo Antônio de Pádua Ferraz Nogueira (1981:101), “tratando-se de ação cujo processamento independe de contestação, basta o chamamento do presumível titular do domínio, detentor da posse direta do imóvel, para que se admita a legitimidade passiva”. Deve-se lembrar ainda o entendimento de que não se aplicam, nas desapropriações, os efeitos da revelia previstos no artigo 319 do

CPC, pois o juiz, mesmo na falta de contestação, está adstrito à norma constitucional que exige justa indenização, cabendo-lhe o dever de zelar por esse princípio (cf. acórdãos in RT 479/159 e 526/222, e Súmula nº 118 do TFR: “na ação expropriatória, a revelia do expropriado não implica aceitação do valor da oferta e, por isso, não autoriza a dispensa de avaliação”);

2.- se a indenização for paga a terceiro, que não o proprietário, não se invalida a desapropriação, pois o artigo 35 do Decreto-lei nº 3.365 determina que “os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”; nesse caso, já entendeu o STF que “se a desapropriação foi proposta contra quem não era proprietário do imóvel, este não fica vinculado à decisão, ainda que com trânsito em julgado, e tem ação de perdas e danos, por desapropriação indireta” (apud Antônio de Pádua Nogueira, 198 1: 10 1);

3. todos os ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado extinguem-se e ficam sub-rogados no preço (art. 31 do Decreto-lei nº 3.365); embora a norma não fale em direitos reais, tem-se entendido que apenas essa categoria de direito foi abrangida pelo dispositivo: em primeiro lugar, porque a expressão “direitos que recaiam sobre o bem expropriado” dá idéia de direito real; em segundo lugar, porque o artigo 26 determina que no valor da indenização não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado; vale dizer que os direitos obrigacionais terão que ser pleiteados contra o poder expropriante em ação própria;

4. a transcrição da desapropriação no registro de imóveis independe da verificação da continuidade em relação às transcrições anteriores, não cabendo qualquer impugnação por parte do Oficial de Registro de Imóveis; não há possibilidade de eventuais prejudicados reivindicarem o imóvel, que não fica sujeito à evicção (RT 481:106), já que não se pode invalidar a desapropriação se o expropriado não era o legítimo dono (art. 35 do Decreto-lei nº 3.365).

Sob o aspecto formal, a desapropriação é um procedimento; quanto ao conteúdo, constitui transferência compulsória da propriedade.

A desapropriação ainda se caracteriza, segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (RDA 112/25):

1. por independe da vontade do particular;
2. por não ser compra e venda;
3. por não ser confisco;
4. por exigir compensação;
5. pela fixação do interesse público;
6. por estar isenta de evicção ou demanda por vício redibitório;
7. pela força de extinguir os ônus reais que pesarem sobre a coisa;
8. pela extinção da inalienabilidade.

6.10.9 Imissão provisória na posse

Imissão provisória na posse, define Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP 9/24), “é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, obrigatoriamente concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e

depositar em juízo em favor do proprietário fixada segundo critério previsto em lei”. Ela está prevista no artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365, que exige os seguintes requisitos:

1. que o poder expropriante alegue urgência, o que pode ser feito no próprio ato expropriatório ou, depois, a qualquer momento, no curso do processo judicial (RDA 140/82); no entanto, o STF já entendeu que não há cabimento para conceder-se a imissão provisória na posse de bem expropriado quando o feito já está julgado e o preço da indenização fixado em definitivo (RDA 121/271);
2. que o poder expropriante faça o depósito da quantia fixada segundo critério previsto em lei;
3. que a imissão seja requerida no prazo de 120 dias a contar da alegação de urgência; não requerida nesse prazo, o direito caduca, pois a alegação de urgência não pode ser renovada (art. 15, § 22) e a imissão não pode ser concedida (§ 32).

Quanto à forma de calcular esse valor, há duas normas legais diversas: uma é a contida no § 12 do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365; a outra é a de que trata o Decreto-lei nº 1.075, de 22-1-70, que regula a imissão de posse, initio litis, em imóveis residenciais urbanos.

O Decreto-lei nº 1.075 veio estabelecer um procedimento para o cálculo do depósito inicial, no caso de imissão provisória, somente se aplicando quando se reúnam os seguintes requisitos:

- a) que se trate de desapropriação por utilidade pública;
 - b) que tenha por objeto prédio urbano residencial; que o prédio seja habitado pelo proprietário ou compromissário comprador cuja promessa de compra esteja devidamente inscrita no Registro de Imóveis (artigos 12 e 62).
- Nesse caso, o poder expropriante depositará o preço oferecido ao expropriado a título de indenização; porém, este poderá impugnar tal valor no prazo de 5 dias da intimação da oferta; feita a impugnação, o juiz, servindo-se, se necessário, de perito avaliador, fixará em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel. Quando o valor arbitrado for superior à oferta, o juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que atinja a metade do valor arbitrado, não ultrapassado o limite de 2.300 salários mínimos vigentes na região. O expropriado, desde que faça prova de propriedade e de quitação de débitos fiscais sobre o bem, poderá levantar toda a importância depositada e complementada. Quando o valor arbitrado for inferior ou igual ao dobro do preço oferecido, é lícito ao expropriado optar entre o levantamento de 80% do preço oferecido ou de metade do valor arbitrado.

Para as desapropriações não abrangidas pelo Decreto-lei nº 1.075, o depósito inicial, para fins de imissão provisória, deveria obedecer ao artigo 15, § 12, do Decreto-lei nº 3.365, que estabelece quatro critérios, um a ser utilizado na falta do anterior:

- “a) o preço oferecido, se este for superior a 20 vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;
- b) a quantia correspondente a 20 vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;
- c) o valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;
- d) não tendo havido a atualização a que se refere a alínea “c”, o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a

época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.”

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vem sustentando que apenas o “caput” do artigo 15 foi recepcionado pela nova Constituição, ficando derogado o § 12 do dispositivo, por entender-se que o valor venal (normalmente irrisório) é incompatível com a norma constitucional que exige indenização justa e prévia (RSTJ-51/117, 52/120, 71/168).

O expropriado poderá levantar até 80% do valor depositado, nos termos do artigo 33, § 22, desde que apresente também a prova de domínio e a prova de quitação de débitos fiscais sobre o imóvel.

A vantagem, para o expropriado, do procedimento previsto no Decreto-lei nº 1.075 decorre do fato de ser passível de impugnação o preço oferecido pelo expropriante, hipótese em que o valor será arbitrado pelo juiz. O artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365 não admite essa impugnação nem o arbitramento. O objetivo do legislador ficou expresso nos “considerando” que acompanham o Decreto-lei nº 1.075; por reconhecer que a avaliação feita pelo poder público é sempre abaixo do valor real do bem, quis garantir ao expropriado (desde que habite no imóvel) um depósito inicial mais próximo daquele valor, que lhe permita a “aquisição de nova casa própria”.

Na desapropriação para reforma agrária, a imissão provisória integra o procedimento normal da desapropriação. Pelo artigo 62 da Lei Complementar nº 76/93, o juiz, ao despachar a petição inicial, de plano ou no prazo máximo de 48 horas, já autorizará o depósito judicial correspondente ao preço oferecido; mandará citar o expropriando para contestar o pedido e indicar assitente técnico, se quiser; e expedirá mandado ordenando a averbação do ajuizamento da ação no registro do imóvel expropriando, para conhecimento de terceiros.

Efetuada o depósito do valor correspondente ao preço oferecido, o juiz mandará, no prazo de 48 horas, imitar o autor na posse do imóvel expropriando, podendo, se for o caso, requisitar força policial; se não houver dúvidas acerca do domínio ou de algum direito real sobre o bem, “Poderá o expropriando requerer o levantamento de 80% da indenização depositada, quitando os tributos e publicados os editais, Para conhecimento de terceiros, a expensas do expropriante, duas vezes na imprensa local e uma na oficial, decorrido o prazo de 30 dias” (art. 6, §§ 1, 2 e 3).

6.10.10 O destino dos bens desapropriados

Como regra, os bens desapropriados passam a integrar o Patrimônio das pessoas jurídicas políticas que fizeram a desapropriação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) ou das pessoas públicas ou privadas que desempenhem serviços públicos por delegação do poder público.

No entanto, pode ocorrer que os bens se destinem a ser transferidos a terceiros. Isto ocorre nos casos em que a desapropriação se faz:

1. por zona;
2. para fins de urbanização;
3. para fins de formação de distritos industriais;
4. por interesse social;
5. para assegurar o abastecimento da população;

6. a título punitivo, quando incide sobre terras onde se cultivem plantas psicotrópicas.

A desapropriação por zona, também chamada extensiva, é modalidade de desapropriação por utilidade pública prevista no artigo 42 do

Decreto-lei nº 3.365, caracterizando-se por abranger:

- a) a área contígua necessária ao desenvolvimento posterior da obra a que se destine ou;
- b) as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço.

O ato expropriatório deve especificar qual a área que se destina à continuidade da obra e qual a que se destina à revenda, em decorrência de sua valorização. Nesta última hipótese, o bem não é expropriado para integrar o patrimônio público, mas para ser revendido, com lucro, depois de concluída a obra que valorizou o imóvel.

O efeito, para o poder público, é o mesmo da contribuição de melhoria; nas duas hipóteses, o imóvel experimenta extraordinária valorização em decorrência de obras públicas; o poder público pode simplesmente cobrar a contribuição de melhoria (art. 145, III, da Constituição) ou desapropriar, antes da realização da obra, a área contígua que será valorizada, para revendê-la após o término da obra, beneficiando-se com a diferença entre o preço da aquisição e o da revenda.

Muita controvérsia doutrinária suscitou o artigo 49 do Decreto-lei nº 3.365, pois alguns entendem que a desapropriação por zona é inconstitucional, em decorrência do caráter especulativo a ela inerente, fugindo aos pressupostos constitucionais do instituto; outros a consideram válida, como sucedâneo da contribuição de melhoria; no entanto, como observa Antônio de Pádua Ferraz Nogueira (1981:39), depois de apontar as divergências, o fato é que essa modalidade tem sido admitida na totalidade dos tribunais brasileiros, inclusive pelo STF que, em acórdão relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro (RTJ 46/550), concluiu que “é lícito ao poder expropriante - não expropriar para satisfazer os interesses de particulares - mas ao interesse público, sem limitações, inclusive para auferir, da revenda de terrenos, um proveito que comporte e financie execução da obra pretendida”.

A desapropriação para urbanização ou reurbanização encontra fundamento no artigo 52, “1”, do Decreto-lei nº 3.365, que enquadra como utilidade pública “a execução de planos de urbanização; o loteamento do terreno edificado ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética”. Nesses casos, a jurisprudência vem se firmando no sentido de que o poder público, depois de concluída a urbanização ou reurbanização, pode alienar as áreas que excedem às necessidades, respeitando o direito de preferência dos expropriados (acórdão in RTJ 86/155, 90/217, RDA 1321175). A esse propósito, a Lei nº 6.766, de 19-12-79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, determina, no artigo 44, que “o Município, o Distrito Federal e o Estado poderão expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução e incorporação, ressalvada a preferência dos expropriados para aquisição de novas unidades”.

Novo avanço em benefício da urbanização é dado pela Constituição de 1988, que praticamente consagra, a nível constitucional, a possibilidade de desapropriação para revenda, ao permitir que o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, fique sujeito à expropriação, na forma prevista no artigo 182, § 4.

A desapropriação para fins de construção ou ampliação de distritos industriais está prevista no mesmo artigo 5, “i”, in fine, do Decreto-lei n. 3.365, exigindo, o § 2, que a efetivação da medida seja precedida de “aprovação prévia e expressa, do respectivo projeto de implantação”. No § 1 está expressamente determinado que a construção ou ampliação de distritos industriais inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes para empresas previamente qualificadas.

Nos casos de desapropriação por interesse social, a transferência dos bens a terceiros constitui, em regra, a própria finalidade da medida, como ocorre na desapropriação para reforma agrária, cujo objetivo é precisamente fazer a justa distribuição da propriedade para que ela cumpra a sua função social tal qual definida no artigo 186 da Constituição nos termos do artigo 189, os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 anos.

Também no caso previsto no artigo 182, § 4, em que o objetivo é assegurar o adequado aproveitamento do solo urbano pelo seu parcelamento e edificação, a possibilidade de transferência a terceiros decorre implicitamente do preceito constitucional.

Diversa não é a situação nos casos de desapropriação por interesse social baseados no artigo 5, XXIV, da Constituição, pois a Lei n. 4.132, que os define, estabelece que “os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista”; o STF tem entendido não serem possíveis doações, já que não são previstas expressamente na lei (RDA 1621208 e RF 2941191).

Outra hipótese em que o bem expropriado não se destina a integrar o patrimônio público é a prevista no artigo 2, inciso 111, da Lei Delegada n. 4, de 26-9-62, e no artigo 5, “e”, do Decreto-lei n. 3.365, que permitem a desapropriação para assegurar o abastecimento da população.

Finalmente, na nova modalidade de desapropriação prevista no artigo 243 da Constituição, as terras onde se cultivam plantas psicotrópicas, uma vez desapropriadas, serão destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

6.10.11 Desapropriação indireta

Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação (art. 35 do Decreto-lei n. 3.365 e art. 21 da Lei Complementar n. 76/93). Imagine-se hipótese em que o poder público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos.

Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação

indireta, já que as limitações e servidões somente podem, lícitamente, afetar em parte o direito de propriedade.

A indenização, no caso de desapropriação indireta, inclui as mesmas parcelas mencionadas para a desapropriação legal, inclusive os juros compensatórios, que são devidos a contar da ocupação. É nesse sentido o entendimento mais recente do STF (RTJ 80/525, 106/473, 68/74 e RDA

118/232), que revoga a Súmula n. 345, segundo a qual os juros compensatórios, na desapropriação indireta, contam-se a partir da perícia.

Os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão (RTJ 114/926, 116/825 e RT 605/243).

Pago o proprietário, a sentença transitada em julgado deve ser transcrita no Registro de Imóveis, para incorporação do bem ao patrimônio público.

Quando o particular não pleiteia a indenização em tempo hábil, deixando prescrever o seu direito, o poder público, para regularizar a situação patrimonial do imóvel, terá que recorrer à ação de usucapião, já que a simples afetação do bem particular a um fim público não constitui forma de transferência da propriedade. Desse modo, quando se aplica à desapropriação indireta a regra do artigo 35 do Decreto-lei nº 3.365, há que se entender que essa aplicação se faz por analogia, já que essa desapropriação não é medida suficiente para incorporar o bem à Fazenda Pública. O que ocorre, com a desapropriação indireta, é, na realidade, a afetação, assim entendido “o fato ou a manifestação de vontade do poder público, em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade” (cf. Marienhoff, 1960:152-153); acrescente-se que se trata de afetação ilícita, porque atinge bem pertencente a particular; lícita é apenas a afetação que alcança bens já integrados no patrimônio público, na qualidade de bens dominicais, para passá-los à categoria de uso comum do povo ou de uso especial.

Em termos de prescrição, entende-se que na desapropriação indireta o prazo não é o quinquenal, previsto pelo Decreto-lei n. 20.910, de 6-1-32, para as ações contra a Fazenda Pública, e sim o prazo de 20 anos que o Código Civil estabeleceu para o usucapião extraordinário (RTJ 37/297, 47/134, 63/232).

Embora se pleiteie indenização, argumenta-se que o direito do proprietário permanece enquanto o proprietário do imóvel não perde a propriedade pelo usucapião extraordinário em favor do poder público; considera-se o prazo desse usucapião e não do ordinário porque o poder público não tem, no caso, justo título e boa-fé, já que o apossamento decorre de alto ilícito. O direito à indenização, no caso, aparece como um sucedâneo do direito de reivindicação do imóvel, ficando sujeito ao mesmo prazo prescricional.

6.10.12 Retrocessão

A retrocessão é o direito que tem o expropriado de exigir de volta o seu imóvel caso o mesmo não tenha o destino para que se desapropriou.

O instituto tem sido objeto de polêmica, formando-se três correntes:

1 . a que entende não mais existir, no direito brasileiro, a retrocessão como direito real de reivindicar o imóvel de volta, subsistindo apenas como direito pessoal de pleitear perdas e danos, com base no artigo 1. 150 do Código Civil (segundo o qual 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). É o pensamento de Hely Lopes Meirelles (1996:535), Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP 23/28), Clóvis Beviláqua (1958, v. 4:257), Erbert Chamoun (1959:45-46) e também a tese adotada em inúmeros acórdãos (RDA 32/233, 32/224, 43/214, 361218, RTJ 108/373, RT 389/350 e 373/88). Baseia-se esse entendimento no fato de que o Decreto-lei nº 3.365 não mais preve a retrocessão, como o fazia a legislação anterior (art. 2, § 4, da Lei n. 1.021, de 28-8-1903), além de proibir, no artigo 35, a reivindicação de bem expropriado já incorporado à Fazenda Pública e determinar que qualquer ação sobre o imóvel, se julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos; restaria, portanto, o direito de preferência ou preempção, previsto no artigo 1.150 do Código Civil, de eficácia puramente obrigacional e não real, conforme decorre do artigo 1. 156 do mesmo Código;

2. a que entende que permanece a retrocessão, como direito real, ou seja, como direito à reivindicação do imóvel expropriado; a essa corrente pertencem, entre outros, Seabra Fagundes (RDA 78/15), José Cretella Júnior (1976:489), Pontes de Miranda (1955, v. 14:174-175), além de copiosa jurisprudência (RTJ 104/468, 80/139, RDP 11/274, RF 186/140, RT 258/49, 439/199, 397/210, 413/217). Essa corrente, com algumas variantes na argumentação, baseia-se no preceito constitucional que assegura o direito de propriedade e que só autoriza a desapropriação, como alienação forçada que é, quando a medida seja adotada em benefício do interesse coletivo; se o bem não foi utilizado para qualquer fim público (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), desaparece a justificativa para a alienação forçada, cabendo ao ex-proprietário o direito de reaver o bem pelo mesmo preço pelo qual foi expropriado. A norma do artigo 35 do Decreto-lei n. 3.365 somente é aplicável se a desapropriação atendeu aos requisitos constitucionais.

Outro argumento é no sentido de que a norma do artigo 1. 156 do Código Civil, que dá ao direito de preferência o caráter obrigacional, não se aplica à hipótese prevista no artigo 1.150 (referente à desapropriação), pois aquela pressupõe um contrato de compra e venda, em que haja cláusula da qual decorre uma obrigação para o comprador em face do vendedor, sendo essa obrigação de eficácia puramente pessoal. No que diz respeito ao artigo 1.150, estaria consagrando um direito de natureza real do expropriado frente ao expropriante (cf. voto do Ministro Moreira Alves na Ação Rescisória n. 1.098, in RTJ 104/468);

3. A terceira corrente vê na retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real), cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência (de natureza real) ou, se preferir, perdas e danos. É o pensamento do Roberto Barcelo de Magalhães (1968:276-283), acompanhado por acórdão do STF (RTJ 80/139).

Essa terceira corrente é a que melhor se coaduna com a proteção ao direito de propriedade: em princípio, a retrocessão é um direito real, já que o artigo 1. 150 do Código Civil manda que o expropriante ofereça de volta o imóvel; pode ocorrer, no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiros, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; nesse caso, pode o ex-proprietário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel, Com as palavras de Manuel de Oliveira Franco Sobrinho (1973:146), “pela retrocessão, firmada no direito à coisa, o expropriado readquire a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. E este justo preço deve

ser calculado, para o equilíbrio dos direitos, na base em que se calcula o justo preço nas desapropriações”.

Em trabalho sobre a retrocessão, o juiz federal Edilson Pereira Nobre Júnior demonstra que o Supremo Tribunal Federal, “outroora vassalo da tese do direito pessoal, passou, desde o RE 64.559-SP (RTJ 57/46, Relator Min. Eloy da Rocha), a compreender a retrocessão como direito real. Primeiramente, sob o fundamento já narrado, da inaplicabilidade do art. 1.156 ao art. 1.150 do Código Civil. Depois, continuou a pervagar o mesmo caminho, porém com apego ao realce constitucional do jus proprietatis” (Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, n. 45, maio/jun. 1995, p. 60-71).

A retrocessão cabe quando o poder público não dê ao imóvel a utilização para a qual se fez a desapropriação, estando pacífica na jurisprudência a tese de que o expropriado não pode fazer valer o seu direito quando o expropriante dê ao imóvel uma destinação pública diversa daquela mencionada no ato expropriatório; por outras palavras, desde que o imóvel seja utilizado para um fim público qualquer, ainda que não o especificado originariamente, não ocorre o direito de retrocessão. Este só é possível em caso de desvio de poder (finalidade contrária ao interesse público, como, por exemplo, perseguição ou favoritismo a pessoas determinadas), também chamado, na desapropriação, de predestinação, ou quando o imóvel seja transferido a terceiros, a qualquer título, nas hipóteses em que essa transferência não era possível.

Há divergência sobre existência desse direito quando o poder público não se utiliza do imóvel para qualquer fim; segundo alguns, o direito à retrocessão ocorre no prazo de cinco anos, por analogia com o prazo de caducidade previsto no artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365; para outros, não existe possibilidade de retrocessão, nesse caso, porque a lei não estabelece prazo para a utilização do imóvel. E, na verdade, assim é. Para que se entenda infringido o direito de preferência do expropriado, é preciso que se revele, por alguma forma concreta, a intenção do poder público de não utilizar o bem para qualquer finalidade de interesse coletivo; deve, no entanto, o expropriado, estar atento ao prazo de prescrição porque, uma vez caracterizada a desistência pelo poder público, começa a correr o prazo para pleitear a retrocessão ou perdas e danos,

Embora haja opiniões no sentido de que a prescrição, em se tratando de perdas e danos, ocorre no prazo de cinco anos previsto no Decreto-lei nº 20.910, entendemos mais correta a tese de que a prescrição é a dos direitos reais, estabelecida no artigo 177 do Código Civil (10 anos entre presentes e 15 entre ausentes); se assim não fosse, estar-se-ia instituindo, em benefício da Fazenda Pública, uma hipótese de usucapião no prazo de cinco anos, não agasalhada quer pela Constituição, quer pela legislação ordinária. Nesse sentido, decisão unânime do STF no ERE 104.591-4 (in DJU 10-4-87, p. 6.420).

No caso de desapropriação por interesse social, prevista na Lei nº 4.132, o artigo 32 estabelece um prazo de caducidade, a contar do decreto expropriatório, não só para que se promova a desapropriação, mas também para que se adotem as “providências de aproveitamento do bem expropriado”.

De modo que, ultrapassados os dois anos, começa a correr o prazo prescricional para a retrocessão.

7 Atos Administrativos

7.1 FATOS DA ADMINISTRAÇÃO

O direito civil faz distinção entre ato e fato; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.

Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no direito administrativo, ele é chamado fato da Administração.

7.2 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Partindo-se da idéia da divisão de funções entre os três Poderes do Estado, pode-se dizer, em sentido amplo, que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração.

Essa expressão - ato da Administração - tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

Dentre os atos da Administração, incluem-se:

1. os atos de direito privado, como doação, permuta, compra e venda, locação;
2. os atos materiais da Administração, que não contêm manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
3. os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos;
4. os atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
5. os contratos;
6. os atos normativos da Administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
7. os atos administrativos propriamente ditos.

Dependendo do critério mais ou menos amplo que se utilize para conceituar o ato administrativo, nele se incluirão ou não algumas dessas categorias de atos da Administração.

O importante é dar um conceito que permita individualizar o ato administrativo como categoria própria, na qual se incluam todos os atos da Administração que apresentem as mesmas características, sujeitando-se a idêntico regime jurídico

7.3 ORIGEM DA EXPRESSÃO

Onde existe Administração Pública, existe ato administrativo; no entanto, nem sempre se utilizou essa expressão, pois se falava mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa.

Embora não se saiba exatamente em que momento a expressão foi utilizada pela primeira vez, o certo é que o primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública em geral, foi a Lei de 16/24-8-1790, que vedava aos Tribunais conhecerem de “operações dos corpos administrativos”. Depois, a mesma proibição constou da Lei de 39-1795, onde se proibiu “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”. Essas normas é que deram origem, na França, ao contencioso administrativo; para separar-se as competências, houve necessidade de elaboração de listas dos atos da Administração excluídos da apreciação judicial.

Em texto doutrinário, a primeira menção encontra-se no Repertório Merlin, de Jurisprudência, na sua edição de 1812, onde ato administrativo se define como “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função”.

Na realidade, a noção de ato administrativo só começou a ter sentido a partir do momento em que se tornou nítida a separação de funções, subordinando-se cada uma delas a regime jurídico próprio. Décio Carlos Ulla (1982:24) demonstra que a noção de ato administrativo é contemporânea, ao constitucionalismo, à aparição do princípio da separação de poderes e à submissão da Administração Pública ao Direito (Estado de Direito); vale dizer que é produto de certa concepção ideológica; só existe nos países em que se reconhece a existência de um regime jurídico-administrativo, a que se sujeita a Administração Pública, diverso do regime de direito privado.

Onde não se adota esse regime, como nos sistemas da common-law, a noção de ato administrativo, tal como a conhecemos, não é aceita.

O mesmo autor indica certos pressupostos institucionais considerados necessários para a existência e o conceito de ato administrativo:

- a) existência de vários Poderes do Estado, um dos quais pode definir-se como Poder Executivo;
- b) existência de uma certa divisão de atribuições entre esses Poderes;
- c) submissão do Estado às normas jurídicas por ele mesmo emanadas (Estado de Direito) com o que a ação administrativa também fica sob o primado da lei (princípio da legalidade);
- d) conjunto autônomo de normas jurídicas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico e que sejam próprias e exclusivas da Administração Pública, constituindo um regime jurídico administrativo distinto do direito comum; onde não haja o reconhecimento da existência de um regime jurídico administrativo não existe o conceito de ato administrativo pois nessa hipótese, todos os atos praticados pela Administração Pública são atos jurídicos de direito comum, ou seja, iguais aos praticados por particulares, sob regime jurídico de direito privado.

Nos países filiados ao sistema do common law (como Estados Unidos e Inglaterra), embora já se comece a elaborar o direito administrativo, nega-se a existência de um regime jurídico a que se sujeite a Administração, diverso do regime a que se submetem os particulares; o direito é comum (common law) para as duas espécies de sujeitos.

Foi, portanto, nos países filiados ao sistema europeu continental, em especial França, Itália e Alemanha, que teve origem e se desenvolveu a concepção de ato administrativo.

7.4 CONCEITO

Inúmeros critérios têm sido adotados para definir o ato administrativo, alguns deles já superados.

Dentre eles, merecem realce os critérios subjetivo e objetivo, o primeiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida.

Pelo critério subjetivo, orgânico ou formal, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os atos da Administração, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

Esse critério tem sido criticado por faltar-lhe rigor científico: deixa fora do conceito de ato administrativo os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário e sujeitos a idêntico regime jurídico que os emanados dos órgãos administrativos, só pelo fato de não emanarem destes. Por exemplo, a punição de um servidor, a concessão de férias, de licença, de aposentadoria são atos de idêntica natureza, seja qual for o órgão que o pratique. Além disso, o conceito

coloca na mesma categoria - ato administrativo - atos da Administração sujeitos a disciplina jurídica diversa, como é o caso dos atos de direito privado por ela praticados.

Pelo critério objetivo, funcional ou material, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

Esse critério parte da divisão de funções do Estado: a legislativa, a judicial e a administrativa. Embora haja três Poderes, a distribuição das funções entre eles não é rígida; cada qual exerce predominantemente uma função que lhe é própria, mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros Poderes. Assim, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, mas os outros Poderes, além de disporem de órgãos administrativos (integrando o conceito de Administração Pública), ainda exercem, eles próprios, função tipicamente administrativa. Juízes e parlamentares desempenham algumas atribuições tipicamente administrativas, que dizem respeito ao funcionamento interno de seus órgãos e servidores. No desempenho dessas funções praticam atos administrativos.

Considerando, pois, as três funções do Estado, sabe-se que a administrativa caracteriza-se por prover de maneira imediata e concreta às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei. Costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é parcial, concreta e subordinada. É parcial no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é subordinada, porque está sujeita a controle jurisdicional.

Partindo-se dessa idéia de função administrativa para definir o ato administrativo, já se pode concluir que só integram essa categoria os atos que produzem efeitos concretos, o que exclui os atos normativos do Poder Executivo, em especial os regulamentos, pois estes, da mesma forma que a lei, produzem efeitos gerais e abstratos.

No entanto, não basta dizer que ato administrativo é o praticado no exercício da função administrativa, porque isto incluiria determinados atos da Administração sujeitos a regime jurídico diferente, tal como ocorre com os atos de direito privado.

Pode-se dizer que o critério objetivo é o que preferem os doutrinadores na atualidade; mas como ele é insuficiente, procuram acrescentar novos elementos ao conceito para permitir identificar, dentre os atos praticados no exercício da função administrativa, aqueles que podem ser considerados atos administrativos propriamente ditos, surgindo uma série de concepções mistas, que combinam diferentes critérios.

Para alguns, é a presença da potestade pública que caracteriza o ato administrativo; seriam dessa natureza apenas os atos que a Administração Pública pratica com prerrogativas próprias do poder público. Para outros, é o regime jurídico administrativo que caracteriza o ato administrativo e o diferencia do ato de direito privado da Administração; assim, tanto o ato individual, como o normativo, estando sujeitos a regimes idênticos, podem ser considerados atos administrativos. Há, ainda, aqueles que só consideram atos administrativos os que contêm uma declaração de vontade que produz efeitos jurídicos; isto exclui os atos que contêm declaração de opinião (parecer de conhecimento (certidão)).

No direito brasileiro, alguns autores definem o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico. Consideram que este é o gênero de que aquele é uma das espécies. Com efeito, o conceito de ato jurídico pertence à teoria geral do direito, não sendo específico do direito civil.

O artigo 81 do CC define o ato jurídico como sendo “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Os mesmos elementos caracterizadores do ato jurídico - manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos jurídicos imediatos - estão presentes no ato administrativo, de acordo com essa concepção.

José Cretella Júnior (1977:19), adotando essa orientação, define o ato administrativo como “a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.

Aos elementos do artigo 81 do CC ele acrescentou o agente (que é sempre o poder público ou pessoa que o represente) e a matéria administrativa.

Por esse conceito, sendo o ato manifestação de vontade, ficam excluídos os atos que encerram opinião, juízo ou conhecimento. Produzindo efeitos imediatos, ficam excluídos os atos normativos do Poder Executivo, como os regulamentos. O autor preferiu, pois, um conceito restrito.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello (1981:12-32) adota critério semelhante; aponta, de um lado, os traços que distinguem o ato administrativo do ato jurídico privado; e, de outro, os traços que o distinguem dos atos legislativo e jurisdicional. A partir daí, define-o como “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei - a título de cumpri-la - sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Esse conceito é amplo e abrange atos individuais e normativos, unilaterais e bilaterais (contratos), declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade. Com referência a “regime de direito público”, distingue o ato administrativo do ato de direito privado; com a expressão “expedidas em nível inferior à lei - a título de cumpri-la”, distingue o ato administrativo da lei; na parte final, referindo-se ao “controle de legitimidade por órgão jurisdicional”, diferencia o ato administrativo do ato jurisdicional. Na parte inicial, ao falar em “declaração do Estado ou de quem lhe faça as

vezes”, ressalta o fato de que o ato administrativo pode ser praticado não só pelo Poder Executivo, mas também pelos outros Poderes do Estado.

Preferimos conceito um pouco menos amplo, que exclua os atos normativos do Poder Executivo que, como se verá mais adiante, têm características próprias.

Para definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados:

1. ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em declaração do que em manifestação porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
2. sujeita-se a regime jurídico administrativo, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
3. produz efeitos jurídicos imediatos; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. é sempre passível de controle judicial.

As duas últimas características colocam o ato administrativo como uma das modalidades de ato praticado pelo Estado, pois o diferenciam do ato normativo e do ato judicial.

Com esses elementos, pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

7.5 ATO ADMINISTRATIVO E PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS

Dentre os atos da Administração distinguem-se os que produzem e os que não produzem efeitos jurídicos. Estes últimos não são atos administrativos propriamente ditos, já que não se enquadram no respectivo conceito.

Nessa última categoria, entram:

1. os atos materiais, de simples execução, como a reforma de um prédio, um trabalho de datilografia, a limpeza das ruas etc.;
2. os despachos de encaminhamento de papéis e processos;
3. os atos enunciativos ou de conhecimento, que apenas atestam ou declaram a existência de um direito ou situação, como os atestados, certidões, declarações, informações;
4. os atos de opinião, como os pareceres e laudos.

Em todas essas hipóteses não há produção de efeitos jurídicos imediatos como decorrência dos atos. A sua ausência não caracteriza nulidade, a não ser que integrem um procedimento; não podem nem mesmo ser impugnados judicialmente.

Existem, no entanto, determinados atos que são preparatórios ou acessórios do ato principal, mas que não podem ser excluídos da noção de ato administrativo, porque ou integram um procedimento ou fazem parte de um ato complexo. Nesse caso, eles são condições de validade do ato principal; sem eles, este não produz efeitos jurídicos; além disso, podem ser impugnados separadamente. Cite-se o exemplo dos atos que compõem o procedimento da licitação ou de um concurso público de ingresso no funcionalismo.

7.6 ATRIBUTOS

Visto que o ato administrativo é espécie de ato jurídico, cumpre apresentar os atributos que o distinguem dos atos de direito privado, ou seja, as características que permitem afirmar que ele se submete a um regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público.

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos atributos do ato administrativo; alguns falam apenas em executoriedade; outros acrescentam a presunção de legitimidade; outros desdobram em números e atributos, compreendendo a imperatividade, a revogabilidade, a tipicidade, a estabilidade, a impugnabilidade, a executoriedade (que alguns desdobram em executoriedade e exigibilidade).

Serão aqui consideradas a presunção de legitimidade ou de veracidade, a imperatividade, a executoriedade—e a auto-executoriedade, que correspondem, na realidade, a verdadeiras prerrogativas do poder público, dentre as muitas que a colocam em posição de supremacia sobre o particular, já que os atos por este editados não dispõem dos mesmos atributos; será analisada também a tipicidade.

7.6.1 Presunção de legitimidade e veracidade

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração.

Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

Diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar esse atributo do ato administrativo:

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição,- os quais,- constituem garantia de observância da lei,
2. o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular.
4. o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;

5. a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

Nas palavras de Cassagne (sld:327-328), “a presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade Cui6~âmpanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo”. Acrescenta que, se não existisse esse princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, obstaculizando o cumprimento dos fins públicos, ao antepor um interesse individual de natureza privada ao interesse coletivo ou social, em definitivo, o interesse público.

Na realidade, essa prerrogativa, como todas as demais dos órgãos estatais, são inerentes à idéia de “poder” como um dos elementos integrantes do conceito de Estado e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.

Da presunção de veracidade decorrem alguns efeitos:

1 . enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido; os Estatutos dos Funcionários Públicos costumam estabelecer norma que se abrande o rigor do princípio, ao incluir, entre os deveres do funcionário, o de obediência, salvo se o ato for manifestamente ilegal.

Para suspender a eficácia do ato administrativo, o interessado pode ir a juízo ou usar de recursos administrativos desde que estes tenham efeito suspensivo.

2 . o Judiciário não pode apreciar ex officio a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o artigo 146 do CC determina que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato administrativo, cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada;

3 . a presunção de veracidade inverte o ônus da prova é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz, só apreciará a nulidade se argüida pela parte.

Alguns autores têm impugnado esse último efeito da presunção. Gordillo (1979, t. 3, V:27) cita a lição de Treves e de Micheli, segundo a qual a presunção de legitimidade do ato administrativo importa uma relevat - io ad onera agendi, mas nunca uma relevatio ad onera probandi; segundo Micheli, a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que “na dúvida, a favor do Estado”, mas sim no de que “na dúvida, a favor da liberdade”; em outras palavras, para esse autor, a presunção de legitimidade do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação.

Na realidade, não falta parcela de razão a esses autores; inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato: inverte-se, também, o ônus da prova, porém não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias

circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias, à instrução do processo e à formação da convicção do juiz.

Quanto ao alcance da presunção, cabe realçar que ela existe, com as limitações já analisadas, em todos os atos da Administração, inclusive os de direito privado, pois se trata de prerrogativa inerente ao poder público, presente em todos os atos do Estado, qualquer que seja a sua natureza. Esse atributo distingue o ato administrativo do ato de direito privado praticado pela própria Administração.

.6.2 Imperatividade

Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.

Decorre da prerrogativa que tem o poder público de, por meio de atos unilaterais, impor obrigações a terceiros; é o que Renato Alessi chama de “poder extroverso”, “que permite ao poder público editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, unilateralmente, em obrigações” (apud Celso Antônio Bandeira de Mello, 1995:237).

A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações; quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como na licença, autorização, permissão, admissão) ou de ato apenas enunciativo (certidão, atestado, parecer), esse atributo inexistente.

A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância.

7.6.3 Auto-executoriedade

Consiste a auto-executoriedade em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

No direito privado, são muito raras as hipóteses de execução sem título; a regra é a da *nulla executio sine titulo*. São exemplos de execução direta a legítima defesa, a retenção da bagagem do hóspede que não pague as despesas de hospedagem, a defesa da posse em caso de esbulho, o corte de ramos da árvore do vizinho que invadem a propriedade alheia.

No direito administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir.
2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da

polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: a exigibilidade - que corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a executoriedade, que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração pode auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa utilizando-se inclusive da força.

Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade.

Embora se diga que a decisão executória dispensa a Administração de ir preliminarmente a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial a posteriori, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo, hipótese em que poderá incidir a regra da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes (art. 37, 6 da Constituição). Também é possível ao interessado pleitear, pela via administrativa ou judicial, a suspensão do ato ainda não executado.

7.6.4 Tipicidade

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados; estes são possíveis para os particulares, como decorrência do princípio da autonomia da vontade. Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida.

A tipicidade só existe com relação aos atos unilaterais; não existe nos contratos porque, com relação a eles, não há imposição de vontade da Administração, que depende sempre da aceitação do particular; nada impede que as partes convençam um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao do particular.

7.7 ELEMENTOS

Nessa matéria, o que se observa é a divergência doutrinária quanto à indicação dos elementos do ato administrativo, a começar pelo próprio vocábulo “elementos”, que alguns preferem substituir por “requisitos”. Também existe divergência quanto à indicação desses elementos e à terminologia adotada.

Há um autor italiano, Humberto Fragola, que escrevendo sobre “Gli atti amministrativi”, fala, por analogia com as ciências médicas, em anatomia do ato administrativo, para indicar os elementos que o compõem; com isso ele pretende examinar os vícios que esses elementos possam apresentar sob o título de patologia dos atos administrativos.

Cretella Júnior (1977:22) adota essa terminologia e define a anatomia do ato administrativo como “o conjunto dos cinco elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração. Ou seja, o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim.

Quanto à diferença entre elementos e requisitos, ele diz que os primeiros dizem respeito à existência do ato enquanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam os elementos de existência do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que lhe dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

No entanto, como a maioria dos autores, ele prefere empregar os vocábulos sinônimos.

É a orientação aqui adotada e que está consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei no. 4.717, de 29-6-65 (lei da ação popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos, menciona os cinco elementos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Apenas com relação à competência é preferível fazer referência ao sujeito, já que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para validade do ato; além de competente, deve ser capaz, nos termos do Código Civil.

Portanto, pode-se dizer que os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. A só indicação desses elementos já revela as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo, quando comparado com o direito privado; neste, consideram-se elementos do ato jurídico apenas o sujeito, o objeto e a forma.

À semelhança do direito civil, alguns administrativistas costumam dividir os elementos dos atos administrativos em essenciais e acidentais ou acessórios; os primeiros são necessários à validade do ato e compreendem os cinco elementos já indicados; os segundos são os que ampliam ou restringem os efeitos jurídicos do ato compreendem o termo, a condição e o modo ou o encargo. Os elementos acidentais referem-se ao objeto do ato e só podem existir nos atos discricionários, porque decorrem da vontade das partes.

7.7.1 Sujeito

Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.

No direito civil, o sujeito tem que ter capacidade, ou seja, tem que ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por terceiros. No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência.

Partindo-se da idéia de que só o ente com personalidade jurídica é titular de direitos e obrigações, pode-se dizer que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios, e Distrito Federal). Ocorre que as funções que competem a esses entes são distribuídas entre órgãos administrativos (como os Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas.

Assim, a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação as pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis.

Pode-se, portanto, definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

A competência decorre sempre da lei, afastada que foi a atribuição do Poder Executivo nessa matéria, por força dos artigos 61, § 1, II, “e”, e 84 VI da Constituição e artigo 25 de suas Disposições Transitórias.

É interessante a colocação feita por Renato Alessi (1970, t. 1:82), aplicável ao direito brasileiro. Ele distingue, dentro da organização administrativa, dois tipos de órgãos:

- a) os que têm individualidade jurídica, pelo fato de que o círculo das atribuições e competências que os integram é marcado por normas jurídicas propriamente ditas (leis);
- b) os que não têm essa individualidade jurídica, uma vez que o círculo de suas atribuições não está assinalado por normas jurídicas propriamente ditas, mas por normas administrativas de caráter interno, de tal modo que, sob o ponto de vista jurídico, tais órgãos são apenas elementos de um conjunto maior.

Essa distinção tem, para ele, os seguintes efeitos: as normas jurídicas em matéria de criação ou supressão de órgãos somente se aplicam aos primeiros; os outros podem ser criados e extintos livremente pela administração.

Além disso, as normas sobre competência que tenham caráter propriamente jurídico somente se aplicam aos primeiros.

Embora a competência do Poder Executivo tenha sido reduzida a quase nada em decorrência dos já citados dispositivos constitucionais, isso não impede que se faça, internamente, subdivisão dos órgãos - criados e estruturados por lei, como também não impede a criação de órgãos como comissões, conselhos e grupos de trabalho.

Só que, nessas hipóteses, aplicam-se os efeitos referidos por Alessi, ou seja, a competência, com valor e conteúdo propriamente jurídicos, só existe com relação aos órgãos criados e estruturados por lei; com relação aos demais, a competência terá valor meramente administrativo. Em consequência, somente se pode falar em incompetência propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso em que haja sido infringida a competência definida em lei.

Aplicam-se à competência as seguintes regras:

1. decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;
2. é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
3. pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.

A distribuição de competência pode levar em conta vários critérios:

1. em razão da matéria, a competência se distribui entre os Ministérios (na esfera federal) e entre as secretarias nos âmbitos estadual e municipal);
2. em razão do território, distribui-se por zonas de atuação.
3. em razão do grau hierárquico, as atribuições são conferidas segundo o maior ou menor grau de complexidade e responsabilidade;
4. em razão do tempo, determinadas atribuições têm que ser exercidas em períodos determinados, como ocorre quando a lei fixa prazo para a prática de certos atos; também pode ocorrer a proibição de certos atos em períodos definidos pela lei, como o de nomear ou exonerar servidores em período eleitoral;
5. em razão do fracionamento, a competência pode ser distribuída por órgãos diversos, quando se trata de procedimento ou de atos complexos. com a participação de vários órgãos ou agentes.

7.7.2 Objeto

Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz.

Sendo o ato - administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato.

Para identificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.

Alguns autores distinguem conteúdo e objeto. É o caso de Régis Fernandes de Oliveira (1978:54) que, baseando-se na lição de Zanobini, diz que o objeto é a coisa, a atividade, a relação de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato. Da como exemplo a demissão do servidor público, em que o objeto é a relação funcional do servidor com a Administração e sobre a qual recai o conteúdo do ato ou seja da , a demissão. Na desapropriação, o conteúdo do ato é a própria desapropriação e o objeto é o imóvel sobre o qual recai.

O importante, no entanto, é deixar claro que, para o ato administrativo, o que interessa é considerar o segundo aspecto, ou seja, a produção de efeitos jurídicos. Quando se parte da idéia de que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico e quando se fala, em relação a este, de objeto como um dos seus elementos integrantes, nada impede, antes é aconselhável, que se utilize o mesmo vocábulo no direito administrativo.

Como no direito privado, o objeto deve ser lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos),

Também à semelhança do ato jurídico de direito privado o objeto do ato administrativo pode ser natural ou accidental. Objeto- natural é o efeito jurídico que o ato produz, sem necessidade de expressa menção; ele decorre da própria natureza do ato, tal como definido na Lei. Objeto accidental é o efeito jurídico que o ato produz em decorrência de cláusulas acessórias apostas ao ato pelo sujeito que o pratica; ele traz alguma alteração no objeto natural; compreende o termo o modo ou o encargo e a condição; compreende o termo, o modo ou encargo e a condição.

Pelo termo, indica-se o dia em que inicia ou termina a eficácia do ato.

O modo é um ônus imposto ao destinatário do ato. A condição é a cláusula que subordina o efeito do ato a evento futuro e incerto; pode ser suspensiva, quando

suspende o início da eficácia do ato, e resolutiva, quando, verificada, faz cessar a produção de efeitos jurídicos do ato.

7.7.3 Forma

Encontram-se na doutrina duas concepções da forma como elemento do ato administrativo:

1. uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;
2. uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.

Partindo-se da idéia de elemento do ato administrativo como condição de existência e de validade do ato, não há dúvida de que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, determinam a sua invalidade. É verdade que, na concepção restrita de forma, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um procedimento. Neste último, existe, na realidade, uma sucessão de atos administrativos preparatórios da decisão final; cada ato deve ser analisado separadamente em seus cinco elementos: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Ocorre que tanto a inobservância da forma como a do procedimento produzem o mesmo resultado, ou seja, a ilicitude do ato. Por exemplo, se a lei exige a forma escrita e o ato é praticado verbalmente, ele será nulo; se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou o vício naquele procedimento invalida a demissão, ainda que esta estivesse correta, quando isoladamente considerada.

Não há dúvida, pois, que a observância das formalidades constitui requisito de validade do ato administrativo, de modo que o procedimento administrativo integra o conceito de forma.

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, que pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado.

A obediência à forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como regra, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento; a não ser que a lei preveja expressamente determinada forma (como decreto, resolução, portaria etc.), a Administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas mais rigorosas são exigidas quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.

Excepcionalmente, admitem-se ordens verbais, gestos, apitos, sinais luminosos; lembrem-se as hipóteses do superior dando ordens ao seu subordinado ou do policial dirigindo o trânsito. Há, ainda, casos excepcionais de cartazes e placas expressarem a

vontade da Administração, como os que proíbem estacionar nas ruas, vedam acesso de pessoas a determinados locais, proíbem fumar. Em todas essas hipóteses, tem que se tratar de gestos ou sinais convencionais, que todos possam compreender.

Até mesmo o silêncio pode significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância.

Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação de legitimidade do ato.

Finalmente, ainda quanto à forma, pode-se aplicar ao ato administrativo a classificação das formas em essenciais e não essenciais, consoante afetem ou não a existência e a validade do ato; no entanto, a distinção tem sido repelida, por não existirem critérios seguros para distinguir umas e outras; às vezes, decorre da própria lei essa distinção, tal como se verifica no processo disciplinar, em que a ampla defesa é essencial, sob pena de nulidade da punição; também o edital, na concorrência, ou o decreto, na expropriação. A ausência dessas formalidades invalida irremediavelmente todo o procedimento e o ato final objetivado pela Administração, sem possibilidade de convalidação.

Em outras hipóteses, em que a decisão administrativa não afeta direitos individuais, mas é imposta apenas para ordenamento interno ou para facilitar o andamento do serviço, a forma não é essencial; por exemplo, a lei estabelece requisitos para que o administrado exerça o seu direito de petição, mas a sua inobservância nem sempre tem o condão de impedir o seu recebimento pela Administração, já que esta tem, de ofício, o dever de observar a lei e de exercer a tutela sobre os próprios atos; assim, nada impede que conheça do pedido se verificar que assiste razão ao requerente.

E só o exame de cada caso concreto que permite concluir se a forma é ou não essencial; terá essa qualidade necessariamente quando for estabelecida como garantia de respeito aos direitos individuais.

7.7.4 Finalidade

Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos) a finalidade é o efeito mediato.

Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a sua edição.

Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo) a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes:

1. em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública;

2 . em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a remoção ex officio do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição.

Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade.

7.7.5 Motivo

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato.

Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. No ato de punição do funcionário, o motivo é a infração que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem; na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário; na exoneração do funcionário estável, é o pedido por ele formulado. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Não se confundem motivo e motivação do ato.

Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de “consideranda”; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada.

Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato vinculado, pois, nesse caso, a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. Note-se que o artigo 111 da Constituição Paulista de 1989 inclui a motivação entre os princípios da Administração Pública.

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

Tomando-se como exemplo a exoneração ad nutum, para a qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar esse ato alegando que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para a mesma vaga, o ato será nulo por vício quanto ao motivo.

Também é o caso da revogação de um ato de permissão de uso, sob alegação de que a mesma se tomou incompatível com a destinação do bem público objeto de permissão; se a Administração, a seguir, permitir o uso do mesmo bem a terceira pessoa, ficará demonstrado que o ato de revogação foi ilegal por vício quanto ao motivo.

7.8 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

7.8.1 Conceito

Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.

Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a

Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito (V. Di Pietro, 1991).

7.8.2 Justificação

Para justificar a existência da discricionariedade, os autores apelam para um critério jurídico e um prático.

Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo.

Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constataremos que, a partir da norma de grau superior - a Constituição - outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Sob o Ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.

7.8.3 Âmbito de aplicação da discricionariedade

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração e previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

É amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração Pública. Só que a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei.

Cumpra, pois, analisar onde é possível localizar-se a discricionariedade.

Um primeiro aspecto ao qual concerne a discricionariedade é o concernente ao momento da prática do ato. Se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim. Dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões, com ou sem sanções para o caso de seu descumprimento; às vezes, a lei estabelece que o vencimento do prazo implica consequência determinada, como ocorre com o prazo de 15 dias para que o Executivo veto ou sancione projeto de lei aprovado pelo Legislativo: vencido o prazo, o silêncio do Executivo implica sanção do projeto (art. 66, § 32, da Constituição). Nessas hipóteses, há uma limitação quanto ao momento da prática do ato, mas ainda assim persiste a discricionariedade, porque, dentro do tempo delimitado, a autoridade escolhe o que lhe parece mais conveniente.

A discricionariedade ainda pode dizer respeito a uma escolha entre o agir e o não agir; se, diante de certa situação, a Administração está obrigada a adotar determinada providência, a sua atuação é vinculada; se ela tem possibilidade de escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade. Sirva de exemplo o caso de ocorrência de ilícito administrativo: a Administração é obrigada a apurá-lo e a punir os infratores, sob pena de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal). Em outro caso: realizada uma licitação, a Administração pode ter de optar entre a celebração do contrato ou a revogação da licitação, segundo razões de interesse público devidamente demonstradas.

A discricionariedade ou vinculação pode ainda referir-se aos elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Com relação ao sujeito, o ato é sempre vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência.

No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo.

No primeiro sentido, pode-se dizer que a finalidade seria discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa. Por exemplo: a autorização para fazer reunião em praça pública será outorgada segundo a autoridade competente entenda que ela possa ou não ofender a ordem pública.

No segundo sentido, a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada. Por exemplo: a finalidade do ato de demissão é sempre a de punir o infrator, de modo que se for praticado, por exemplo, para atender à conveniência do serviço será ilegal; a remoção ex officio do funcionário só pode dar-se à conveniência do serviço, de modo que, se for feita para punir será ilegal.

Com relação à forma, os atos são em geral vinculados porque a lei previamente a define, estabelecendo, por exemplo, que serão expressos por meio de decreto, de resolução, de portaria etc. Eventualmente, a lei prevê mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato: o contrato pode ser celebrado, em determinadas hipóteses, por meio de

ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização; a ciência de determinado ato ao interessado pode, quando a lei permita, ser dada por meio de publicação ou de notificação direta. Nesses casos, existe discricionariedade com relação à forma.

Porém, onde mais comumente se localiza a discricionariedade é no motivo e no conteúdo do ato. Considerando o motivo como o pressuposto de fato que antecede a prática do ato, ele pode ser vinculado ou discricionário.

Será vinculado quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. Exemplo: terá direito à aposentadoria o funcionário que completar 35 anos de serviço público ou 70 anos de idade; fará jus à licença prêmio o funcionário que completar 5 anos de serviço, sem punições e sem ultrapassar número certo de faltas justificadas.

0 motivo será discricionário quando:

1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração ad nutum); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “Talita grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos.

Com relação ao objeto ou conteúdo, o ato será vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim; por exemplo, quando a lei prevê uma única penalidade possível para punir uma infração. E será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito; é o que ocorre quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa.

7.8.4 Legalidade e mérito do ato administrativo

A partir da idéia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e, o segundo, diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

Nem todos os autores brasileiros falam em mérito para designar os aspectos discricionários do ato. Os que o fazem foram influenciados pela doutrina

italiana. É o caso de Seabra Fagundes (1984:131) que, expressando de forma adequada o sentido em que o vocábulo é utilizado, diz que “o mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal”.

Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários.

7.8.5 Limites da discricionariedade e controle pelo Poder Judiciário

A distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce.

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Uma das teorias é a relativa ao desvio de poder, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Outra é a teoria dos motivos determinantes, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os

motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.

Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados” (cf. Martin Bullinger, 1987).

Alega-se que, quando a Administração emprega esse tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade; esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Neste caso, haverá apenas interpretação do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento ex officio do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos.

Se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade. É o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço.

No primeiro caso, o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração, porque ele não é discricionário. No segundo, não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da discricionariedade. Mesmo neste caso, alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27-38; Lúcia Valle Figueiredo, 1986:120-135; Regina Helena Costa, 1988:79-108).

Por exemplo, o conceito de “notável saber jurídico” permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não a permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que o requisito constitucional não foi atendido.

Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar a moralidade dos atos administrativos, com fundamento no artigo 37, caput, e artigo 52, LXXIII, da Constituição, este último referente à ação popular. Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz.

Normalmente, os atos imorais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos.

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

7.9 CLASSIFICAÇÃO

Inúmeros são os critérios para classificar os atos administrativos:

1. Quanto às prerrogativas com que atua a Administração, os atos podem ser de império e de gestão.

Essa classificação vem do direito francês e foi também desenvolvida pelos autores italianos; atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, a não ser por delegação do poder público.

Atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por danos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Alguns autores, para esse fim, distinguiam a pessoa do Rei (insuscetível de errar -the king can do no wrong, le roi ne peut malfaire), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão através de seus prepostos. A distinção servia também para definir a competência da jurisdição administrativa, que somente apreciava os atos de império, enquanto os atos de gestão ficavam a cargo do Judiciário.

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na gestão de seus serviços. Em um e outro caso, a Administração age muitas vezes com seu poder de império. Por exemplo, quando fiscaliza a utilização de bens públicos, quando celebra contratos de direito público tendo por objeto o uso de bens públicos por particulares ou a concessão de serviços públicos, quando fixa unilateralmente o valor das tarifas, quando impõe normas para realização dos serviços concedidos.

Desse modo, abandonou-se a distinção, hoje substituída por outra: atos administrativos, regidos pelo direito público, e atos de direito privado da Administração. Só os primeiros são atos administrativos; os segundos são apenas atos da Administração, precisamente pelo fato de serem regidos pelo direito privado.

2. Quanto à função da vontade, os atos administrativos classificam-se em atos administrativos propriamente ditos e puros ou meros atos administrativos.

No ato administrativo propriamente dito, há uma declaração de vontade da Administração, voltada para a obtenção de determinados efeitos jurídicos definidos em lei. Exemplo: demissão, tombamento, requisição.

No mero ato administrativo, há uma declaração de opinião (parecer), conhecimento (certidão) ou desejo (voto num órgão colegiado).

Nem todos os autores consideram os meros atos administrativos como espécie de ato administrativo; para muitos, eles não têm essa natureza, porque não produzem efeitos jurídicos imediatos.

Pela nossa definição de ato administrativo, eles estão excluídos; são atos da Administração.

Dentre os atos administrativos propriamente ditos distinguem-se os que são dotados de imperatividade e os que não possuem esse atributo; os primeiros impõem-se ao particular, independentemente de seu consentimento, enquanto os segundos resultam do consentimento de ambas as partes, sendo chamados de atos negociais.

É importante realçar o fato de que não se confundem atos negociais com negócios jurídicos no direito privado, formulou-se a teoria dos negócios jurídicos, a partir do princípio da autonomia da vontade; no negócio jurídico, a vontade do sujeito adquire maior relevância no que diz respeito aos efeitos do ato, pois se reconhece às partes autonomia de vontade para estabelecer os resultados do ato; os efeitos jurídicos são aqueles pretendidos e estipulados livremente pelas partes.

Vicente Rao (1961:29) demonstra que existem atos de vontade (atos jurídicos) que não são negócios jurídicos; estes se distinguem dos demais atos voluntários lícitos pela maior relevância da vontade, isto é, da vontade que visa a alcançar, direta e imediatamente, os efeitos práticos protegidos pela norma e recebe desta o poder de auto-regular os interesse próprios do agente. A grande importância do negócio jurídico está no fato de que, por meio dele, o homem forma, ele próprio, suas relações jurídicas dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Nos outros atos volitivos que não constituem negócios jurídicos, podem resultar consequências que nem sempre correspondem ao intento das partes, como ocorre no pagamento indevido.

Os atos administrativos unilaterais não podem ser considerados negócios jurídicos, porque a Administração não tem liberdade para estabelecer, por sua própria vontade, os efeitos jurídicos, que são aqueles fixados na lei; trata-se de aplicação do atributo da tipicidade, que é decorrência do princípio da legalidade; já com relação aos contratos, pode-se falar em negócios jurídicos administrativos em determinados contratos em que as partes podem auto-regular as suas relações jurídicas, desde que não contrariem as normas legais e atendam ao interesse público protegido pela lei. O mesmo não ocorre nos contratos como os de concessão de serviços públicos, em que as cláusulas contratuais vêm predefinidas em ato normativo.

Há que se observar também que a palavra “negócio” e o verbo “negociar” excluem a hipótese de imposição de efeitos por um sujeito a outro e importam o concurso e o consentimento de, pelo menos, dois sujeitos. Por mais essa razão, os atos administrativos praticados com autoridade e poder de império, ou seja, com o atributo da imperatividade, não podem ser considerados negócios jurídicos nem atos negociais. São atos de vontade, em sentido amplo, mas não são negócios jurídicos.

Nos atos administrativos em que não há imperatividade, porque os efeitos são queridos por ambas as partes, fala-se em atos negociais. É o caso da licença, autorização, admissão, permissão, nomeação, exoneração a pedido. São atos negociais mas não são negócios jurídicos porque os efeitos, embora pretendidos por ambas as partes, não são por elas livremente estipulados, mas decorrem da lei.

Em resumo, entram na categoria de atos negociais todos aqueles que são queridos por ambas as partes; excluem-se os impostos pela Administração, independentemente de consentimento do particular.

Entram na categoria de negócios jurídicos administrativos determinados contratos em que as condições de celebração não são previamente fixadas por atos normativos.

3. Quanto à formação da vontade, os atos administrativos podem ser simples, complexos e compostos.

Atos simples são os que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado. Exemplo: a nomeação pelo Presidente da República; a deliberação de um Conselho.

Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins. Exemplo: o decreto que é assinado pelo Chefe do Executivo e referendado pelo Ministro de Estado; o importante é que há duas ou mais vontades para a formação de um ato único.

Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele. Exemplo: a nomeação do Procurador Geral da República depende da prévia aprovação pelo Senado (art. 128, § 12, da Constituição); a nomeação é o ato principal, sendo a aprovação prévia o ato acessório, pressuposto do principal. A dispensa de licitação, em determinadas hipóteses, depende de homologação pela autoridade superior para produzir efeitos; a homologação é ato acessório, complementar do principal.

Os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos.

Não é fácil distinguir o ato composto do procedimento; por isso mesmo, Celso Antônio Bandeira de Mello nega a existência dessa categoria (1992:150); com efeito, no ato composto existe um ato principal e um acessório; no procedimento existe um ato principal e vários atos acessórios; nas duas hipóteses a falta de um ato acessório ou o vício em qualquer deles invalida o ato principal.

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

Os atos gerais atingem todas as pessoas que se encontram na mesma situação; são os atos normativos praticados pela Administração, como regulamentos, portarias, resoluções, circulares, instruções, deliberações, regimentos.

Atos individuais são os que produzem efeitos jurídicos no caso concreto. Exemplo: nomeação, demissão, tombamento, servidão administrativa, licença, autorização.

Embora registremos essa classificação feita por vários autores, na realidade, pelo conceito restrito de ato administrativo que adotamos, como modalidade de ato jurídico, os atos gerais são atos da Administração e não atos administrativos; apenas em sentido formal poderiam ser considerados atos administrativos, já que emanados da Administração Pública, com subordinação à lei; porém, quanto ao conteúdo, não são atos administrativos, porque não produzem efeitos no caso concreto.

Além disso, os atos normativos da Administração apresentam vários traços distintivos em relação aos atos individuais, justificando a inclusão em outra categoria:

- a) o ato normativo não pode ser impugnado, na via judicial, diretamente pela pessoa lesada; apenas pela via de arguição de inconstitucionalidade, cujos sujeitos ativos estão indicados no artigo 103 da Constituição, é possível pleitear a invalidação direta do ato normativo;
- b) o ato normativo tem precedência hierárquica sobre o ato individual
- c) o ato normativo é sempre revogável; a revogação do ato individual sofre uma série de limitações que serão analisadas além; basta, por ora, mencionar que não podem ser revogados os atos que geram direitos subjetivos a favor do administrado, o que ocorre com praticamente todos os atos vinculados;
- d) o ato normativo não pode ser impugnado, administrativamente, por meio de recursos administrativos, ao contrário do que ocorre com os atos individuais;

5. Quanto à exequibilidade, o ato administrativo pode ser perfeito, imperfeito, pendente e consumado.

Quando se fala em exequibilidade, considera-se a capacidade do ato para produzir efeitos jurídicos.

Ato perfeito é aquele que está em condições de produzir efeitos jurídicos, por já completar todo o seu ciclo de formação.

Não se confundem perfeição e validade; a primeira diz respeito às etapas de formação do ato, exigidas por lei para que ele produza efeitos. Por exemplo, um ato que seja motivado, reduzido a escrito, assinado, publicado, está perfeito em sua formação, se a lei não contiver qualquer outra exigência. A validade diz respeito à conformidade do ato com a lei: a motivação deve referir-se a motivos reais, a autoridade que assina deve ser a competente, a publicação deve ser a forma exigida para divulgar o ato.

O ato pode ter completado o seu ciclo de formação mas ser inválido e vice-versa.

Ato imperfeito é o que não está apto a produzir efeitos jurídicos, porque não completou o seu ciclo de formação. Por exemplo, quando falta a publicação, a homologação, a aprovação, desde que exigidas por lei como requisitos para a exequibilidade do ato.

A prescrição, administrativa ou judicial, não corre enquanto o ato não se torna perfeito. Ato pendente é o que está sujeito a condição ou termo para que comece a produzir efeitos. Distingue-se do ato imperfeito porque já completou o seu ciclo de formação e está apto a produzir efeitos; estes ficam suspensos até que ocorra a condição ou termo.

Ato consumado é o que já exauriu os seus efeitos. Ele se torna definitivo, não podendo ser impugnado, quer na via administrativa, quer na via judicial; quando muito, pode gerar responsabilidade administrativa ou criminal quando se trata de ato ilícito, ou responsabilidade civil do Estado, independentemente da licitude ou não, desde que tenha causado dano a terceiros.

6. Quanto aos efeitos, o ato administrativo pode ser constitutivo, declaratório e enunciativo.

Ato constitutivo é aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou uma situação do administrado. É o caso da permissão, autorização, dispensa, aplicação de penalidade, revogação.

Ato declaratório é aquele em que a Administração apenas reconhece um direito que já existia antes do ato.

Como exemplo, podem ser citadas a admissão, licença, homologação, isenção, anulação.

Ato enunciativo é aquele pelo qual a Administração apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito. Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos, porque não produzem efeitos jurídicos. Correspondem à categoria, já mencionada, dos meros atos administrativos. Eles exigem a prática de um outro ato administrativo, constitutivo ou declaratório, este sim produtor de efeitos jurídicos. São atos enunciativos as certidões, atestados, informações, pareceres, vistos. Encerram juízo, conhecimento ou opinião e não manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos.

7.10 ATOS ADMINISTRATIVOS EM ESPÉCIE

Neste item serão analisados alguns atos administrativos em espécie, divididos em duas categorias: quanto ao conteúdo e quanto à forma de que se revestem.

São do primeiro tipo a autorização, a licença, a admissão, a permissão (como atos administrativos negociais); a aprovação e a homologação (que são atos de controle); o parecer e o visto (que são atos enunciativos).

No segundo grupo serão analisados o decreto, a portaria, a resolução, a circular, o despacho e o alvará.

7.10.1 Quanto ao conteúdo

7.10.1.1 AUTORIZAÇÃO

No direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias acepções:

1. num primeiro sentido, designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.

Exemplo dessa hipótese encontra-se na Constituição Federal, quando atribui à União competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, VI) e para autorizar a pesquisa e lavra de recursos naturais (art. 176); outro exemplo é o da autorização para porte de arma, que a Lei das Contravenções Penais denomina impropriamente de licença (art. 19).

Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício de atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no

poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade. Precisamente por estar condicionada à compatibilidade

dom o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir.

2. Na segunda acepção, autorização é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. Trata-se da autorização de uso.

3. Na terceira acepção autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se da autorização de serviço público. Mencionamos esta hipótese porque a Constituição se refere a ela no artigo 21, XII, como terceira modalidade de delegação de serviço público, ao lado da permissão e da concessão; e também porque autores dos mais autorizados a ela se referem. No entanto, segundo entendemos, ela inexistente como delegação de serviço público; por meio dela, a Administração autoriza o exercício de atividade que, por sua utilidade pública, está sujeita ao poder de polícia do Estado, enquadrando-se na primeira acepção do vocábulo, já examinada. A terminologia mais correta é a do artigo 175 da Constituição, que fala apenas em permissão e concessão de serviço público.

Excluindo-se, pois, essa terceira acepção, pode-se definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.

Na Constituição Federal ainda se emprega o vocábulo no sentido de consentimento de um poder a outro para a prática de determinado ato; é o caso previsto no artigo 49, II e III, que dá competência ao Congresso Nacional para autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz; permitir que forças estrangeiras transitem pelo Território Nacional ou nele permaneçam temporariamente e para autorizar o Presidente e o Vice-presidente da República a se ausentarem do País. No artigo 52, V, é estabelecida a competência do Senado para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Tais autorizações podem ser consideradas atos administrativos em sentido material (quanto ao conteúdo), pois equivalem, também, a um consentimento manifestado por um Poder a outro para a prática de ato que não seria válido sem essa formalidade. Sob o aspecto formal, não se trata de ato administrativo, mas de ato legislativo, que se edita sob a forma de decretos-legislativos ou de resoluções. O próprio fundamento é diverso.

A autorização administrativa baseia-se no poder de polícia do Estado sobre a atividade privada; a autorização legislativa, nos casos mencionados, é modalidade de controle do Legislativo sobre os atos do Executivo.

7.10.1.2 LICENÇA

Licença é o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.

A diferença entre licença e autorização, acentua Cretella Júnior, é nítida, porque o segundo desses institutos envolve interesse, “caracterizando-se como ato discricionário, ao passo que a licença envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado” (in RT 486/18). Na autorização, o Poder Público aprecia, discricionariamente, a pretensão do particular em face do interesse público, para outorgar ou não a autorização, como ocorre no caso de consentimento para porte de arma; na licença, cabe à autoridade tão-somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores.

A autorização é ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito preexistente.

7.10.1.3 ADMISSÃO

Admissão é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração reconhece ao particular que preencha os requisitos legais o direito à prestação de um serviço público. É ato vinculado, tendo em vista que os requisitos para outorga da prestação administrativa são previamente definidos, de modo que todos os que os satisfaçam tenham direito de obter o benefício.

São exemplos a admissão nas escolas públicas, nos hospitais, nos estabelecimentos de assistência social.

7.10.1.4 PERMISSÃO

Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público.

O seu objeto é a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por particular. Daí a sua dupla acepção: permissão de serviço público e permissão de uso.

7.10.1.5 APROVAÇÃO

A aprovação é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle a priori ou a posteriori do ato administrativo.

No controle a priori, equivale à autorização para a prática do ato; no controle a posteriori equivale ao seu referendo (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 1979:554).

É ato discricionário, porque o examina sob os aspectos de conveniência e oportunidade para o interesse público; por isso mesmo, constitui condição de eficácia do ato.

A Constituição Federal contém inúmeros exemplos de atos dependentes de aprovação, a maior parte deles constituindo modalidades de controle político do Poder Legislativo sobre o Executivo e sobre entidades da administração indireta. O artigo 52 exige aprovação prévia do Senado para a escolha de Magistrados, Ministros do Tribunal de Contas, Governador do Território etc. (inciso III), para a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (inciso IV), para a exoneração, de ofício, do Procurador-geral da República (inciso XI); o artigo 49 atribui ao Congresso Nacional competência para aprovar o estado de defesa e a intervenção federal (inciso IV), aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (inciso XIV), aprovar,

previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 2.500 ha (inciso XVII).

Em todos esses casos, a aprovação constitui, quanto ao conteúdo, típico ato administrativo (de controle), embora formalmente integre os atos legislativos (resoluções ou decretos-legislativos) previstos no artigo 59, VI e VII, da Constituição.

7.10.1.6 HOMOLOGAÇÃO

Homologação é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza sempre a posteriori e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação.

É o caso do ato da autoridade que homologa o procedimento da licitação (art. 43, VI, da Lei nº 8.666 de 21-6-93).

7.10.1.7 PARECER

Parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:575), o parecer pode ser facultativo, obrigatório e vinculante.

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão.

7.10.1.8 VISTO

Visto é o ato administrativo unilateral pelo qual a autoridade competente atesta a legitimidade formal de outro ato jurídico. Não significa concordância com o seu conteúdo, razão pela qual é incluído entre os atos de conhecimento, que são meros atos administrativos e não atos administrativos propriamente ditos, porque não encerram manifestações de vontade.

Exemplo de visto é o exigido para encaminhamento de requerimentos de servidores subordinados a autoridade de superior instância; a lei normalmente impõe o visto do chefe imediato, para fins de conhecimento e controle formal, não equivalendo à concordância ou deferimento de seu conteúdo.

7.10.2 Quanto à forma

7.10.2.1 DECRETO

Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e

Prefeito).

Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão.

Quando produz efeitos gerais, ele pode ser:

1. regulamentar ou de execução, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei;
2. independente ou autônomo, quando disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro (cf. item 3.4.1).

O decreto só pode ser considerado ato administrativo propriamente dito quando tem efeito concreto. O decreto geral é ato normativo, semelhante, quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos, à lei.

Quando comparado à lei, que é ato normativo originário (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é ato normativo derivado (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei).

7.10.2.2 RESOLUÇÃO E PORTARIA

Resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo.

No Estado de São Paulo, estabeleceu-se uma distinção, sob o aspecto formal, entre os atos normativos do Poder Executivo. O Decreto nº 1, de 11-7-72, no artigo 32, diz que “são atos normativos de competência privativa:

- I - do Governador, o decreto;
- II - dos Secretários de Estado, a resolução;
- III - de órgãos colegiados, a deliberação;
- IV- de outras autoridades, inclusive dirigentes de autarquias, a portaria”.

De acordo com essa norma, a diferença entre os vários tipos de atos está apenas na autoridade de que emanam, podendo uns e outros ter conteúdo individual (punição, concessão de férias, dispensas), ou geral, neste último caso contendo normas emanadas em matérias de competência de cada uma das referidas autoridades.

Não se confunde a resolução editada em sede administrativa com a referida no artigo 59, V11, da Constituição Federal. Nesse caso, ela equivale, sob o aspecto formal, à lei, já que emana do Poder Legislativo e se compreende no processo de elaboração das leis, previsto no artigo 59. Normalmente é utilizada para os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstos nos artigos 49 da Constituição, e para os de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51), e do Senado (art. 52), uns e outros equivalendo a atos de controle político do Legislativo sobre o Executivo.

7.10.2.3 CIRCULAR

Circular é o instrumento de que se valem as autoridades para transmitir ordens internas uniformes a seus subordinados.

7.10.2.4 DESPACHO

Despacho é o ato administrativo que contém decisão das autoridades administrativas sobre assunto de interesse individual ou coletivo submetido à sua apreciação. Quando, por meio do despacho, é aprovado parecer proferido por órgão técnico sobre assunto de interesse geral, ele é chamado despacho normativo, porque se tornará obrigatório para toda a Administração. Na realidade, esse despacho não cria direito novo, mas apenas estende a todos os que estão na mesma situação a solução adotada para determinado caso concreto, diante do direito positivo.

7.10.2.5 ALVARÁ

Alvará é o instrumento pelo qual a Administração Pública confere licença ou autorização para a prática de ato ou exercício de atividade sujeitos ao poder de polícia do Estado. Mais resumidamente, o alvará é o instrumento da licença ou da autorização. Ele é a forma, o revestimento exterior do ato; a licença e a autorização são o conteúdo do ato.

7.11 EXTINÇÃO

7.11.1 Modalidades

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1992:151-152), um ato administrativo extingue-se por:

I - cumprimento de seus efeitos;

II - desaparecimento do sujeito ou do objeto;

III - retirada, que abrange:

a) revogação, em que a retirada se dá por razões de oportunidade e conveniência;

b) invalidação, por razões de ilegalidade;

c) cassação, em que a retirada se dá “porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica”; o autor cita o exemplo de cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância;

d) caducidade, em que a retirada se deu “porque sobreveio norma jurídica que tomou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”: o exemplo dado é a caducidade de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso;

e) contraposição, em que a retirada se dá “porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles”; é o caso da exoneração de funcionário, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação.

Finalmente, pela renúncia, extinguem-se os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem de que desfrutava.

7.11.2 Anulação ou invalidação

7.11.2.1 CONCEITO, EFEITOS E NATUREZA

Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.

Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então).

A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Súmulas nºs 346 e 473. Pela primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e nos termos da segunda, “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”.

E a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública.

A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância.

O aspecto que se discute é quanto ao caráter vinculado ou discricionário da anulação. Indaga-se: diante de uma ilegalidade, a Administração está obrigada a anular o ato ou tem apenas a faculdade de fazê-lo. Há opiniões nos dois sentidos. Os que defendem o dever de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a faculdade de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular.

Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.

Esse entendimento é adotado por Seabra Fagundes (1984:39-40), Miguel Reale (1980:59-64), Regis Fernandes de Oliveira (1978:124). Este último fornece um exemplo: “imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se

melhoramentos, cobrados foram tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade.

Anos após, descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se trata de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado”.

Num caso como esse, a Administração tem liberdade discricionária para decidir qual a melhor solução diante do interesse público em jogo; poderá simplesmente anular o ato ou convalidá-lo.

Embora reconhecendo essa possibilidade da Administração, é necessário observar determinadas condições mencionadas por Miguel Reale (1980:62): que o ato não se origine de dolo, não afete direitos ou interesses privados legítimos, nem cause dano ao erário.

7.11.2.2 VÍCIOS: PECULIARIDADES NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Existem muitas controvérsias doutrinárias a respeito dos vícios dos atos administrativos, girando principalmente em torno da possibilidade ou não de aplicar-se aos mesmos a teoria das nulidades do direito civil.

Sendo o ato administrativo modalidade de ato jurídico, é evidente que muitos dos princípios do Código Civil podem ser aplicados; porém, não se pode deixar de considerar que o ato administrativo apresenta certas peculiaridades que têm que ser levadas em consideração; de um lado, com relação aos próprios elementos integrantes, que são em maior número e de natureza um pouco diversa do que o ato de direito privado; de outro lado, com relação às consequências da inobservância da lei, que são diferentes no ato administrativo.

As principais diferenças que se apresentam são as seguintes:

1. os vícios dos atos privados atingem apenas interesses individuais, enquanto os vícios dos atos administrativos podem afetar o interesse de terceiros ou até mesmo o interesse público; por exemplo, a adjudicação, na licitação, a quem não seja o vencedor prejudica a este, aos demais licitantes e ao próprio interesse da Administração na escolha da melhor proposta; por isso mesmo, não pode o poder público ficar dependendo de provocação do interessado para declarar a nulidade do ato, incumbindo-lhe o poder-dever de fazê-lo, com base em seu poder de autotutela; daí decorre conceito diverso de ato anulável, no direito administrativo;
2. por outro lado, diante de determinados casos concretos, pode acontecer que a manutenção do ato ilegal seja menos prejudicial ao interesse público do que a sua anulação; nesse caso, pode a Administração deixar que o ato prevaleça, desde que não haja dolo, dele não resulte prejuízo ao erário, nem a direitos de terceiros; é o que ocorre, por exemplo, com os atos praticados por funcionários “de fato”;
3. finalmente, quanto aos vícios que atingem o ato administrativo, há modalidades peculiares que não existem no direito privado, como o excesso e o abuso de poder, a usurpação de função, o exercício de fato.

No direito civil, os vícios estão previstos nos artigos 145 e 147 do CC, correspondendo, respectivamente, às nulidades absolutas e relativas; eles se referem, basicamente, aos três elementos do ato jurídico: sujeito, objeto e forma.

No direito administrativo, também, os vícios podem atingir os cinco elementos do ato, caracterizando os vícios quanto à competência e à capacidade (em relação ao sujeito), à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade.

Esses cinco vícios estão definidos no artigo 22 da Lei de ação popular (Lei nº 4.717 de 29-6-65).

7.11.2.3 VÍCIOS RELATIVOS AO SUJEITO

Sob esse aspecto, o ato administrativo pode apresentar vícios de duas categorias:

1. incompetência;
2. incapacidade.

Visto que a competência vem sempre definida em lei, o que constitui garantia para o administrado, será ilegal o ato praticado por quem não seja detentor das atribuições fixadas na lei e também quando o sujeito o pratica exorbitando de suas atribuições. Nos termos do artigo 22 da Lei nº 4.717, a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

Os principais vícios quanto à competência são:

1. usurpação de função;
2. excesso de poder;
3. função “de fato”.

A usurpação de função é crime definido no artigo 328 do CP: “usurpar o exercício de função pública”. Ocorre quando a pessoa que pratica o ato não foi por qualquer modo investida no cargo, emprego ou função; ela se apossa, por conta própria, do exercício de atribuições próprias de agente público, sem ter essa qualidade.

O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência.

Constitui, juntamente com o desvio de poder, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de abuso de poder. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder) ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder).

Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar crime de abuso de autoridade, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais.

A função de fato ocorre quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda aparência de legalidade. Exemplos: falta de requisito legal para investidura, como certificado de sanidade vencido; inexistência de formação universitária

para função que a exige, idade inferior ao mínimo legal; o mesmo ocorre quando o servidor está suspenso do cargo, ou exerce funções depois de vencido o prazo de sua contratação, ou continua em exercício após a idade-limite para aposentadoria compulsória.

Ao contrário do ato praticado por usurpador de função, que a maioria dos autores considera como inexistente, o ato praticado por funcionário de fato é considerado válido, precisamente pela aparência de legalidade de que se reveste; cuida-se de proteger a boa-fé do administrado.

Como diz Seabra Fagundes (1984:53), “no que respeita à validade dos atos praticados por tais pessoas, cabe distinguir segundo as circunstâncias especiais ocorrentes. Se o funcionário exerce a função em época normal, e é por todos aceito como serventuário legítimo, os seus atos podem ser tidos como válidos quando praticados de boa fé. Razões de utilidade pública aconselham a isso. Quando seja manifesta e evidente a incompetência, os atos são visceralmente nulos, pois que não há como requisito moral a ampara-los a boa-fé no agente e no beneficiário”. E acrescenta que a “aparência de legalidade da investidura, manifesta nas próprias condições de exercício da função (local, aquiescência da Chefia do serviço etc.), faz certa a boa-fé do público em geral e de cada um de per si no tratar com o agente”.

Além dos vícios de incompetência, ainda existem os de incapacidade, previstos nos artigos 52 e 62 do CC, e os resultantes de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, os quais não servem para distinguir a nulidade absoluta da relativa, como ocorre no direito privado, uma vez que, conforme se verá, no direito administrativo o critério distintivo é diverso.

7.11.2.4 VÍCIOS RELATIVOS AO OBJETO

Segundo o artigo 22, parágrafo único, “c”, da Lei nº 4.717, “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

No entanto, o conceito não abrange todas as hipóteses possíveis; o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado. Assim, haverá vício em relação ao objeto quando qualquer desses requisitos deixar de ser observado, o que ocorrerá quando for:

1. proibido pela lei; por exemplo: um Município que desaproprie bem imóvel da União;
2. diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide; por exemplo: a autoridade aplica a pena de suspensão, quando cabível a de repreensão;
3. impossível, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; por exemplo: a nomeação para um cargo inexistente;
4. imoral; por exemplo: parecer emitido sob encomenda, apesar de contrário ao entendimento de quem o profere;
5. incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar; por exemplo: desapropriação de bem não definido com precisão.

7.11.2.5 VÍCIOS RELATIVOS À FORMA

“O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (art. 22, parágrafo único, “b”, da Lei nº 4.717).

O ato é ilegal, por vício de forma, quando a lei expressamente a exige ou quando determinada finalidade só possa ser alcançada por determinada forma.

Exemplo: o decreto é a forma que deve revestir o ato do Chefe do Poder Executivo; o edital é a única forma possível para convocar os interessados em participar de concorrência.

7.11.2.6 VÍCIOS QUANTO AO MOTIVO

A Lei nº 4.717 fala apenas em inexistência dos motivos e diz que esse vício ocorre “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Mas, além da hipótese de inexistência, existe a falsidade do motivo. Por exemplo: se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente: se ele praticou infração diversa, o motivo é falso.

7.11.2.7 VÍCIOS RELATIVOS À FINALIDADE

Trata-se do desvio de poder ou desvio de finalidade, definido pela Lei nº 4.717 como aquele que se verifica quando “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Mais uma vez, o conceito legal está incompleto. Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

Conforme palavras de Cretella Júnior (1977:184), “base para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, o desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não -conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os móveis que inspiram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente, inspirá-lo”.

Exemplos: a desapropriação feita para prejudicar determinada pessoa caracteriza desvio de poder porque o ato não foi praticado para atender a um interesse público; a remoção ex officio do funcionário, permitida para atender à necessidade do serviço, constituirá desvio de poder se for feita com o objetivo de punir.

A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de indícios; são os “sintomas” a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210).

- “a) a motivação insuficiente,
- b) a motivação contraditória,
- c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,
- d) a contradição do ato com as resultantes dos atos,
- e) a camuflagem dos fatos
- f) a inadequação entre os motivos e os efeitos,
- g) o excesso de motivação”.

7.11.2.8 CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DOS VÍCIOS

Nesta matéria são grandes as divergências doutrinárias, que dizem respeito às consequências dos vícios dos atos administrativos.

No direito civil, os vícios podem gerar nulidade absoluta ou nulidade relativa, conforme artigos 145 e 147 do Código Civil.

No direito administrativo, encontram-se diferentes formas de classificar os atos ilegais. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:650-651) considera que o ato administrativo pode ser nulo ou anulável. Será nulo “quanto à capacidade da pessoa se praticado o ato por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se lícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para a sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato caiba, na hierarquia, ao superior. Outrossim, será tão-somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação”.

Seabra Fagundes (1984:42-51), refutando a possibilidade de aplicar-se ao direito administrativo a teoria das nulidades do direito civil, entende que os atos administrativos viciosos podem agrupar-se em três categorias: atos absolutamente inválidos ou atos nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e atos irregulares. Atos nulos são os que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei. Atos anuláveis são os que infringem regras atinentes aos cinco elementos do ato administrativo, mas, em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade; para o autor, tratando-se de ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquele. Atos irregulares são os que apresentam defeitos irrelevantes, quase sempre de forma, não afetando ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais; os seus efeitos perduram e continuam, posto que constatado o vício; é o caso em que a lei exige portaria e se expede outro tipo de ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:276), adotando a posição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, entende que “o critério importantíssimo para distinguir os tipos de invalidade reside na possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato”. Os atos nulos são os que não podem ser convalidados; entram nessa categoria:

- a) os atos que a lei assim declare;
 - b) os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa.
- São anuláveis:

- a) os que a lei assim declare;
- b) os que podem ser praticados sem vício; é o caso dos atos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade.

O autor ainda acrescenta a categoria dos atos inexistentes, que “consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas, portanto, fora do possível jurídico e radicalmente vedadas pelo Direito” (1995:274).

Para Hely Lopes Meirelles (1996:157), não existem atos administrativos anuláveis, “pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência de legalidade administrativa. Daí a impossibilidade jurídica de convalidar-se o ato considerado anulável que não passa de um ato originariamente nulo”. Embora mencionando o ato inexistente (que tem apenas a aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo), nega, como a maioria dos autores, a importância dessa distinção, porque os atos inexistentes se equiparam aos atos nulos.

Cretella Júnior (1977:138) admite os atos nulos, anuláveis e inexistentes; os dois primeiros distinguem-se conforme possam ou não ser convalidados; o ato inexistente é o que não chega a entrar no mundo jurídico, por falta de um elemento essencial, como ocorre com o ato praticado por um demente ou com o que é praticado por uma particular, quando deveria emanar de um funcionário, o que é praticado por um usurpador de função etc.

7.11.2.9 ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS E ANULÁVEIS

Quando se compara o tema das nulidades no direito civil e no direito administrativo, verifica-se que em ambos os ramos do direito, os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis); porém, o que não pode ser transposto para o direito administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas nos artigos 145 e 147 do Código Civil.

No direito Civil, são as seguintes as diferenças entre a nulidade absoluta e a relativa, no que diz respeito à suas consequências:

1. na nulidade absoluta, o vício não pode ser sanado; na nulidade relativa, pode;
2. a nulidade absoluta pode ser decretada pelo juiz, de ofício ou mediante provocação do interessado ou do Ministério Público (art. 146 do CC); a nulidade relativa só pode ser decretada se provocada pela parte interessada.

No direito administrativo, essa segunda distinção não existe, porque, dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa.

Mas a primeira distinção existe, pois também em relação ao ato administrativo, alguns vícios podem e outros não podem ser sanados.

Quando o vício seja sanável ou convalidável, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta. Cumpre, pois, examinar quando é possível o saneamento ou convalidação.

7.11.2.10 CONVALIDAÇÃO

Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.

Ela é feita, em regra, pela Administração, mas eventualmente poderá ser feita pelo administrado, quando a edição do ato dependia da manifestação de sua vontade e a exigência não foi observada. Este pode emití-la posteriormente, convalidando o ato.

A convalidação é ato discricionário, porque cabe à Administração, diante do caso concreto, verificar o que atende melhor ao interesse público: a convalidação, para assegurar validade aos efeitos já produzidos, ou a decretação de sua nulidade, quando os efeitos produzidos sejam contrários ao interesse público.

No entanto, ela não poderá convalidar um ato que cause prejuízo a terceiros ou que tenha sido produzido de má-fé.

Além disso, nem sempre é possível a convalidação. Depende do tipo de vício que atinge o ato. O exame do assunto tem que ser feito a partir da análise dos cinco elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade, hipótese em que se exclui a possibilidade de delegação ou de avocação; por exemplo, o artigo 84 da Constituição Federal define as matérias de competência privativa do Presidente da República e, no parágrafo único, permite que ele delegue as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV aos Ministros do Estado, ao Procurador-geral da República ou ao Advogado Geral da União; se estas autoridades praticarem um desses atos, sem que haja delegação, o Presidente da República poderá ratificá-los; nas outras hipóteses, não terá essa faculdade.

Do mesmo modo, nas matérias de competência exclusiva das pessoas públicas políticas (União, Estado e Municípios) não é possível a ratificação de ato praticado pela pessoa jurídica, incompetente; no caso, o ato é inconstitucional, porque fere a distribuição de competência feita pela própria Constituição.

Também não se admite a ratificação quando haja incompetência em razão da matéria; por exemplo, quando um Ministério pratica ato de competência de outro Ministério, porque, nesse caso, também existe exclusividade de atribuições.

Em resumo, tratando-se de competência exclusiva, não é possível a ratificação.

Em relação à forma, a convalidação é possível se ela não for essencial à validade do ato (v. item 7.7.3).

Quanto ao motivo e à finalidade, nunca é possível a convalidação. No que se refere ao motivo, isto ocorre porque ele corresponde a situação de fato que ou ocorreu ou não ocorreu; não há como alterar, com efeito retroativo, uma situação de fato. Em relação à finalidade, se o ato foi praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa da que decorre da lei, também não é possível a sua correção; não se pode corrigir um resultado que estava na intenção do agente que praticou o ato.

O objeto ou conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação. Com relação a esse elemento do ato administrativo, é possível a conversão, que alguns dizem ser espécie do gênero convalidação e outros afirmam ser instituto diverso, posição que nos parece mais correta, porque a conversão implica a substituição de um ato por outro. Pode ser

definida como o ato administrativo pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do ato original. O objetivo é aproveitar os efeitos já produzidos.

Um exemplo seria o de uma concessão de uso feita sem licitação, quando a lei a exige; pode ser convertida em permissão precária, em que não há a mesma exigência; com isso, imprime-se validade ao uso do bem público, já consentido.

Não se confunde conversão com reforma, pois aquela atinge o ato ilegal e esta afeta o ato válido e se faz por razões de oportunidade e conveniência; a primeira retroage e a segunda produz efeitos para o futuro. Exemplo: um decreto que expropria parte de um imóvel é reformado para abranger o imóvel inteiro.

7.11.2.11 CONFIRMAÇÃO

Embora o vocábulo seja às vezes utilizado para designar a própria convalidação, iremos utilizá-lo no sentido em que Gordillo e Cassagne, entre outros, a empregam, ou seja, para qualificar a decisão da Administração que implica renúncia ao poder de anular o ato ilegal.

No direito privado, é possível a parte prejudicada pelo ato ilegal deixar de impugná-los, nos casos de nulidade relativa; nesse caso, o ato se convalida.

No direito administrativo, já vimos que a Administração não pode ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Mas a própria administração pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato (v. item 7.11.2.2).

A confirmação difere da convalidação, porque ela não corrige o vício do ato; ela o mantém tal como foi praticado. Somente é possível quando não causar prejuízo a terceiros, uma vez que estes, desde que prejudicados pela decisão, poderão impugná-la pela via administrativa ou judicial.

Outra hipótese de confirmação é a que ocorre em decorrência da prescrição do direito de anular o ato. Seria uma confirmação tácita, ou seja, uma confirmação pelo decurso do tempo. Aqui não há propriamente renúncia da Administração, mas impossibilidade decorrente da prescrição.

7.11.3 Revogação

Revogação é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência.

Como a revogação atinge um ato que foi editado em conformidade com a lei, ela não retroage; os seus efeitos se produzem a partir da própria revogação; são feitos ex nunc (a partir de agora).

Quer dizer que a revogação respeita os efeitos já produzidos pelo ato, precisamente pelo fato de ser este válido perante o direito.

Enquanto a anulação pode ser feita pelo Judiciário e pela Administração, a revogação é privativa desta última porque os seus fundamentos - oportunidade e conveniência - são vedados à apreciação do Poder Judiciário.

Como todo ato discricionário, a revogação deve ser feita nos limites em que a lei a permite, implícita ou explicitamente; isto permite falar em limitações ao poder de revogar:

1. não podem ser revogados os atos vinculados, precisamente porque nestes não há os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência; se a Administração não tem liberdade para apreciar esses aspectos no momento da edição do ato, também não poderá apreciá-los posteriormente; nos casos em que a lei preveja impropriamente a revogação de ato vinculado, como ocorre na licença para construir, o que existe é uma verdadeira desapropriação de direito, a ser indenizada na forma da lei;
2. não podem ser revogados os atos que exauriram os seus efeitos; como a revogação não retroage, mas apenas impede que o ato continue a produzir efeitos, se o ato já se exauriu, não há mais que falar em revogação; por exemplo, se a Administração concedeu afastamento, por dois meses, a um funcionário, a revogação será possível enquanto não transcorridos os dois meses; posteriormente, os efeitos terão se exaurido. Vale dizer que a revogação supõe um ato que ainda esteja produzindo efeitos, como ocorre com a autorização para porte de armas ou exercício de qualquer atividade, sem prazo estabelecido;
3. a revogação não pode ser feita quando já se exauriu a competência relativamente ao objeto do ato; suponha-se que o interessado tenha recorrido de um ato administrativo e que este esteja sob apreciação de autoridade superior; a autoridade que praticou o ato deixou de ser competente para revogá-lo;
4. a revogação não pode atingir os meros atos administrativos, como certidões, atestados, votos, porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos pela lei;
5. também não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao ato anterior;
6. não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos, conforme está expresso na Súmula nº 473, do STE.

Quanto à competência para revogar, ficamos com a lição de Miguel Reale (1980:37): “só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, tem competência legal para revogá-lo por motivos de oportunidade ou conveniência, competência essa intransferível, a não ser por força de lei, e insuscetível de ser contrastada em seu exercício por outra autoridade administrativa”.

8 Contrato Administrativo

8.1 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade.

8.2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Existem grandes controvérsias entre os doutrinadores a respeito dos chamados contratos administrativos, havendo, pelo menos, três correntes:

1. a que nega a existência de contrato administrativo;
2. a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos;
3. a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

Os adeptos da primeira corrente argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si.

Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado.

Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, v. 1:681-687). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum.

No caso, por exemplo, da concessão, o autor entendia que pode haver contrato apenas quanto à equação econômico-financeira, como ato jurídico complementar adjeto ao ato unilateral ou ato-união da concessão. O ato por excelência, que é a concessão de serviço público ou de uso de bem público, é unilateral; o ato acessório, que diz respeito ao equilíbrio econômico, é contratual. Não se poderia definir a natureza de um instituto por um ato que é apenas acessório do ato principal. E mesmo esse contrato não é administrativo, por ser inalterável pelas partes da mesma forma que qualquer contrato de direito privado.

A segunda corrente entende que todo contrato celebrado pela Administração é contrato administrativo; o que não existe é contrato de direito privado, porque em todos os acordos de que participa a Administração Pública há sempre a interferência do regime jurídico administrativo; quanto à competência, à forma, ao procedimento, à finalidade, aplica-se sempre o direito público e não o direito privado. E o que ocorre nos contratos de compra e venda, locação, comodato, quando celebrados pelo poder público. Veja-se, a respeito, José Roberto Dromi (1977:16-18).

A terceira posição, adotada pela maioria dos administrativistas, brasileiros, admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado.

Vários são os critérios apontados para distinguir o contrato administrativo do contrato de direito privado:

1. alguns adotam o critério subjetivo ou orgânico, entendendo que no contrato administrativo a Administração age como poder público, com poder de império na relação jurídica contratual; não agindo nessa qualidade, o contrato será de direito privado;
2. para outros, o contrato administrativo tem sempre por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos; se tiver por conteúdo a prestação de atividade privada, será contrato de direito civil;
3. há quem diferencie o contrato administrativo pela finalidade pública, o que é contestado, sob a alegação de que a Administração, mesmo agindo sob regime jurídico privado, tem que agir com esse objetivo, sob pena de incidir em desvio de poder;
4. outros entendem que é o procedimento de contratação que caracteriza o contrato administrativo, o que também não corresponde à verdade porque existem algumas formalidades que são exigidas, não pela natureza do contrato, mas pela presença da Administração e pela finalidade pública que ela tem que atender; é o caso da licitação, da forma, da motivação, da publicidade;
5. finalmente, há aqueles para os quais o contrato administrativo se caracteriza pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, assim chamadas porque estão fora da órbita (ex orbita) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular; assim são as cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras analisadas além.

8.3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO CONTRATO

Colocamo-nos entre os adeptos da terceira corrente, que aceita a existência do contrato administrativo como espécie do gênero contrato.

O conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. Ele existe também no âmbito do direito público, compondo a espécie contrato de direito público, que, por sua vez, abrange contratos de direito internacional e de direito administrativo.

Quando a Administração celebra contratos, acontece, com grande frequência, que ela obedece a um contrato-padrão (e isso ocorre até com determinados contratos de direito privado, como a locação de imóvel destinado à instalação de repartição pública). Em outras hipóteses, como na concessão de serviços públicos, as condições de contratação, na parte referente à execução do contrato, constam de regulamento, denominado, pelos franceses, de “caderno de encargos”, elaborado unilateralmente pela Administração e que, em geral, se limita a repetir preceitos de lei. Isto leva alguns autores a verem nos contratos administrativos simples atos unilaterais da Administração ou verdadeiras normas jurídicas.

Comparando-se o contrato da Administração com o ato unilateral, de um lado, e, de outro, com a norma jurídica, verifica-se que existem diferenças marcantes.

O que caracteriza o ato unilateral, seja ele de direito público ou de direito privado, é o fato de ser produzido por uma só declaração de vontade.

Enquanto no direito privado prevalecem os atos jurídicos bilaterais - os contratos, a Administração Pública utiliza-se essencialmente de atos

administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum, tais como as prerrogativas e sujeições que constituem o regime administrativo. Dentre os atributos do ato administrativo, um deles, a imperatividade, permite à Administração utilizar-se de seu poder de império para praticar atos unilaterais que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância ou ainda contra a sua vontade. Esse atributo vem acompanhado, em certos casos, da possibilidade de auto-executar a decisão.

Apenas não têm o atributo da imperatividade aqueles atos em que há uma coincidência entre a vontade da Administração e a do particular, ou seja, naquele tipo de ato em que a Administração não impõe deveres, mas confere direitos. É o que se dá nos chamados atos negociais, como a autorização, a permissão, a admissão. Em todos eles, a Administração, por ato unilateral, consente, em geral atendendo a pedido do interessado, que ele exerça certa atividade ou pratique determinado ato; não lhe impõe uma obrigação.

O contrato administrativo, ao contrário, ainda que as cláusulas regulamentares ou de serviço sejam fixadas unilateralmente, só vai aperfeiçoar-se se a outra parte der o seu assentimento; além disso, o contratado não é titular de mera faculdade outorgada pela Administração, como ocorre nos atos

negociais, mas, ao contrário, assume direitos e obrigações perante o poder público contratante. Falta, nesse caso, às cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração, a imperatividade que caracteriza os atos administrativos unilaterais, pois aquelas não têm, como estes últimos, a capacidade de impor obrigações ao particular, sem a sua manifestação de concordância.

Quer isto dizer que o fato de a Administração estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração.

Com relação à doutrina que equipara as condições gerais do contrato, fixadas pela Administração, a verdadeiras normas jurídicas, também há alguns reparos a fazer.

As condições gerais somente obrigam àquele que celebra o contrato com a Administração; delas resultam direitos e deveres recíprocos para a Administração e o contratado; são, em regra, irrevogáveis, ressalvados os poderes de alteração e rescisão unilateral, por motivos de interesse público e desde que respeitado o equilíbrio econômico do contrato. As normas jurídicas, ao contrário, são obrigatórias para todos, independentemente do consentimento individual; não criam direitos e deveres recíprocos, pois estabelecem uma relação desigual, em que ao poder da Administração se contrapõe o dever do administrado; são essencialmente revogáveis, sem a contrapartida de quaisquer direitos compensatórios por parte do particular.

Afastadas as duas idéias - quer a que equipara o contrato administrativo ao ato unilateral, quer a que o equipara a verdadeiras normas jurídicas - resta enquadrá-lo como contrato, considerado este em suas características básicas, presentes em qualquer tipo de contrato, público ou privado, a saber, segundo Meirelles Teixeira (RDP 6/115116):

- a) um acordo voluntário de vontades, indissoluvelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária;
- b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros;
- c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes.

No contrato administrativo, existe uma oferta feita, em geral, por meio do edital de licitação, a toda coletividade; dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim a vontade contratual unitária (primeiro elemento).

Os interesses e finalidades visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro (segundo elemento).

Cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas (terceiro elemento).

Quer isto dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos.

8.4 TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE O CONTRATO ADMINISTRATIVO E O CONTRATO DE DIREITO PRIVADO

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades.

1. os contratos de direito privado, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os contratos administrativos, dentre os quais incluem-se:

a) os tipicamente administrativos, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;

b) os que têm paralelo no direito Privado, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.

Embora de regimes jurídicos diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria.

Importa, portanto, indicar os pontos comuns e os traços distintivos entre os dois tipos de contratos da Administração.

Sabe-se que o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos.

Quando se cuida do tema contratual, verifica-se que, no que se refere às sujeições impostas à Administração, não diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem a exigências de forma, de procedimento, de competência, de finalidade; precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são contratos administrativos.

Com efeito, sob o aspecto formal, exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita; mesmo na alienação de bens móveis, essa exigência deve ser respeitada, ressalvados apenas alguns contratos de pequeno valor e pagamento imediato, em que se admite a forma verbal (art. 50, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-06-93).

Com relação às finalidades e procedimentos para a celebração do contrato, também não há distinção; todos eles estão sujeitos, em maior ou menor grau, à observância de requisitos previstos em lei para a sua validade, como autorização legislativa (quando for o caso), avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, publicação, aprovação pelo Tribunal de Contas.

Também no que concerne à competência, as regras são as mesmas, pois, em direito administrativo, toda a competência resulta da lei.

A finalidade, direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.

Já no que concerne às prerrogativas, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativa.

Tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.

Algumas não são comuns nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou o de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.

Outras cláusulas seriam ilícitas nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração. E o caso das cláusulas que prevêem aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário; em todos esses casos está presente a executoriedade, que constitui atributo de certos atos praticados pela Administração e que não seriam válidos quando conferidos ao particular.

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do poder público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derroge o direito comum. Por exemplo, quando a lei permite o comodato de bem público, pode estabelecer para a Administração a faculdade de exigi-lo de volta por motivo de interesse público.

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de verticalidade (o que é verdadeiro) e, no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de horizontalidade, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do poder público a restrições inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas.

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao objeto. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de “atividade exercida sob regime jurídico exorbitante”, mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente. Abrange os serviços públicos comerciais e industriais do Estado que, embora exercidos, em geral, sob regime de direito privado, podem ter execução transferida ao particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência.

Também será administrativo o contrato que tiver por objeto a utilização privativa de bem público de uso comum ou uso especial, uma vez que tais bens, sendo inalienáveis, estão fora do comércio jurídico de direito privado; todas as relações jurídicas que sobre eles incidam são disciplinadas pelo direito público.

Diríamos até que, mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. Nesses casos, é patente a desigualdade entre as partes: o particular visa à consecução de seu interesse individual; a Administração objetiva o atendimento do interesse geral. Sendo este predominante sobre aquele, a Administração terá que agir com todo o seu poder de império para assegurar a sua observância, o que somente é possível sob regime jurídico administrativo.

Ao contrário, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado; por exemplo, para comprar materiais

necessários a uma obra ou serviço público, para colocar no seguro os veículos oficiais, para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo direito público.

O mesmo ocorre com a utilização de bens do domínio privado do Estado (bens dominicais) por terceiros; se a utilização se der para fins de utilidade pública (mercado municipal, por exemplo), o instituto adequado é a concessão de uso, contrato tipicamente administrativo; se a utilização se der para proveito exclusivo do particular (como residência) e não para exploração de atividade de utilidade pública, o instituto adequado será a locação. Nesses casos, o interesse público é protegido apenas indiretamente, na medida em que, por esse meio, a Administração estará explorando adequadamente o patrimônio, para obtenção de renda.

8.5 DIREITO POSITIVO

8.5.1 Normas constitucionais

No âmbito constitucional, cabe fazer referência à inovação introduzida pela Constituição de 1988, quanto à competência para legislar sobre contrato. Seu artigo 22, inciso XXVII, inclui entre as matérias de competência legislativa privativa da União as “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, Direta e Indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

Vale dizer que a matéria relativa a contratos administrativos, que antes era de competência privativa de cada ente político, reparte-se agora entre, de um lado, a União, que estabelece normas gerais e, de outro, que estabelece normas suplementares.

Desse modo, a Lei nº 8.666, de 21-6-93, que regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, exorbita da competência legislativa federal ao estabelecer normas que se aplicam a todas as esferas de governo, sem distinguir as normas gerais e as que não têm essa natureza (v. item 9.2).

8.5.2 Legislação ordinária

A Lei nº 8.666, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883, de 8-6-94, abrange todos os contratos por ela disciplinados sob a denominação de contratos administrativos (arts. 12 e 54), embora nem todos tenham essa natureza. Compulsando-se a lei, verifica-se que ela cuida de contratos como os de compra e venda, alienação, obras e serviços, com referências à concessão, permissão, locação, seguro, financiamento (arts. 12, 22, 23, § 32, 62, § 32).

No entanto, alguns desses contratos regem-se basicamente pelo direito privado, com sujeição a algumas normas de direito público constantes dessa lei.

Tal é o caso da compra, da alienação, da locação de imóvel, da concessão de direito real de uso.

As normas contidas nessa lei a respeito da compra (arts. 14 a 16) e da alienação (arts. 17 a 19) não derogam o direito comum; apenas estabelecem determinadas exigências, que dele exorbitam, concernentes ao procedimento prévio que a Administração deverá observar para concretizar o contrato: no caso de compra, essas exigências dizem

respeito à indicação de recursos financeiros, ao princípio da padronização, ao registro de preços, à pesquisa de mercado; quanto à alienação, exige-se demonstração do interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa, nas hipóteses que especifica.

Trata-se da já referida aplicação, a todos os contratos da Administração, das sujeições próprias do regime jurídico administrativo, e que têm por objetivo, basicamente, assegurar a observância da legalidade e o respeito ao interesse público.

Já no que diz respeito aos contratos de obra e serviço, abrangendo a empreitada e a tarefa (art. 62, VIII), a Lei nº 8.666 não apenas estabeleceu sujeições próprias do regime administrativo (arts. 72 a 12), como também assegurou à Administração uma série de prerrogativas que a colocam em situação de supremacia sobre o particular. Ainda que os contornos do instituto estejam definidos pelo Código Civil, as relações jurídicas entre as partes regulam-se inteiramente por essa lei.

Houve, no entanto, uma evidente intenção do legislador de publicizar todos os contratos referidos; é o que decorre do artigo 62, § 32, que manda aplicar o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 e demais normas gerais, no que couber:

1. aos contratos de seguro, de financiamento, de locação, em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado;
 2. aos contratos em que a administração for parte, como usuária de serviço público.
- Ora, dentre as normas que o dispositivo manda aplicar a todos esses contratos, consta a do artigo 58, que é predominantemente o que consagra algumas cláusulas exorbitantes, próprias dos contratos administrativos: poderes de alteração e rescisão unilateral, de fiscalização e de aplicação de sanções. Ficou quase inteiramente derogado o direito comum, porque o legislador preferiu, em praticamente todos os contratos de que a Administração é parte, manter a sua posição de supremacia sobre o particular.

8.6 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Considerando os contratos administrativos, não no sentido amplo empregado na Lei nº 8.666, mas no sentido próprio e restrito, que abrange apenas aqueles acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, podem ser apontadas as seguintes características:

1. presença da Administração Pública como poder público;
2. finalidade pública;
3. obediência à forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza intuitu personae;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade

Cada uma dessas características será analisada a seguir.

8.6.1 Presença da Administração Pública como poder público

Nos contratos administrativos, a Administração aparece com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular; elas vêm expressas precisamente por meio das chamadas cláusulas exorbitante ou de privilégio ou de prerrogativas, adiante analisadas.

8.6.2 Finalidade pública

Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado; às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do Poder público.

8.6.3 Obediência à forma prescrita em lei

Para os contratos celebrados pela Administração, encontram-se na lei inúmeras normas referentes à forma; esta é essencial, não só em benefício do interessado, como da própria Administração, para fins de controle da legalidade.

Além de outras leis esparsas, referentes a contratos específicos, a Lei nº 8.666 estabelece uma série de normas referentes ao aspecto formal, dentre as quais merecem realce as seguintes:

1. salvo os contratos relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, os demais serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico de seus autógrafos e registro sistemático de seu extrato; somente são permitidos contratos verbais para pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no artigo 23, inciso 11, alínea “a” (limite para a tomada de preços), feitas em regime de adiantamento (art. 60 e parágrafo único);
2. deve ser publicado, resumidamente, seu extrato, no Diário Oficial, no prazo máximo de 20 dias a contar da data da assinatura (art. 61, § 12); antes disso, o contrato não adquire eficácia; se ultrapassado o prazo de 20 dias, sem publicação do extrato, o ajuste deixa de adquirir efeitos e perde, portanto, sua validade;
3. o contrato formaliza-se, conforme o artigo 62, por meio de “termo de contrato”, “carta contrato” “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra” ou “ordem de execução de serviço”. O termo de contrato é obrigatório no caso de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, sendo dispensável, no entanto, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compras, com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica (§ 42 do art. 62). Essa exceção é justificável pelo fato de o contrato exaurir-se em um único ato, não resultando direitos e deveres futuros.

Com relação ao conceito de nota de empenho, devem ser analisados os artigos 58 e 61 da Lei nº 4.320, de 17-3-64, que estatui normas gerais de direito financeiro; o primeiro define empenho como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”; e o segundo

determina que “para cada empenho será extraído um documento denominado ‘nota de empenho’ que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da Votação própria’.”

Quer dizer que, para cada pagamento a ser efetuado, o poder público emite uma nota de empenho; esta pode substituir o termo de contrato em hipóteses outras que não as previstas no artigo 62.

O mesmo ocorre com a “autorização de compra” e a “ordem de execução de serviço”, utilizáveis, como o próprio nome indica, em casos de compra e prestação de serviços, respectivamente, desde que respeitadas as limitações contidas no artigo 62;

4. na redação do termo de contrato ou outro instrumento equivalente deverão ser observadas as condições constantes do instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite, conforme o caso), já que o mesmo é a lei do contrato e da licitação; nenhuma cláusula poderá ser acrescentada ao contrato, contendo disposição não prevista na licitação, sob pena de nulidade do acordo, por burla aos demais licitantes. Se o contrato foi celebrado sem licitação, deve obedecer aos termos do ato que o autorizou e da proposta, quando for o caso (art. 54, § 2);

5. deverão obrigatoriamente constar do contrato determinadas cláusulas consideradas necessárias pelo artigo 55; dentre as mesmas, algumas podem ser consideradas regulamentares (as referentes ao objeto, forma de execução, rescisão, responsabilidade das partes); outras constituem as chamadas cláusulas financeiras, por estabelecerem o equilíbrio econômico do contrato (em especial as referentes ao preço e critérios de reajustamento).

Dentre essas cláusulas, é oportuno realçar a concernente ao prazo; de acordo com o artigo 57, § 32, da Lei nº 8.666, é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. Além disso, há a limitação que decorre do artigo 57, caput: “a duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da

Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais poderão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a duração a sessenta meses;

III - (vetado);

IV- ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato. “

Como o exercício financeiro coincide com o ano civil (art. 34 da Lei nº 4.320, de 17-3-64), os créditos normalmente têm essa vigência, a não ser que previstos no Plano Plurianual. Para evitar a celebração de contratos que ultrapassem o exercício financeiro, com comprometimento do orçamento do ano subsequente, a lei quis fazer coincidir a duração dos contratos com o término do exercício financeiro, só admitindo, para os projetos, prazo superior, quando estejam previstos no Plano Plurianual. Com isto, evita-se a realização de obras e serviços não planejados, que possam acarretar ônus superiores às disponibilidades orçamentárias.

A mesma preocupação revela-se pela norma do artigo 7, § 2, incisos III e IV, da Lei n. 8.666, que coloca como condição para a abertura de licitações para obras e serviços a

existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações a serem executadas no exercício financeiro em curso, com o respectivo cronograma; bem como previsão do produto da obra ou serviço nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o artigo 165 da Constituição Federal, quando for o caso. Isto quer dizer que, para os projetos previstos no Plano Plurianual, a duração dos contratos não está adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas ao período necessário para o término da obra ou serviço (desde que não prestado de forma contínua, pois, para estes, a norma aplicável é a do inciso 11 do art. 57, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.500). O Decreto-lei n. 2.300, de 21-11-86. continha norma semelhante, no artigo 47, 1, só que fixava o limite de 5 anos para as prorrogações do contrato, o que não ocorre agora; a Lei nº 8.666 apenas não quer contratos com prazo indeterminado (art. 57, § 3).

Para os contratos que tenham por objeto serviços a serem executados de forma contínua (por exemplo, serviços de limpeza ou de assistência técnica), o artigo 57, II, estabelece exceção diversa: permite que tenham sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração, limitada a duração a sessenta meses; com esta redação, altera-se a sistemática da Lei nº 8.666, que permitia que a duração se estendesse por “Igual período”, dando margem a dúvida quanto ao sentido dessa expressão. Com a nova redação, é possível que o contrato tenha a duração de até o máximo de sessenta meses, porém, desde que fique devidamente demonstrado que essa duração maior permite a obtenção de preços e condições mais vantajosos. A Medida Provisória n. 1.500 introduziu um § 4 no artigo 57, permitindo que, em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II seja prorrogado em até doze meses.

A justificativa para a exceção prevista no inciso II é diversa daquela do inciso 1, em que a preocupação é com as obras não planejadas que possam comprometer sucessivos exercícios financeiros; daí a exigência de previsão nas metas do Plano Plurianual. No caso do inciso II, não há problema de previsão, porque os serviços contínuos atendem a necessidades constantes da Administração, necessariamente previstas nas leis orçamentárias anuais.

A limitação ao tempo de duração dos contratos objetiva evitar que os mesmos se estendam por longos períodos com o mesmo contratado, quando o princípio da isonomia exige a repetição do procedimento licitatório para assegurar igualdade de oportunidade a outros possíveis interessados.

A terceira hipótese prevista no artigo 57, em que a duração do contrato pode ultrapassar a vigência do crédito orçamentário, é a do inciso IV, referente ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato.

Embora a lei não diga expressamente, como o fazia o Decreto-lei nº 2.300, as limitações constantes do artigo 57 não atingem os contratos relativos a uso de bens públicos por particulares, como a concessão de uso, a concessão de direito real de uso e a locação, pelo simples fato de que esses contratos não oneram os cofres públicos; quando onerosos, o particular é que remunera a Administração. Além disso, o artigo 121, parágrafo único, exclui da abrangência da lei os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União, remetendo-os à disciplina do Decreto-lei n. 9.760, de 5-9-46. Do mesmo modo, Estados e Municípios poderão reger-se, nessa matéria, por sua própria legislação.

A restrição do artigo 57 também não se aplica aos contratos de concessão de obra pública e de concessão de serviços públicos, que também não oneram, em regra, os cofres públicos, pois a remuneração fica a cargo do usuário da obra ou do serviço. Além disso, a restrição é incompatível com a própria natureza desses contratos.

E não se aplica ainda aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, porque o artigo 62, § 3, ao determinar a aplicação, aos mesmos, das normas da Lei nº 8.666, fala expressamente nos artigos 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o artigo 57, pertinente ao prazo.

Ainda com relação aos prazos contratuais, há que se observar que a prorrogação dos contratos pode ainda ser feita com inobservância das restrições contidas no artigo 57, caput, quando ocorrerem as circunstâncias excepcionais previstas no § 1. Todas elas ocorrem para atender ao interesse da própria Administração e não teria sentido que a prorrogação, nesse caso, ficasse sujeita à restrição do caput. Só que, ocorrendo uma das hipóteses expressamente previstas no § 1, a prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

A prorrogação prevista no caput do artigo 57, incisos 1 a IV, só é possível se prevista no ato convocatório e no contrato; a do § 1 precisamente por atender a circunstâncias excepcionais, independe de previsão.

8.6.4 Procedimento legal

A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos e que podem variar de uma modalidade para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

A própria Constituição Federal contém algumas exigências quanto ao procedimento; o artigo 37, XXI, exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, e o artigo 175, para a concessão de serviços públicos. A mesma exigência é feita por leis ordinárias, dentre as quais a Lei nº 8.666; o assunto será, no entanto, aprofundado no item específico concernente à licitação.

Quanto aos recursos orçamentários, embora a sua indicação deva constar do contrato, dentre as cláusulas necessárias (art. 55, V, da Lei n. 8.666), na realidade a verificação de sua existência deve preceder qualquer providência da Administração, até mesmo a licitação, pois não é viável que se cogite de celebrar contrato e se inicie qualquer procedimento, sem a prévia verificação da existência de verbas para atender à despesa. Aliás, a Constituição do Estado

de São Paulo de 1967 já continha norma salutar nesse sentido, ao estabelecer, no artigo 75, que “nenhuma despesa será ordenada ou realizada sem que existam recursos orçamentários ou crédito votado pela Assembléia”. E a Constituição Federal, no artigo 167, 11, veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”. A mesma exigência se contém no artigo 176, II, da Constituição Paulista de 1989.

Dessa norma não destoa o artigo 57 da Lei n. 8.666, segundo o qual a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos; isto porque, se a duração do contrato ultrapassar a vigência do crédito orçamentário, já implicará realização de despesa sem o crédito aprovado no orçamento; as exceções são apenas as que constam dos incisos I, II e IV (analisados no item 8.6.3).

Pela mesma razão que impede a duração do contrato que ultrapasse o período de vigência do crédito, a Lei Federal n. 4.320, de 17-3-64, no artigo 60, veda a realização de despesa sem prévio empenho e, no artigo 59, o empenho de despesa que exceda o limite dos créditos concedidos.

8.6.5 Contrato de adesão

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração.

Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

8.6.6 Natureza “intuitu personae”

Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados intuitu personae, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei n. 8.666, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato.

Todas essas medidas constituem motivo para rescisão unilateral do contrato (art. 78, VI), sujeitando, ainda, o contratado, às sanções administrativas previstas no artigo 87 e às consequências assinaladas no artigo 80.

8.6.7 Presença das cláusulas exorbitantes

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação a outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Serão a seguir analisadas as principais cláusulas exorbitantes, muitas delas agasalhadas pela Lei n. 8.666.

8.6.7.1 EXIGÊNCIA DE GARANTIA

A faculdade de exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras está prevista no artigo 56, § 1, da Lei n. 8.666, podendo abranger as seguintes modalidades: caução em dinheiro OU títulos da dívida pública (inciso I), seguro-garantia (inciso II), e fiança bancária (inciso III).

A lei atual, alterando, nesse aspecto, o Decreto-lei nº 2.300, permite que a exigência de garantia seja feita, já na licitação, “para efeito de garantia

ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado” (art. 31, § 2). Neste caso, terá que ser devolvida aos licitantes não vencedores.

A escolha da modalidade de garantia cabe ao contratado, não podendo ultrapassar o correspondente a 5% do valor do contrato, a não ser no caso de ajustes que importam entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário; nesse caso, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor dos bens (art. 56, § 5).

A garantia, quando exigida do contratado, é devolvida após a execução do contrato; em caso de rescisão contratual, por ato atribuído ao contratado, a Administração pode reter a garantia para ressarcir-se dos prejuízos e dos valores das multas e indenizações a ela devidos (art. 80, 111). Trata-se de medida auto-executória, que independe de recurso w Poder Judiciário.

8.6.7.2 ALTERAÇÃO UNILATERAL

Essa prerrogativa está prevista, genericamente, no artigo 58, 1, para possibilitar a melhor adequação às finalidades de interesse público; mais especificamente, o artigo 65, 1, estabelece a possibilidade de alteração unilateral nos seguintes casos:

1. quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
2. quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos nos parágrafos do mesmo dispositivo.

O § 1 do artigo 65 estabelece um limite para os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, sendo de até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% para os seus acréscimos.

Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o direito do contratado, de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração.

Esse direito, que sempre foi reconhecido pela doutrina e jurisprudência, está agora consagrado na Lei nº 8.666, para a hipótese de alteração unilateral; há expressa referência ao equilíbrio econômico-financeiro no artigo 65, §§ 4, 5 e 6. O primeiro estabelece que, no caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados; o segundo prevê a revisão dos preços, para mais ou para menos, em caso de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, após a apresentação das propostas e de comprovada repercussão nos preços contratados; e o terceiro determina que, em havendo a alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro.

8.6.7.3 RESCISÃO UNILATERAL

Prevista no artigo 58, 11, combinado com os artigos 79, 1, e 78, incisos 1 a XII, e XVII em casos de:

1. inadimplemento (incisos 1 a V111 do art. 78), abrangendo hipóteses como não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (salvo se admitidas no edital e no contrato), desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas;
2. situações que caracterizem desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato (incisos IX a XI do art. 78): falência, concordata, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; nota-se que, em caso de concordata, é permitido à Administração manter o contrato, assumindo o controle de determinadas atividades necessárias à sua execução (art. 80, § 2);
3. razões de interesse público (inciso XII do art. 78);
4. caso fortuito ou de força maior (inciso XVII do art. 78).

Nas duas primeiras hipóteses, a Administração nada deve ao contratado, já que a rescisão se deu por atos a ele mesmo atribuídos; o contratado é que fica sujeito às consequências do inadimplemento, se ele for culposo: ressarcimento dos prejuízos, sanções administrativas, assunção do objeto do contrato pela Administração, perda da garantia.

Nas duas últimas hipóteses, de rescisão por motivo de interesse público, ou ocorrência de caso fortuito ou de força maior, a Administração fica obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas a prestações devidas até a data da rescisão e o custo da demobilização (art. 79, § 2). Trata-se de obrigação que também decorre do direito do contratado à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro; este é estabelecido em função de vários fatores, dentre os quais o prazo de duração do contrato; rescindido antes do termo ajustado, rompe-se o equilíbrio e a Administração é obrigada a compensar pecuniariamente o prejudicado.

Não tem sentido a norma do artigo 79, § 2, dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos “prejuízos regularmente comprovados”; o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devidos a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 1.058 do Código Civil, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito.

8.6.7.4 FISCALIZAÇÃO

Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no artigo 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 67, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores.

O não-atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VI), sem prejuízo das sanções cabíveis.

8.6.7.5 APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções de natureza administrativa (art. 58, IV), dentre as indicadas no artigo 87, a saber:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos;

IV- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A pena de multa pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras (art. 87, § 22), ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas.

Enquanto a pena de suspensão não pode ultrapassar de dois anos, a de declaração de inidoneidade não tem um limite preciso definido na lei. Apesar da má redação do inciso IV do artigo 87, deduz-se que o limite mínimo é de dois anos, já que a lei, na parte final do dispositivo, emprega a expressão “após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”; o limite máximo é a data em que ocorrer a reabilitação, ou seja, quando, após decorridos dois anos, o interessado ressarcir os prejuízos causados à Administração (art. 87, § 3).

O inciso IV do artigo 87, ao falar em inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, parece estar querendo dar maior amplitude a essa penalidade, já que remete o intérprete, automaticamente, ao artigo 6, XI, que define Administração Pública de forma a abranger “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

O direito de defesa, que está previsto no artigo 87, caput, da Lei n 8.666, constitui exigência constitucional contida no artigo 52, inciso LV, da Constituição Federal; para

exercer esse direito, o interessado dispõe do prazo de cinco dias, salvo na hipótese de declaração de inidoneidade, em que o prazo se eleva para dez dias (§§ 2 e 3 do art. 87).

Para cobrança da multa, a Administração pode reter a garantia e, se esta não for suficiente, pode deduzir o seu valor de importâncias devidas ao contratado; trata-se de decisões executórias do poder público, que independem de título fornecido pelo Poder Judiciário. Somente se não forem suficientes os valores assim recebidos, é que a Administração irá ajuízo, caso o interessado não pague voluntariamente.

Da aplicação das penas de advertência, multa e suspensão temporária cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato, dirigido à autoridade superior, por intermédio daquela que aplicou a pena; esta tem o prazo de cinco dias úteis para reconsiderar a sua decisão ou, no mesmo prazo, fazer subir o recurso à autoridade competente, que deverá decidir também no prazo de cinco dias úteis, contado do recebimento (art. 109, I, “f”, e § 4).

A esse recurso a autoridade administrativa poderá dar efeito suspensivo (art. 109, § 2).

No caso de declaração de inidoneidade, cabe pedido de reconsideração à autoridade que aplicou a pena, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato (art. 109, III).

8.6.7.6 ANULAÇÃO

A Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei; é a prerrogativa que alguns chamam de autotutela e que não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração. Esta decide e põe em execução a própria decisão.

Essa prerrogativa da Administração de rever e corrigir os próprios atos está consagrada na súmula 473, do STF: “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”.

Em se tratando de ilegalidade verificada nos contratos de que é parte, a Administração tem também o poder de declarar a sua nulidade, com efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos que elas ordinariamente deveriam produzir, além de desconstituir os já produzidos. É o que consta do artigo 59 da Lei nº 8.666. Se a ilegalidade for imputável apenas à própria Administração, não tendo para ela contribuído o contratado, este terá que ser indenizado pelos prejuízos sofridos.

Há que se observar que a ilegalidade no procedimento da licitação vicia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste; de modo que, ainda que a ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá que ser anulado.

8.6.7.7 RETOMADA DO OBJETO

Além das medidas executórias já analisadas, o artigo 80 da Lei nº 8.666 prevê, ainda, como cláusula exorbitante, determinadas prerrogativas que têm por objetivo assegurar a

continuidade da execução do contrato, sempre que a sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público e, principalmente, ao andamento de serviço público essencial; trata-se, neste último caso, de aplicação do princípio da continuidade do serviço público.

Essas medidas, que somente são possíveis nos casos de rescisão unilateral, são as seguintes:

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, na forma do inciso V do art. 58 desta lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.”

8.6.7.8 RESTRIÇÕES AO USO DA “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS”

No direito privado, quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumpri-lo também, socorrendo-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), com fundamento no artigo 1.092 do Código Civil.

No direito administrativo o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Note-se que a Lei nº 8.666 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração (art. 79, I); em nenhum dispositivo confere tal direito ao contratado.

O rigor desse entendimento tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência, quando a “inadimplência do poder público impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra” (cf. Barro Júnior, 1986:74); além disso, torna-se injustificável quando o contrato não tenha por objeto a execução de serviço público, porque não se aplica, então, o princípio da continuidade. Permanece, no entanto, o fato de que a lei não prevê rescisão unilateral pelo particular; de modo que este, paralisando, por sua conta, a execução do contrato, corre o risco de arcar com as consequências do inadimplemento, se não aceita, em juízo, a exceção do contrato não cumprido (v. item 8.6.8.3).

8.6.8 Mutabilidade

Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua mutabilidade, que, segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.

Segundo entendemos, a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

O assunto tem que ser analisado sob dois aspectos: o das circunstâncias que fazem mutável o contrato administrativo e o da consequência dessa imutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro.

Já foi visto que o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração.

Preferimos falar em contraprestação assegurada e não devida pela Administração, porque nem sempre é ela que paga; em determinados contratos, é o usuário do serviço público que paga a prestação devida, por meio da tarifa; é o que ocorre nos contratos de concessão de serviço público.

Na realidade, todos os contratos, sejam eles públicos ou privados, supõem a existência de um equilíbrio financeiro que, conforme demonstrado por Gaspar Atílio Ortiz (1968:6), costuma ser visto sob dois aspectos: o da equivalência material das prestações, ou seja, a equivalência objetiva, atendendo à valoração econômica das contraprestações e invocando em sua defesa um ideal de justiça comutativa; e o da equivalência subjetiva, atendendo ao valor subjetivo que para cada uma das partes tem a prestação da outra.

Nos contratos entre particulares nem sempre a equivalência material corresponde à equivalência subjetiva, sendo comum esta prevalecer sobre aquela.

A tanto autoriza o princípio da autonomia da vontade. Estabelecida essa equivalência no momento em que se firma o contrato, ela só poderá ser alterada por novo acordo entre as partes.

Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública, ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão-de-obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Tudo isso faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico; ele pode romper-se muito mais facilmente do que no direito privado. É por causa desses elementos de insegurança que se elaborou toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo.

Além da força maior, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:

1. álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais

difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária;

2. álea administrativa, que abrange três modalidades:

a) uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;

b) a outra corresponde ao chamado fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;

c) a terceira constitui o fato da Administração, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o co-contratante particular, a execução do contrato” (Escola, 1977, v. 1: 434); ou, de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução”. (Hely Lopes Meirelles, 1996: 223).

3. álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes.

Serão analisadas, a seguir, cada uma dessas circunstâncias que imprimem mutabilidade aos contratos administrativos, deixando de lado a álea ordinária e analisando apenas as outras duas, que podem ser abrangidas sob a denominação genérica de áleas extraordinárias.

8.6.8.1 ÁLEA ADMINISTRATIVA: ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO

O poder de alteração unilateral do contrato não é ilimitado. Adverte Edmir Netto de Araújo (1987:130-131) que “esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Esses dois limites estão previstos expressamente na Lei nº 8.666; o artigo 58, I, prevê a prerrogativa de modificação unilateral “para melhor adequação às finalidades de interesse público”. E o artigo 65, § 62, obriga a Administração, nessa hipótese, a “restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

Além disso, a lei ainda estabelece limite quantitativo às alterações (art. 65, § 12) e qualitativo (art. 65, § 42), na medida em que, ao permitir acréscimos e supressões de obras, serviços ou compras, impõe ao contratado a obrigação de acatá-los até o montante de 25% ou 50% (conforme o caso) do valor do contrato, não podendo os acréscimos implicar alterações do seu objeto.

Essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático. Alguns autores, especialmente franceses, ilustram com fórmulas matemáticas a diferença entre o equilíbrio do contrato de direito privado e o administrativo: no primeiro, o equilíbrio é do tipo $a = b$, de tal forma que, se uma das partes descumpra a sua obrigação, ela comete uma falta e o sistema contratual fica irremediavelmente rompido; no contrato

administrativo. Se a Administração altera a obrigação a do contratado, substituindo-a pela obrigação a, a remuneração devida pelo poder público passa de b para b1 (cf. Caio Tácito, 1975:204); vale dizer que, no contrato entre particulares, a alteração não consentida por ambas as partes caracteriza inadimplemento contratual pelo qual responde o particular; no contrato administrativo, esse inadimplemento só ocorre se a alteração decorrer de ato do particular, hipótese em que ele arcará com todas as consequências legais; quando a alteração feita nos limites legais decorrer de ato da Administração, não se caracteriza falta contratual, mas prerrogativa a ela reconhecida no interesse público, com a conseqüente obrigação de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

8.6.8.2 ALEA ADMINISTRATIVA: FATO DO PRÍNCIPE

Divergem os autores na conceituação do fato do príncipe; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas.

É a corrente a que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de responsabilidade contratual.

No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extra-contratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma idéia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão.

Na Lei nº 8.666, há expressa referência à teoria do fato do príncipe, no art. 65, I, “d”, com a redação dada pela Lei nº 8.883.

8.6.8.3 ÁLEA ADMINISTRATIVA: FATO DA ADMINISTRAÇÃO

O fato da administração distingue-se do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como “parte” no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.

O fato da administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, tome impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico.

O fato da administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tomando escusável o

descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis.

Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.

Exemplos de fato da administração são dados por Hely Lopes Meirelles: “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte. Até mesmo a falta de pagamento, por longo tempo, das prestações contratuais, pode constituir fato da administração capaz de autorizar a rescisão do contrato por culpa do Poder Público com as indenizações devidas” (1990:236).

Costuma-se equiparar o fato da administração com a força maior, o que deve ser entendido em termos; em ambas as hipóteses há a ocorrência de um fato atual (posterior à celebração do contrato), imprevisível e inevitável; porém, na força maior, esse fato é estranho à vontade das partes e, no fato da administração, é imputável a esta. Além disso, a força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, respondendo a Administração pelos prejuízos sofridos pelo contratado.

O que se discute em doutrina é se, em ocorrendo o chamado fato da administração, pode o particular simplesmente parar a execução do contrato, invocando a *exceptio non adimpleti contractus*.

Trata-se de exceção surgida no direito privado, para os contratos bilaterais, sob o fundamento de que as obrigações a cargo de uma parte são correlativas às obrigações da outra parte, sendo injusto que se exija o cumprimento, por uma, quando a outra não cumpriu o que lhe cabia. No direito romano, essa exceção era chamada *exceptio doli*, sendo posteriormente denominada pela forma como hoje é conhecida.

Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste, o contratado assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a

Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Neste, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incumbe, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida.

Essa regra admite exceção pela aplicação da teoria do fato da administração, quando sua conduta tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico extraordinário, que não seria razoável exigir que suportasse,

pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato.

A Lei n. 8.666 previu uma hipótese em que é possível, com critério objetivo, saber se é dado ou não ao particular suspender a execução do contrato.

Trata-se da norma do artigo 78, inciso XV, segundo a qual constitui motivo para rescisão do contrato “o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

Isto significa que, ultrapassados os 90 dias sem que a Administração efetue os pagamentos em atraso, é dado ao contratado, licitamente, suspender a execução do contrato.

O dispositivo prevê exceção para os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, hipóteses em que não se aplica a regra dos 90 dias, se as ocorrências previstas no dispositivo impuserem a paralisação antes desse prazo limite.

Outra hipótese em que a Lei n. 8.666 prevê o fato da administração é a do inciso XVI do artigo 78, em decorrência do qual constitui motivo para rescisão do contrato “a não-liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto”. Nesta hipótese, a lei não estabelece um prazo que deva ser aguardado pelo particular para suspensão do contrato. Mas permite deduzir, pelo emprego da expressão nos prazos contratuais, que, tão logo o prazo contratual seja ultrapassado, está o particular autorizado a suspender a execução, já que estará caracterizada a hipótese de rescisão; mesmo porque a omissão do poder público quanto às providências previstas nesse inciso pode até inviabilizar a execução do contrato.

Tanto na hipótese do inciso XV (atraso no pagamento) como na do inciso XVI, se for dada continuidade ao contrato, o particular faz jus à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; se houver rescisão, caberá a indenização prevista no artigo 79, § 22.

8.6.8.4 ÁLEA ECONÔMICA: TEORIA DA IMPREVISÃO

Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.

Ocorrendo essa álea econômica, aplica-se a teoria da imprevisão que, da mesma forma que a teoria do fato do príncipe, foi construída pelo Conselho de Estado francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França; essa teoria nada mais é do que aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*.

Embora não se saiba exatamente em que momento surgiu essa cláusula, sabe-se que os romanos já aceitavam a vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*). Antes de ser uma regra jurídica, ela foi uma regra moral adotada pelo cristianismo; exigia-se equivalência das prestações sempre que se estivesse em presença de um ato a título oneroso. Daí a frase, que é atribuída a Bartolo (1314/1354):

“contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur”.

Como se vê, a expressão *rebus sic stantibus* é parte dessa frase e designa a cláusula que é considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração.

Não seria justo obrigar a parte prejudicada a cumprir o seu encargo, sabendo-se que ela não teria firmado o contrato se tivesse previsto as alterações que o tomaram muito oneroso.

Essa cláusula, surgida na Idade Média, entrou em declínio e praticamente desapareceu no século XVIII, por influência do individualismo que floresceu em todos os aspectos, inclusive no jurídico.

Segundo Caio Tácito (1975:297) “foi o conflito mundial da segunda década do século atual que veio reavivar a teoria. As violentas flutuações econômicas geradas pelo desequilíbrio social e político da guerra exigiram dos intérpretes e dos tribunais a mitigação do princípio rígido da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*)”.

Ainda segundo o mesmo autor, essa teoria consolida-se no direito administrativo, com o famoso aresto do Conselho de Estado francês, proferido no caso da Cia. de Gás de Bordeaux (30-3-1916) - *Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux*. A guerra de 1914 tinha provocado tal subida no preço do carvão que os concessionários de gás não podiam prosseguir a sua exploração com as tarifas previstas nos contratos sem se exporem à ruína. Daí a decisão do Conselho de Estado francês permitindo a revisão das tarifas.

Alega-se, em favor da teoria, que, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. Essa compensação o particular só pode pleitear quando continuar a execução do contrato; e nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do co-contratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

No direito brasileiro, essa teoria tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência. Em matéria de concessão de serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (1975b:47) entendia que a Administração tem sempre o ônus do restabelecimento integral do equilíbrio econômico, seja qual for o tipo de álea, à vista do artigo 167 da Constituição de 1967, que impunha a fixação de tarifas que assegurassem ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A Constituição de 1988, embora contenha dispositivo análogo, concernente à concessão, não repete a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a incumbência de dispor sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, 111). Apenas se estabelece, de maneira muito vaga, que os contratos de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (art. 37, XXI). Essa norma talvez possa ser interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração.

No entanto, é certo que o Decreto-lei nº 2.300 incorporou, implicitamente, em seu texto, a aplicação da teoria da imprevisão, ao permitir a alteração do contrato, por acordo das partes “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 inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato” (art. 55, 11, “d”).

Essa norma ficou excluída da Lei nº 8.666 (art. 65), em decorrência de veto do Presidente da República, mas foi restabelecida pela Lei nº 8.883, com nova redação, em que ficam claras as exigências de que se trate de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; que esses fatos retardem ou impeçam a execução do contrato e configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual.

Aliada essa norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
2. estranho à vontade das Partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que tome excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato; se decorrer da vontade da Administração, cai-se nas regras referentes à álea administrativa (alteração unilateral e teoria do fato do príncipe).

Cumpra distinguir a álea econômica, que justifica a aplicação da teoria da imprevisão, e a força maior.

Nesta estão presentes os mesmos elementos: fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível; a diferença está em que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato. As consequências são também diversas: no primeiro caso, a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o interesse público; no segundo caso, ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, como consequência da norma do artigo 1.058 do Código Civil. Pela Lei nº 8.666, a força maior constitui um dos fundamentos para a rescisão do contrato (art. 78, XVII), tendo esta efeito meramente declaratório de uma situação de fato impeditiva da execução.

Também é necessário mencionar os fatos imprevisíveis a que fazem referência alguns autores; eles correspondem a fatos de ordem material, que podiam já existir no momento da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos pelos contratantes; é o caso de empreiteiro de obra pública que, no curso da execução do contrato, esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato. Se

o fato era imprevisível, aplicar-se-ão as mesmas soluções já expostas: teoria da imprevisão ou da força maior, conforme o caso.

8.7 RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A Lei nº 8.666 prevê, no artigo 79, três tipos de rescisão: unilateral, amigável e judicial.

As duas últimas são isentas de dificuldade. A amigável ou administrativa é feita por acordo entre as partes, sendo aceitável quando haja conveniência para a Administração. A judicial normalmente é requerida pelo contratado, quando haja inadimplemento pela Administração, já que ele não pode paralisar a execução do contrato nem fazer a rescisão unilateral. O poder público não tem necessidade de ir ajuízo, já que a lei lhe defere o poder de rescindir unilateralmente o contrato, nas hipóteses previstas nos incisos I a XI e XV do artigo 78.

A rescisão amigável e a judicial devem ser requeridas nos casos estabelecidos nos itens XIV a XVI do mesmo dispositivo, abrangendo os chamados fatos da Administração: supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato, além do limite permitido no artigo 65, § 12; supressão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra; a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais.

Vale dizer que o artigo 78, nos incisos I a XI, prevê hipóteses de rescisão por atos atribuíveis ao contratado; cabe, nesses casos, rescisão unilateral da Administração, sem prejuízo, se for o caso de inadimplemento culposo, das sanções administrativas cabíveis e da assunção do objeto do contrato pela Administração, conforme estabelece o artigo 80; e sem prejuízo, também, da reparação dos prejuízos que disso resultar para o poder público. A mesma solução é dada para os casos de caso fortuito ou de força maior (v. item 8.6.7.5).

O artigo 78, inciso XII, estabelece a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração, por motivo de interesse público. Nesse caso, faz jus, o contratado, ao ressarcimento dos prejuízos, à devolução da garantia, aos pagamentos atrasados e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 22).

O mesmo dispositivo, nos incisos XIII a XVI, prevê hipóteses em que a Administração é que pratica atos ensejadores da rescisão (fatos da Administração), hipótese em que a rescisão pode ser amigável ou judicial; não vemos razão para que não se aplique a essas hipóteses a rescisão unilateral, desde que caracterizado o interesse da Administração; não teria sentido negar-se a esta esse poder em casos nos quais o prosseguimento da execução seria prejudicial para ambas as partes.

8.8 MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dentre os contratos administrativos, sujeitos ao direito público, compreendem-se, dentre outros, a concessão de serviço público, a de obra pública, a de uso de bem público, o contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de empréstimo público, o de função pública.

Serão analisadas a concessão, em suas várias modalidades, por ser o contrato administrativo por excelência, e os contratos de que trata a Lei nº 8.666, que são os de maior uso pela Administração.

8.8.1 Concessão

8.8.1.1 CONCEITO

Não existe uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na definição do instituto da concessão. Para fins de sistematização da matéria, pode-se separá-los em três grupos:

1. os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo “concessão” de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês;
2. os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público;
3. os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.

Esta última posição foi defendida por Mário Masagão (1933:17-19), que entende não haver “um gênero concessão, dentro do qual apareçam espécies diversas, mas sim que a concessão é uma espécie, em cujas manifestações se verifica, sempre, a incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que em seu nome os exerça”.

Embora se refira à concessão de obra pública, esta só existe se ligada à concessão de serviço público. Afirmo ele que “na concessão de obra pública, a execução da obra se confia a pessoa que, ao invés de receber a retribuição, fica incumbida de gerir o serviço público, ao qual se destina a obra, percebendo, no tempo e nas condições prefixadas, os competentes tributos”. Conclui que a concessão de serviço público pode estar, ou não, subordinada à prévia execução de uma obra.

Esse é também o pensamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1981:211 -216), para quem toda concessão implica a transferência de poderes da Administração para o particular, com vistas à execução de serviço público. O que, para outros autores, se denomina “concessão de uso” de bem público, para ele constitui concessão de uso.

À segunda corrente, que distingue três modalidades de concessão, pertence a maioria dos doutrinadores brasileiros, dentre os quais José Cretella Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti, Guimarães Menegale, Edmir Netto de Araújo, Hely Lopes Meirelles.

Quanto à distinção entre concessão translativa e constitutiva, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, v. 1:490-491), que a aceita, diz que “corresponde a ato administrativo translativo de direito a concessão pela qual o concedente atribui ao concessionário inalterados os poderes e deveres que lhe cabem para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico, como os de serventário de ofício público, ou de construir obra pública, como de retificação de rio, ou de prestar serviço público, como de fornecimento de energia elétrica”; “corresponde a ato administrativo constitutivo de direito a concessão pela qual o concedente delega ao concessionário poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e quantidade menor dos que os tem, relativos à exploração de jazidas e fontes minerais, à utilização

de terrenos nos cemitérios como túmulos de família, à instalação de indústrias de pesca às margens dos rios”.

Em resumo, a concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública.

A concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público.

Quer dizer que, sob o aspecto formal, não há distinção: trata-se, em qualquer das modalidades, de contratos administrativos sujeitos a regime publicístico.

Sob o aspecto material, de seu conteúdo, assim se distinguem: na concessão de serviços públicos e de obras públicas o Estado delega ao concessionário a execução de um serviço público ou de uma obra que seriam de sua atribuição; é uma parcela de poderes, direitos, vantagens ou utilidades que se destacam da Administração e se transferem ao concessionário. Na concessão de uso, o Estado consente que o particular se utilize de parcela de bem público, mas o direito que o concessionário vai exercer sobre o bem é de natureza diversa daquele que o concedente exerce sobre o mesmo bem; uma pequena parcela do bem é destinada ao uso privativo do concessionário.

Na concessão de serviço público e de obra pública, os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na concessão de uso, eles derivam do ato de concessão.

O ponto comum, nas duas modalidades, é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como os de rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição etc.

À vista do que foi dito, pode-se definir concessão como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

8.8.1.2 NATUREZA JURÍDICA

Existem várias correntes doutrinárias que explicam de maneira diversa a natureza jurídica da concessão; essas correntes foram sistematizadas por José Cretella Júnior da seguinte maneira (1986:403-406):

1. teorias unilaterais, que se subdividem em dois grupos:

- a) existe na concessão um ato unilateral do poder público, porque as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração, achando-se as partes em posição de desigualdade;
- b) existem na concessão dois atos unilaterais, um da Administração, que seria um ato de império, e um do particular regido pelo direito privado; o primeiro fixa as condições que, em momento subsequente, provocam a declaração de vontade do particular aceitando as condições;

2. teorias bilaterais, que também se subdividem:

a) a concessão é um contrato de direito privado; essa corrente é adotada por autores que, apegados ao direito civil, negam que exista, na concessão, um acordo de vontades; ele não difere de outros contratos regidos pelo direito comum;

b) a concessão é um contrato de direito público, vale dizer, submetido a regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum;

c) a concessão é um contrato de direito misto, porque sujeito parcialmente ao direito público e parcialmente ao direito privado;

3. teoria mista: vê na concessão um ato unilateral do poder público, estabelecendo as condições da concessão, ou seja, as cláusulas regulamentares, e um contrato concernente ao equilíbrio econômico-financeiro; o ato unilateral é um ato administrativo, regido pelo direito público; e o contrato é de direito privado. Colocamo-nos entre os que atribuem à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público, pelas razões já expostas no item 8.3.

Nela estão presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato: acordo de vontades sobre determinado objeto; interesses contraditórios e reciprocamente condicionantes; efeitos jurídicos para ambas as partes.

É verdade que enquanto, em alguns casos, todas as condições decorrem do próprio ato de concessão, em outros, algumas das condições já constam de ordenamento jurídico previamente estabelecido, vinculando as partes contratantes. Mas isto não retira à concessão a natureza contratual, da mesma forma que não perdem essa natureza os contratos de adesão em geral, pois a outorga do objeto do contrato (serviço público, obra pública ou uso privativo) somente se efetuará mediante manifestação expressa de ambas as partes, implicando, o consentimento do concessionário, aceitação das condições previamente estabelecidas pelo Poder Público. Além disso, existem, ao lado dessas cláusulas ditas regulamentares, outras que se denominam financeiras ou contratuais propriamente ditas, em que as partes estipulam o prazo, a remuneração, os casos de rescisão, ou outras condições que não estejam predeterminadas em lei.

Quanto à natureza pública do contrato, parece-nos ser indiscutível, em decorrência do regime jurídico administrativo que o informa, com todas as prerrogativas e sujeições próprias do poder público, concernentes à finalidade, procedimento, forma, cláusulas exorbitantes, mutabilidade etc.

8.8.1.3 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

8.8.1.3.1 Evolução

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o poder público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante concessão; por meio dela, o particular (concessionário) executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas

mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário - a tarifa -, a qual é fixada pelo poder concedente.

“A grande vantagem do regime de concessão para o Estado liberar, diz Bilac Pinto (PDA 32:3), “era a de que, por meio dela, o Estado prestava um serviço público essencial sem que tivesse necessidade de inverter recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. Estas características originárias da concessão de serviço público foram, entretanto, sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de ‘garantias de juros’ e mais tarde pela aplicação da teoria da imprevisão. Em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário, como que surgiu uma associação financeira lesiva ao Poder Público que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a este ponto, o seu declínio se tornou inevitável”.

Como diz Rivero (1981:417), “a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de o obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de por em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução”.

Daí o surgimento das sociedades de economia mista e empresas públicas, como novas formas de descentralização dos serviços públicos.

Na fase atual do direito brasileiro e acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, ocorre outro fenômeno; volta-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar o serviço a particular, mas a empresas estatais sob controle acionário do poder público. A vantagem está no fato de que o Estado mantém, como na forma originária de concessão, o seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa.

Perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão e que constitui a própria justificativa para o seu surgimento: a de poder prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado.

Exemplos desse tipo de entidade existem inúmeros no direito brasileiro. Basta conferir o artigo 82, inciso XV, da Constituição de 1967, que indica serviços públicos passíveis de serem executados mediante concessão, para constatar o quanto o poder público tem-se utilizado desse procedimento; com efeito, ali estão relacionados serviços como os de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, transportes. Pense-se, então, na CESP, ELETROPAULO, TELEBRÁS, EMBRATEL, todas empresas sob controle acionário da União ou do Estado de São Paulo e, ao mesmo tempo, concessionárias de serviços públicos. Algumas delas nem foram criadas por lei, nem têm com o poder público um contrato de concessão.

Isto quer dizer que hoje se pode falar em dois tipos de concessão:

1. a que se outorga a empresa particular;
2. a que se outorga a empresa estatal.

Em um e outro caso, a concessão há de ser feita por contrato. Embora a concessão, por lei, a empresas estatais seja uma realidade brasileira, não compartilhamos da opinião dos que a aceitam como válida. A concessão de serviço público, de um lado, e as empresas públicas e sociedades de economia mista, de outro, correspondem a formas bem diversas de descentralização de serviços públicos.

A primeira é feita por contrato, em que o poder público transfere apenas a execução do serviço e conserva a sua titularidade; em decorrência disso, mantém a plena disponibilidade sobre o mesmo, alterando as cláusulas regulamentares, retomando a execução do serviço por meio de encampação, fiscalizando e punindo, administrativamente, o concessionário em caso de inadimplemento.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei e adquirem o direito à prestação do serviço, direito esse oponível até mesmo a pessoa jurídica que as criou, pois esta somente pode interferir na vida da empresa nos limites previstos em lei.

Quando a lei cria empresa e a ela atribui a prestação de um serviço público que a Constituição exige seja prestado diretamente ou mediante concessão, além de haver ofensa à Constituição, está tirando da Administração aquelas prerrogativas de que só é detentor o poder concedente, pela via contratual. Esse entendimento se reforça pelo fato de a atual Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso I, deixar claro que a concessão tem que ser feita por contrato.

8.8.1.3.2 Conceito e características

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público,

para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

As características da concessão de serviço público são as mesmas já assinaladas para os demais contratos administrativos e que já eram reconhecidas para todos eles, pela doutrina e jurisprudência, muito antes de ser editado o Decreto-lei nº 2.300 e, depois, a Lei nº 8.666, que se limitaram a encampar os ensinamentos já aceitos no direito brasileiro.

A concessão vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutabilidade, aplicando-se-lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Aliás, foi a propósito da concessão de serviço público que se elaboraram originariamente essas teorias.

A Constituição Federal, no artigo 175, à semelhança do artigo 167 da Constituição de 1967, previu lei que viesse disciplinar a concessão e a permissão de serviço público. No Estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 7.835, de 8-5-92, que “dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas”. Na esfera federal, a matéria está disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13-2-95, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”, e pela Lei nº 9.074, de 7-7-95, que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e

dá outras providências”. Subsidiariamente, aplica-se a Lei nº 8.666, de 21-6-93, por força do que determina seu artigo 124.

Evidentemente, como a lei paulista foi editada anteriormente, somente poderá aplicar-se no que não contrariar as “normas gerais” contidas na legislação federal, já que a competência da União, em matéria de contratos da Administração Pública, se limita ao estabelecimento de normas gerais, conforme artigo 22, inciso XXVII, da Constituição.

A concessão tem cláusulas regulamentares, estabelecidas unilateralmente pela Administração, e cláusulas financeiras concernentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Cabe, no entanto, chamar a atenção para algumas características:

1 . só existe concessão de serviço público quando se trata de serviço próprio do Estado; por outras palavras, a lei define determinadas atividades como sendo serviços públicos, permitindo que sejam executadas diretamente ou mediante concessão ou permissão;

2 . o poder concedente só transfere ao concessionário a execução do serviço, continuando titular do mesmo, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público; essa titularidade é que lhe permite alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público;

3. a concessão tem que ser feita “sempre através de licitação”, consoante o exige o artigo 175 da Constituição; a modalidade cabível é a concorrência (art. 22, 11, da Lei nº 8.987);

4. o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento da tarifa, ao equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto; vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar o seu objeto e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário;

5. a tarifa tem a natureza de preço público e é fixada no contrato (arts. 92 e 23, IV, da Lei nº 8.987/95; na Constituição de 1967, o artigo 167 exigia a fixação de tarifas que permitissem ao concessionário justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro; a atual Constituição, no artigo 175, remete à lei a incumbência de dispor sobre “política tarifária”. Assim, enquanto, pela Constituição anterior, era pela tarifa que se assegurava o equilíbrio econômico, pela atual nada impede que a lei adote critério diverso, possibilitando, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político) e compensando, por outra forma, o concessionário; a Lei nº 8.987 previu, no artigo 11, a possibilidade de previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas; essas fontes de receitas devem ser indicadas no edital da licitação (art. 18, inciso VI) e devem compor o equilíbrio econômico- financeiro do contrato (parágrafo único do art. 11);

6. o usuário tem direito à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário; é comum ocorrerem casos de interrupção na prestação de serviços como os de luz, água e gás, quando o usuário interrompe o pagamento; mesmo nessas circunstâncias, existe jurisprudência no sentido de que o serviço, sendo essencial, não pode ser suspenso,

cabendo ao concessionário cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis.

7. a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos;

8. a rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, é conhecida doutrinariamente sob o nome de encampação; equivale à retomada da execução do serviço pelo poder concedente, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público; como em toda rescisão unilateral, o concessionário faz jus ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados (art. 37 da Lei nº 8.987);

9. a rescisão unilateral por motivo de inadimplemento contratual é denominada caducidade ou decadência; nesse caso, não cabe indenização senão com relação à parcela não amortizada do capital, representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente (cf. Celso Bandeira de Mello, 1995:458); quanto ao mais, responde o concessionário pelas consequências de seu inadimplemento, inclusive sujeitando-se às penalidades administrativas cabíveis;

10. em qualquer caso de extinção de concessão, é cabível a incorporação, ao poder concorrente, dos bens do concessionário necessários ao serviço público, mediante indenização (art. 36 da Lei nº 8.987); é o que se denomina de reversão, a qual encontra seu fundamento no princípio da continuidade do serviço público.

Sobre concessão, falamos, mais detalhadamente, no livro *Parcerias na administração pública* (1996:44-77).

8.8.1.3.3 Concessão e permissão de serviço público

De acordo com o artigo 175 da Constituição, “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Note-se que o dispositivo não faz referência à autorização de serviço público, o que representa um avanço, já que os serviços chamados autorizados não têm, a nosso ver, a natureza de serviços públicos; são apenas atividades que, pela sua importância para o interesse público, ficam sujeitas a maior controle por parte do Estado; mas são atividades privadas. Lamenta-se apenas que o artigo 21, XII, mantenha a referência à autorização como forma de delegação de serviço público.

Importa, pois, distinguir concessão e permissão, podendo-se adiantar que esta, doutrinariamente, não tem natureza contratual, sendo tratada neste capítulo para permitir a adequada diferenciação dos institutos e pelo fato de o art. 175 da Constituição Federal ter uma redação que permitiu a conclusão de tratar-se de contrato; como tal, foi a permissão tratada na Lei nº 8.987.

A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.

A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:466), “a permissão, pelo seu caráter precário, seria utilizada, normalmente, quando o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço ou quando pode mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela rentabilidade do serviço, seja pelo curto prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada”.

Com base na lição de Hely Lopes Meirelles (1996:355), pode-se acrescentar a essas hipóteses, em que seria preferível a permissão, aquela em que os serviços permitidos são “transitórios, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes de controle estatal”.

Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se relacionadas:

1. é ato unilateral, discricionário, precário, intuitu personae. podendo ser gratuito ou oneroso;
2. depende sempre de licitação, conforme artigo 175 da Constituição (ver item 15.6.3.3);
3. seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o poder público;
4. o serviço é executado em nome do permissionário. por sua conta e risco;
5. o permissionário sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização;
6. como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público;
7. não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (1989:35 1) denomina de permissão condicionada e Cretella Júnior (1972:112-113) de permissão qualificada.

Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de permissão de uso de bem público (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará, sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com Prazo estabelecido.

Daí as permissões com prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de já haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina (cf. Meirelles Teixeira, in RDP 6/100 e 7/114) e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto (cf. Ivan Barbosa Rigolin, 1988:639-644). Talvez por isso a Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso 1, refira-se à permissão como contrato, embora com uma redação que enseja dúvidas de interpretação.

A Lei nº 8.987 referiu-se a permissão em apenas dois dispositivos: no artigo 22, inciso IV, e no artigo 40, pelos quais se verifica que a permissão é definida como contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (melhor seria que, ao invés de falar em revogação, que se refere a atos unilaterais, o legislador tivesse falado em rescisão, esta sim referente a contratos; o emprego errôneo do vocábulo bem revela as incertezas quanto à natureza da permissão).

A primeira e a última características apontadas não servem para distinguir a permissão da concessão, porque todos os contratos administrativos são de adesão e passíveis de rescisão unilateral pela Administração Pública. A precariedade poderá servir para distinguir a permissão da concessão, desde que seja entendida como contrato sem prazo estabelecido. Trata-se de exceção à regra do artigo 57, § 32, da Lei nº 8.666, de 21 -6-93, que veda os contratos com prazo de vigência indeterminado (v. Di Pietro, 1996:7981).

Outra distinção é que a lei no inciso IV do artigo 22 ao definir a permissão, não fez referência à concorrência como modalidade de licitação obrigatória, ao contrário do que ocorre no inciso II, relativo à concessão.

A forma pela qual foi disciplinada a permissão (se é que se pode dizer que ela foi disciplinada) pode tornar bastante problemática a utilização do instituto ou, pelo menos, possibilitar abusos, por ensejar o uso de meios outros de licitação, que não a concorrência, sob pretexto de precariedade da delegação, em situações em que essa precariedade não se justifique.

8.8.1.4 CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Alguns autores, como Mário Masagão, negam a existência desse tipo de contrato, alegando que ele é sempre acessório de um contrato de concessão de serviço público. O que a Administração Pública tem em vista é a prestação do serviço público; mas, como este depende da realização de uma obra pública, esta é previamente transferida ao mesmo concessionário.

Hoje já se reconhece a existência desse contrato, como modalidade autônoma em relação ao de concessão de serviço público; ele tem por objeto a execução de uma obra, sendo secundária a prestação ou não de um serviço público. Isto ocorre principalmente na medida em que se aceita a possibilidade de que o concessionário seja retribuído, não por meio de exploração da obra, após sua conclusão, mas por meio de contribuição de melhoria.

Em qualquer caso, não é a Administração que remunera o concessionário pela construção da obra; serão os futuros usuários, por meio de contribuição de melhoria ou por meio de tarifas fixadas no contrato.

No primeiro caso, o poder público institui contribuição de melhoria para remunerar o concessionário, hipótese em que a obra é paga pelos que experimentaram proveito em decorrência dela (cf. Hector Jorge Escola, 1979, t. 11:309).

No segundo caso, ao concessionário é assegurado o direito de administrar o serviço pelo tempo necessário para recuperar o capital que investiu e ainda obter um lucro. A rescisão unilateral do contrato antes do tempo estabelecido dará ao concessionário o direito ao ressarcimento dos prejuízos.

Exemplos de contrato desse tipo seriam aqueles que tivessem por objeto a construção de uma ponte, de um viaduto, de uma estrada, e em que ‘se assegurasse ao concessionário o direito de cobrar pedágio durante certo tempo, para ressarcimento dos gastos efetuados; ou, ainda, a construção de um estacionamento, que fosse administrado posteriormente pelo mesmo concessionário que o construiu.

A vantagem desse tipo de contrato é a possibilidade que tem a Administração de realizar obras e prestar serviços sem dispêndio de capital.

No Estado de São Paulo, a concessão de obra pública está disciplinada pela Lei nº 7.835, de 8-5-92, inclusive quanto às formas de remuneração do concessionário. Na esfera federal, pela Lei nº 8.987 que, no entanto, se limitou a definir o instituto no artigo 22, inciso 111, do qual se conclui apenas que a forma de licitação utilizável é a concorrência; e que o investimento do concessionário será remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Quanto ao mais, tem-se que entender que se aplicam as normas pertinentes à concessão de serviço público, no que couberem, e as normas da Lei nº 8.666.

8.8.1.5 CONCESSÃO DE USO

É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação (v. item 15.6.3.3).

& 8.8.2 Contratos de obra pública e de prestação de serviços

A Lei nº 8.666, no artigo 62, 1 e 11, define obra pública como toda “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta e serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro, ou trabalhos técnicos profissionais”.

Não dá para entender a inclusão da locação de bens no conceito de locação de serviços.

Enquanto a definição de obra pública é taxativa, abrangendo apenas a construção, a reforma e a ampliação, a de serviço é exemplificativa, o que permite concluir que toda atividade contratada pela Administração e que não se inclua no conceito de obra pública, é serviço. O contrato é de prestação ou locação de serviço.

Note-se que o serviço que constitui objeto desse contrato é atividade privada de que a Administração necessita e que não quer executar diretamente, como, por exemplo, limpeza, manutenção de máquinas, realização de projetos, trabalhos de pesquisa etc.

Dentre os serviços, alguns são comuns, porque não exigem habilitação legal específica, como, por exemplo, o serviço de limpeza, o de datilografia, o de manutenção de máquinas de escrever etc. Outros são técnicos profissionais, porque exigem habilitação específica, como os de engenharia, advocacia, arquitetura. Dentre estes últimos, a Lei nº 8.666 define alguns como serviços técnicos profissionais especializados (art. 13), numa enumeração taxativa e que é da maior importância porque podem ser contratados, sem licitação, desde que se trate de profissional notoriamente especializado, conforme conceito contido no artigo 25, § 12. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25, II).

Outra modalidade de serviço é o artístico, que pode ou não exigir habilitação legal e que se desenvolve nos mais variados setores em que se manifesta a arte. Esse tipo de serviço pode ser contratado sem licitação desde que se trate de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; também é caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, III).

A Lei nº 8.666 estabelece várias normas comuns ao contrato de obra pública e ao de serviço:

1. observância da sequência estabelecida no artigo 72: projeto básico (definido no art. 62, IX), projeto executivo (art. 62, X) e execução;
2. exigência de só poderem ser objeto de licitação quando: “I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados, em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o artigo 165 da Constituição Federal, quando for o caso” (art. 72, § 22);
3. proibição, prevista no § 3 do artigo 7, de incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob regime de concessão, nos termos da legislação específica; note-se que a proibição somente se refere aos contratos de obras e serviços, excluindo, portanto, as compras ou qualquer outro tipo de contrato que não tenha por objeto a execução de obras ou serviços; a ressalva para a concessão abrange qualquer de suas modalidades (concessão de serviço público, de obra pública, de exploração, de direito real de uso);
4. programação da execução das obras e serviços em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução (art. 82); no entanto, é possível o parcelamento, observadas as exigências dos §§ 1 e 2 do artigo 23, hipótese em que “a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação” (v. item 9.6);
5. proibição de participar da licitação ou da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, consoante artigo 92: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

6. a execução da obra ou serviço pode ser feita diretamente, pelos próprios órgãos e entidades da Administração, e indiretamente, por terceiros contratados para esse fim (arts. 6, VII e VIII, e 10);

7. a execução indireta pode fazer-se sob qualquer das seguintes modalidades previstas no artigo 6, VIII:

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo de unidades determinadas;

c) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

d) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

A única conclusão segura que se tira desse inciso é a de que os contratos de obra pública e de serviço podem ser executados por empreitada e tarefa (norma que se repete no art. 10); quanto aos conceitos, não dá idéia nem aproximada do que sejam essas várias modalidades ou da distinção entre uma e outra, além de deixar de mencionar a concessão de obra pública.

8.8.2.1 EMPREITADA

A empreitada é contrato que existe no direito privado, disciplinado pelo Código Civil, e no direito administrativo, atualmente regido pela Lei nº 8.666. O conteúdo é o mesmo nas duas hipóteses; a diferença existe quanto ao regime jurídico, já que na empreitada celebrada pela Administração, estão presentes as características dos contratos administrativos, com todas as cláusulas exorbitantes já mencionadas.

Existe empreitada quando a Administração comete ao particular a execução da obra ou serviço, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração prefixada.

A empreitada pode ser de labor (quando abrange só a obra ou serviço) e mista (quando, além da obra, o empreiteiro fornece os materiais).

Quanto à forma de remuneração, ela pode ser por preço global (quando o pagamento é total, abrangendo toda a obra ou serviço) e por preço unitário (em que o trabalho é executado paulatinamente e pago por unidade de execução, como, por exemplo, por metro quadrado ou por quilômetro).

A Lei nº 8.666 inova ao prever a empreitada integral que, segundo Marçal Justen Filho (1993:52) “é uma espécie de empreitada por preço global.

O que a peculiariza é a abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um empreendimento em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. A expressão empreendimento indica uma obra ou um serviço não consumível que serve de instrumento para produzir outras utilidades. A diferença entre os conceitos de empreitada por preço global e de empreitada integral fica evidente no caso de fracionamento de obra. Nesse caso, não haverá empreitada integral, pois o contratado executara apenas uma parte do empreendimento. No entanto, poderá existir empreitada por preço global. Basta que a fração da obra seja contratada por um preço que abranja todas as Prestações do particular”.

No contrato de empreitada não existe relação de subordinação entre empreiteiro e Administração Pública; ele não é empregado do Estado e responde, perante este, pela má execução da obra ou serviço.

Perante terceiros, a responsabilidade é do Estado e se rege pelo artigo 37, § 62, da Constituição; o Estado responde objetivamente, mas tem direito de regresso contra aquele a quem transferiu a execução da obra ou serviço, desde que este tenha agido com culpa.

Administração Contratada, também chamada de administração interessada (por influência do direito francês, que fala em *régie intéressée*) é o contrato administrativo em que a Administração defere a terceiro a incumbência de orientar e superintender a execução da obra ou serviço, mediante pagamento de importância proporcional ao seu custo total.

O particular contratado, que não tem vínculo empregatício com a Administração contratante, entra com a direção dos serviços, com a responsabilidade técnica, com o know-how, com a técnica de execução.

O administrador (ou *régisseur*) não suporta os riscos do empreendimento, que correm por conta da Administração Pública.

As principais diferenças entre a administração contratada e a empreitada são as seguintes:

1. quanto à remuneração, o pagamento corresponde, na administração contratada, a um percentual sobre o custo da obra ou serviço e, na empreitada, a um preço fixo abrangendo o total da obra; aliás, nisto ambas se distinguem da concessão de obra pública, em que a remuneração é paga pelo usuário por meio da tarifa;
2. quanto aos riscos, são suportados pelo empreiteiro (e também pelo concessionário de obra pública), mas não pelo *régisseur* ou administrador.

A Lei n. 8.666 não mais prevê essa modalidade, que foi vetada pelo Presidente da República.

8.8.2.3 TAREFA

Tarefa é o contrato administrativo que tem por objeto a mão-de-obra para pequenos trabalhos, mediante pagamento por preço certo, com ou sem fornecimento de material. Normalmente é utilizado para trabalhos em que o pequeno valor justifica a dispensa de licitação e o termo de contrato; a forma normalmente usada é a “ordem de execução de serviço”.

8.8.3 Contrato de fornecimento

Fornecimento é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública adquire bens móveis e semoventes necessários à execução de obras ou serviços.

Quanto ao conteúdo, não se distingue do contrato de compra e venda; por isso mesmo, alguns negam que exista como contrato administrativo.

Inexplicavelmente, em apenas mais um dos inúmeros vícios de técnica legislativa contidos na Lei ns! 8.666, ela se refere às compras nos artigos 15 e 16, dentro de uma seção específica; no entanto, fala em fornecimento na seção referente às obras e serviços, dando a entender que somente considera como fornecimento as compras vinculadas a contratos de obras e serviços. Confira-se, a esse propósito, a norma do

artigo 92, só aplicável ao fornecimento tal como considerado na lei, excluindo, portanto, as compras não vinculadas a contratos de obras e serviços.

Quando se trata de compras para entrega imediata e pagamento à vista, não há que se falar, realmente, em contrato de fornecimento como contrato administrativo. Ele em nada difere da compra e venda, a não ser pelo procedimento prévio da licitação, quando for o caso, e demais normas previstas nos artigos 15 e 16.

Ele só apresentará as características de contrato administrativo, em que a Administração Pública aparece em posição de supremacia, com privilégios assegurados por meio das cláusulas exorbitantes, quando se tratar de fornecimento contínuo, parcelado ou quando o fornecimento for integral, porém para entrega futura.

Fornecimento parcelado, como o próprio nome indica, é aquele que se faz por partes. Por exemplo, quando a Administração adquire quantidade de bens, como veículos, máquinas, mesas, e a entrega se faz parceladamente.

Fornecimento contínuo é aquele que se faz por tempo determinado, para entrega de bens de consumo habitual ou permanente, como, por exemplo, papel, graxa, tinta, combustível etc. Trata-se de materiais necessários à realização de obras públicas ou à execução de serviços públicos, de modo que a continuidade destes fica dependendo do fornecimento.

Algumas vezes, além de fornecer material, o contratado se compromete a produzi-lo, hipótese em que haverá um misto de locação de serviços e fornecimento. É o que ocorre com o fornecimento de alimentação aos presos, por exemplo.

Capítulo 9 - Licitação

9.1 CONCEITO

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1972:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Ao falar-se em procedimento administrativo está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

A expressão ente público no exercício da função administrativa justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação. Note-se que as entidades da administração indireta, com personalidade de direito privado, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, costumam ser chamadas por alguns autores de entidades públicas de direito privado, por terem o regime de direito comum parcialmente derogado por normas de direito público; é o caso dos dispositivos constitucionais que impõem licitação (arts. 22, XXVII, e 37, caput, na redação da Emenda Constitucional nº. 19/98, combinado com inciso XXI). Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Finalmente, a expressão possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato encerra o conceito de licitação. No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No direito administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.

9.2 DIREITO POSITIVO

Na Constituição de 1967, não havia norma expressa definindo a competência para legislar sobre licitação, o que deu margem à formação de duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º., XVII, c e parágrafo único, da Constituição) ; e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação.

A controvérsia surgiu com a Lei Federal nº. 5.456, de 20-6-68, que determinou a aplicação, aos Estados e Municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº. 200, de 25-2-67. E prosseguiu com a promulgação do Decreto-lei nº. 2.300, de 21-11-86, que, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal, determinou, no artigo 85, que se aplicariam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as normas gerais nele estabelecidas.

Para os adeptos da primeira corrente, essas normas eram válidas; para os da segunda, elas eram inconstitucionais e feriam o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria.

A Constituição de 1988 pôs fim à controvérsia, ao dar competência privativa à União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (art. 22, XXVII). Essa norma imprimiu validade incontestável ao art. 85 do Decreto-lei nº. 2.300, significando que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação (art. 24, § 2º. e art. 30, II, da Constituição). A Emenda Constitucional nº. 19/98 deu nova redação ao artigo 22, XVII, da Constituição Federal, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º., III”.

A grande dificuldade com que se defrontava o intérprete do Decreto-lei nº. 2.300 decorria da falta de técnica legislativa, que levou seus redatores a inserirem num texto normas gerais, de âmbito nacional, e normas especiais, de âmbito federal, sem qualquer critério orientador que permitisse distinguir umas das outras. Isto levava a resultados negativos, pois a interpretação do que sejam normas gerais variava de um Estado e Município para outro, produzindo resultado oposto ao que levou as Constituições brasileiras, desde 1946, a dar à União competência para estabelecer normas gerais: a uniformização de determinados princípios em todo o território nacional.

No Estado de São Paulo, a Lei nº. 6.544, de 22-11-89, procurou fazer a adaptação da legislação estadual à lei federal, reproduzindo as suas disposições, com pequenas alterações.

Está, agora, em vigor, a Lei Federal nº. 8.666, de 21-6-93, que, revogando o Decreto-lei nº. 2.300, “regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Essa lei foi parcialmente alterada pela Lei nº. 8.883, de 8-6-94, e pela Lei nº. 9.648, de 27-5-98.

Intensificando a tendência legislativa centralizadora da União e com flagrante invasão na área de competência dos Estados e Municípios para a legislação suplementar, o

artigo 1º. afirma, textualmente, que “esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Enquanto o Decreto-lei nº. 2.300, com a norma do artigo 85, deixava a possibilidade de separar as normas gerais das que não tinham essa natureza (ainda que com a apontada dificuldade), a Lei nº. 8.666 já declara, no artigo 1º., que todas as disposições nela contidas têm a natureza de normas gerais. Se alguma dúvida houvesse, ela se dissiparia com a norma do artigo 118, que determina aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos “ao disposto nesta Lei”.

A inconstitucionalidade do artigo 1º. da Lei nº. 8.666 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede aos “órgãos da Administração” (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único). Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo a órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei; a segunda, porque a publicidade é princípio que decorre do artigo 37 da Constituição e constitui condição para que os atos administrativos produzam efeitos externos.

9.3 PRINCÍPIOS

Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação. José Roberto Dromi (1972:134) indica dois: o da livre concorrência e o da igualdade entre os concorrentes; Sayagüez Laso (1940:52-53) também aponta dois: o da igualdade de todos frente à Administração e o estrito cumprimento do edital; Adilson Abreu Dallari fala em três princípios: os da igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital (1973:33); a esses três Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:2) acrescenta o da possibilidade do disponente fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Hely Lopes Meirelles (1996:248) relaciona maior número de princípios: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória.

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

O Decreto-lei nº. 2.300, de 21-11-86, exigia licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. A obrigatoriedade passou a constar da Constituição Federal, em relação aos mesmos contratos (art. 37, XXI) e à concessão e permissão de serviços públicos (art. 175). A Lei nº. 8.666, de 21-6-93, faz a mesma exigência para as obras, serviços, inclusive de

publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública (art. 2º).

O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos. A exigência decorre também da Constituição, por força do já mencionado artigo 37, XXI, e do artigo 22, XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III. Este último dispositivo, também alterado pela Emenda nº. 19, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sejam regidas por estatuto jurídico que disponha, entre outras coisas, sobre licitação e contratação, com observância dos princípios da administração pública.

Isto significa que, com a nova redação do dispositivo constitucional, as empresas estatais vão poder dispor de procedimento próprio para suas licitações. Mas não estarão dispensadas de observar os princípios da licitação.

Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento: em suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração. Seguindo mais a linha de Hely Lopes Meirelles, o artigo 3º. do Decreto-lei nº. 2.300, de 21-11-86, determinava que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; a esses o artigo 3º. da Lei nº. 8.666, de 21-6-93, acrescenta os da legalidade, impessoalidade e moralidade, já previstos no artigo 37, caput, da Constituição.

9.3.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

No § 1º, inciso I, do mesmo artigo 3º., está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

No mesmo § 1º, inciso II, do artigo 3º., da Lei nº. 8.666, há ainda outra aplicação do princípio da isonomia, quando se veda aos agentes públicos “estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais,

ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º. da Lei nº. 8.248, de 23-10-91”.

A primeira exceção, prevista no § 2º. do artigo 36, é a que assegura, em igualdade de condições, como critério de desempate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras”.

A segunda exceção refere-se às aquisições de bens e serviços de informática e automação, para dar preferência aos produzidos por empresas de capital nacional, observada a seguinte ordem: “I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local”. Essas duas exceções não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o artigo 5º. da Constituição somente assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais.

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei nº. 8.666; no artigo 30, § 5º., é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, em que se procura estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º., “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro”; pelo § 3º. do artigo 42, “as garantias pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”; pelo § 4º., “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”; e, pelo § 6º., “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”; o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Embora tenha que haver competição, ela não é inteiramente livre, pois a proteção do interesse público exige a imposição de certas normas que afastam, por exemplo, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, as que não apresentem idoneidade técnica ou financeira; além disso, a competição é menos livre em determinadas hipóteses de licitação, como a tomada de preços e o convite, em que a participação fica restringida, no primeiro caso, aos previamente inscritos no registro cadastral e, no segundo, aos convocados pela Administração de acordo com sua própria escolha.

9.3.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, já analisado no item 3.3.1 em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº. 8.666, cujo artigo 4º. estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º. têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

Tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento.

Além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nº. 8.666 previu várias formas de participação

popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal e Lei nº. 8.429, de 2-6-92, que define os atos de improbidade administrativa).

9.3.3 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade, já analisado no item 3.3.3, aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

9.3.4 Princípio da moralidade e da probidade

O princípio da moralidade, conforme visto no item 3.3.11, exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade. Além de previsto nos artigos 37, caput, e 5º, LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº. 2.300 o incluía no artigo 3º. com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder. A Lei nº. 8.666 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º). O crime de improbidade administrativa está definido na Lei nº. 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei nº. 8.666, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração.

9.3.5 Princípio da publicidade

Outro princípio previsto no artigo 3º. da Lei nº. 8.666, é o da publicidade (v. item 3.3.10), que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla possível na concorrência, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.

Existem, na Lei nº. 8.666, vários dispositivos que constituem aplicação do princípio da publicidade, dentre os quais os seguintes: o artigo 3º., § 3º., estabelece que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; o artigo 4º., na parte final, permite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos; o artigo 15, § 2º., exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial; o artigo 16, com redação dada pela Lei nº. 8.883, exige seja publicada a relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação; o artigo 21 estabelece normas sobre a publicação dos avisos contendo resumo do edital; o § 4º. do mesmo dispositivo exige que qualquer modificação seja divulgada pela mesma forma que seu texto original; o artigo 34, § 1º., exige ampla divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura a todos os interessados, obrigando a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados; o artigo 39 exige, quando o valor estimado da licitação for superior a determinado montante, que o procedimento se inicie com audiência pública realizada com observância dos prazos estabelecidos no dispositivo; o artigo 40, inciso VIII, exige que do edital conste, obrigatoriamente, a indicação dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; o artigo 43, § 1º., exige que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado; o artigo 53, § 4º. (com a redação da Lei nº. 8.883), exige que o edital do leilão seja amplamente divulgado.

9.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º. da Lei nº. 8.666, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos, ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

9.3.7 Princípio do julgamento objetivo

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou 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”. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e o de maior lance ou oferta (v. item 9.7.1.3).

A respeito desse assunto, existe acórdão proferido pelo Tribunal Federal de Recursos, em mandado de segurança impetrado contra o INAMPS (Mandado de Segurança nº. 104.932, in RDA 161/226), por licitante que foi preterido no julgamento, não obstante tivesse apresentado a proposta de menor preço. A justificativa da autoridade impetrada foi no sentido de que não se tratava, no caso, de licitação de menor preço, mas sim da mais vantajosa; e adjudicou ao licitante que apresentara o quinto maior preço. Houve, no caso, invocação, pelo Tribunal, de quatro princípios que devem estar presentes em todo contrato administrativo: legalidade, moralidade, finalidade e publicidade. Em tendeu que se for preterida a proposta de menor preço, a Administração deve fundamentar a sua escolha, sob pena de nulidade do ato por falta de motivação. No caso em tela, o edital não indicara critérios objetivos que possibilitassem a apreciação de outros fatores no julgamento das propostas, conforme artigo 130, IV do Decreto-lei nº. 200/67. Apenas repetiu a norma do caput do artigo 133 que prevê que na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços etc.

Na ausência de critérios, tem-se que presumir que a licitação é a de menor preço. Sendo assim, a preterição da proposta de menor preço tem que ser justificada. Além de conceder a segurança, o Tribunal ainda determinou encaminhamento de peças dos autos ao Ministério Público, para as providências cabíveis, tendo em vista ofensa ao artigo 335 do Código Penal (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência).

9.3.8 Princípio da adjudicação compulsória

Com relação ao princípio da adjudicação compulsória, significa, segundo Hely Lopes Meirelles (1989:244), que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior”. Adverte ele, no entanto, que “o direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando

ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa”.

Em verdade, a expressão “adjudicação compulsória” é equívoca, porque pode dar a idéia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento.

9.3.9 Princípio da ampla defesa

Finalmente, cabe ainda uma palavra a respeito de um princípio pouco mencionado em matéria de licitação; trata-se do princípio da ampla defesa, já reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. Cite-se acórdão do Supremo Tribunal Federal, publicado na RTJ 105/162, em que, embora sem julgamento do mérito porque o problema da defesa envolvia matéria de fato, inapreciável em mandado de segurança, ficou implícito o reconhecimento do direito de defesa na licitação, como procedimento administrativo que é. A matéria foi também examinada pelo Tribunal Federal de Recursos, em hipótese em que houve desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, sem assegurar o direito de defesa (RDA 166/ 117). Na vigência da nova Constituição o artigo 5º., inciso LV torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com os meios e recursos a ele inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio. O artigo 87 da Lei nº. 8.666 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.

9.4 OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI), bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175).

A Lei nº. 8.666 exige licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (art. 2º.).

Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º., parágrafo único).

Quanto às entidades da administração indireta, o artigo 119 da Lei nº. 8.666 determina que editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos às disposições da lei (v. item 10.6).

9.5 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

O artigo 37, XXI, da Constituição, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Note-se que a mesma ressalva não se contém no artigo 175 que, ao facultar a execução de serviço público por concessão ou permissão, exige que ela se faça “sempre através de licitação”.

O Decreto-lei nº. 200, de 25-2-67, que estabeleceu a reforma administrativa federal, previa hipóteses de dispensa de licitação, sem distingui-las de casos de inexigibilidade. Não obstante, a doutrina já fazia a distinção, depois consagrada pelo Decreto-lei nº. 2.300: o artigo 22 e o artigo 15, § 1º., indicavam os casos de dispensa e, o artigo 23, os de inexigibilidade. A Lei nº. 8.666, no artigo 17, incisos I e II, e no artigo 24, prevê os casos de dispensa; no artigo 25, os de inexigibilidade.

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei nº. 8.666 (com a redação dada pela Lei nº. 8.883), que dispensa a licitação quando se tratar de alienação de bens imóveis, mediante dação em pagamento, doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo (esta restrição foi suspensa, liminarmente, pelo STF, na ADIN nº. 927-3-SP conforme publicação no DJU de 10-11-93), permuta por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do artigo 24 da lei, investidura, venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo, e alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis constituídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim; e, quando se tratar de alienação de bens móveis, mediante doação (permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação), permuta (permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública), venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, venda de títulos, venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades, e venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe. A essas hipóteses, o § 2º. do artigo 17 acrescenta a concessão de direito real de uso de bens imóveis, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

Com relação à doação de bens imóveis, o § 1º. do artigo 17 estabelece que, cessadas as razões que justificaram sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário. Conjugando-se esse parágrafo com o caput do mesmo dispositivo, que exige demonstração de interesse público em qualquer ato de alienação, e com seu inciso I, b, que só permite a doação para outro órgão ou entidade da Administração Pública, é possível presumir que se está diante de uma hipótese específica de doação condicionada: ela é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta para o patrimônio do doador.

A idéia evidente é a de manter o bem doado vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público.

Quando a doação é feita, por exemplo, para uma entidade da Administração indireta, presume-se, com base no princípio da especialidade (item 3.3.5), que a utilização só pode ser feita para os fins institucionais a que a entidade está afeta. Se ela o destina a finalidade diversa, a doação será revogada.

O § 4º. do artigo 17, com a redação dada pela Lei nº. 8.883, traz uma exceção à regra de dispensa de licitação para a doação de bens públicos, móveis ou imóveis; obriga a licitação quando se tratar de doação com encargo, hipótese em que “de seu instrumento convocatório constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato”. Porém, dispensa a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito.

Quanto à inexigibilidade, a própria redação do artigo 25 traz implícito a possibilidade de ampliação.

Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistir, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada.

As hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias:

- a) em razão do pequeno valor;
- b) em razão de situações excepcionais;
- c) em razão do objeto;
- d) em razão da pessoa (cf. Lúcia Valle Figueiredo, 1980:32).

Em razão do pequeno valor, é dispensável a licitação para obras serviços de engenharia de valor até 5% do limite previsto na alínea a, do inciso I, do artigo 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou ainda de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente (art. 24, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98); para outros serviços e compras de valor até 10% do limite previsto na alínea a, do inciso II, do artigo 23, e para alienações, os casos previstos na Lei (art. 17), desde que não se refiram a parcelas de mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada uma só vez (inciso II, alterado pela Lei nº 9.648/98).

O inciso I foi alterado, substituindo o conceito de licitações simultâneas e sucessivas pelo de realização “conjunta e concomitante”; a dispensa só será possível se ocorrerem os seguintes requisitos: que se trate da mesma obra serviço ou, alternativamente, de obras ou serviços da mesma natureza, no mesmo local, que possam ser realizados conjunta e concomitantemente. Embora não prevista a ressalva contida na parte final do § 5º do art. 23, ela é também cabível neste caso, pois se a obra ou serviço exige profissional de outra especialidade, é evidente que a sua contratação tem que ocorrer em procedimento de licitação diverso.

Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses:

1. os casos de guerra ou grave perturbação da ordem (inciso III do art. 24);
2. os casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (inciso IV do art. 24).

O estado de calamidade pública está definido pelo Decreto Federal n. 895, de 168-93 (que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil), como “o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes” (art. 2, IV).

O dispositivo constitui aplicação do princípio da razoabilidade (v. item 3.3.12), na medida em que exige uma relação entre os meios (dispensa de licitação) e os fins (atendimento de situação emergencial ou calamitosa). Embora a restrição não esteja mencionada no inciso III, parece evidente que ela é também aplicável àquela hipótese: a dispensa somente se justifica quando o contrato tenha por objetivo atender a alguma situação relacionada com a guerra ou a grave perturbação da ordem.

A situação referente ao prazo (180 dias), prevista na parte final do inciso IV, soma-se à outra, já referida, que aplica o princípio da razoabilidade; além de ser relacionada com o atendimento da situação emergencial ou calamitosa, o contrato ainda não pode ultrapassar de 180 dias; se exigir prazo superior, a licitação tornar-se-á obrigatória;

3. quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (inciso V do art. 24); essa hipótese é denominada de licitação deserta; para que se aplique, são necessários três requisitos: a realização de licitação em que nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas, na contratação direta, todas as condições constantes do instrumento convocatório. Esta última restrição se justifica porque, alteradas as condições, é possível que, aberta nova licitação, apareçam licitantes interessados. Note-se que o dispositivo, atendendo ao princípio da motivação, exige que seja justificada a impossibilidade de repetir a licitação sem prejuízo para a Administração.

A licitação deserta não se confunde com a licitação fracassada, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Neste caso, a dispensa de licitação não é possível;

4. na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido (inciso XI do art. 24).

Esta hipótese era prevista no Decreto-lei no. 2.300 (art. 22, V), porém se estabelecia uma limitação quanto ao valor; o dispositivo citado da Lei no. 8.666 estabelece restrição diversa, porque só admite a dispensa se a contratação puder ser feita com outro licitante classificado na mesma licitação que deu origem ao contrato original e desde que o mesmo concorde em dar continuidade à execução nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor;

5. quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (inciso VI do art. 24); nas palavras de Diógenes Gasparini (1995:309), “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 desovarem seus estoques e normalizar o abastecimento”;

6. 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 artigo 48 e persistindo a situação, será admitida adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços (inciso VII do art. 24); o parágrafo único do artigo 48, aí referido, prevê que, em caso de desclassificação de todas as propostas, a Administração fixe aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para a apresentação de outras propostas escoimadas das causas da desclassificação. O registro de preços está previsto no artigo 15, inciso II e §§ 1 a 4; cabe lembrar que a compra de bens por preço superior ao de mercado caracteriza uma das hipóteses de nulidade que enseja a propositura de ação popular (art. 4, V, “b”, da Lei n 4.717, de 29-06-65), e que, de acordo com § 2 do artigo 25 da Lei n. 8.666, enseja responsabilidade solidária do fornecedor e do agente público responsável;

7. quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (inciso IX do art. 24). Trata-se de hipótese em que, no Decreto-lei no. 2.300 (art. 23, § 12), a licitação era vedada. A crítica que se faz ao dispositivo é quanto ao fato de assunto que diz respeito à segurança nacional ser excluído da competência do Congresso Nacional;

8. para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público (inciso XIV do art. 24, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 8-6-94). Trata-se de hipótese nova de dispensa somente possível quando estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo: (a) que se trate de contrato de compra ou de prestação de serviços; (b) que haja acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional; (c) que o Brasil seja membro dessa organização e com ela tenha acordo específico; (d) que as condições ofertadas sejam manifestamente vantajosas para o poder público, o que deve ser devidamente justificado e demonstrado;

9. nas compras ou contratações de serviços, até o limite previsto na alínea “a” do inciso II do artigo 23, se feitas para abastecer navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações (inciso XVIII do art. 24, com redação dada pela Lei n. 8.883).

Em razão do objeto, o artigo 24 prevê as seguintes hipóteses:

1. para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (inciso X, alterado pela Lei nº 8.883); no Decreto-lei nº 2.300, essa hipótese era de inexigibilidade (art. 23, IV), passando agora a constituir caso de dispensa com o acréscimo de alguns requisitos; exige-se, para aplicação dessa hipótese: (a) que as características do imóvel atendam às finalidades precípuas da Administração; (b) que haja avaliação prévia; e (c) que o preço seja compatível com o valor de mercado. O descumprimento desse último requisito leva à aplicação do § 2º do artigo 25, que prevê a responsabilidade solidária do fornecedor (no caso, o vendedor) e do servidor responsável, desde que a compra seja feita com superfaturamento;

2. nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia (inciso XII); essa norma não dispensa a autoridade da obediência, no que couber, ao disposto nos arts. 14, 15 e 16, pertinentes à compra, especialmente às exigências de adequada caracterização do objeto, indicação dos recursos orçamentários e publicação da relação das compras feitas, conforme exigido pelo artigo 16;

3. 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 (inciso XV) ; essa hipótese que também era de inexigibilidade, pela singularidade do objeto (art. 23, V do Decreto-lei nº 2.300 assou a ser de dispensa; além autenticidade certificada, exige-se que o órgão inclua entre seus objetivos institucionais a coleção, conservação, ensino relacionado com a arte; outros tipos de órgãos dependem de licitação para celebração do contrato, ainda que a obra seja de autenticidade e certificada. O fato de tratar-se de hipótese de dispensa (que é sempre facultativa) não impede que, em determinada situação concreta, a restauração de obra de arte, ainda que sem os requisitos do artigo 24, inciso XV apresente características que autorizem a declaração de inexigibilidade, com base no artigo 25, inciso II, desde que se trate de serviço de natureza singular, com profissional ou empresa de notória especialização; a própria lei deixou essa abertura, ao incluir no artigo 13, inciso VII, a “restauração de obras de arte e bens de valor histórico” entre os serviços especializados a que se refere o artigo 25, II; nesse caso, a autoridade deverá observar as normas dos artigos 25, § 1º, e 26 da Lei nº 8.666;

4. para aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia (inciso XVII, introduzido pela Lei nº 8.883). Esta hipótese melhor se enquadraria entre as de inexigibilidade, pois, se os componentes ou peças são indispensáveis para a vigência da garantia (o que deve ser devidamente comprovado), há inviabilidade de competição;

5. nas compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto (inciso XIX, com redação dada pela Lei nº 8.883);

6. para aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP CNPq ou outras instituições oficiais de

pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico (inciso XXI, previsto na Lei nº 9.648/98).

Em razão da pessoa, o artigo 24 prevê as seguintes hipóteses de dispensa:

1. para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Esta hipótese de dispensa, prevista no inciso VIII do artigo 24, com a redação dada pela Lei nº 8.883, só pode ser utilizada por pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias e fundações de direito público) e desde que estejam presentes todos os demais requisitos: (a) que o contratado seja órgão ou entidade da Administração Pública, o que abrange todas as entidades referidas no artigo 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666; (b) que esse órgão ou entidade tenha sido criado com o fim específico de fornecer os bens ou serviços objeto do contrato; (c) que o contratante e contratado sejam do mesmo nível de governo, já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo; (d) que o preço contratado seja compatível com o mercado. Comparada essa hipótese de dispensa com a do inciso XVI, inserida na Lei nº 8.666 já a partir da Medida Provisória nº 351, de 16-9-93, verifica-se que a nova redação do inciso VIII praticamente tira qualquer efeito do inciso XVI, que só permitia e ainda permite a dispensa para hipóteses determinadas (impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração, e de edições técnicas, bem como para a prestação de serviços de informática); o inciso VIII, ao falar em aquisição de bens e prestação de serviços, foi mais abrangente, tirando qualquer sentido à restrição do inciso XVI;
2. para a impressão dos diários oficiais, formulários padronizados de Uso da Administração, de edições técnicas oficiais, a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico (inciso XVI, com redação dada pela Lei nº 8.883); esta hipótese veio permitir a dispensa de licitação nas contratações com as entidades abrangidas no conceito do artigo 6º, inciso XI, desde que estas tenham sido criadas com o objetivo (inserido em sua lei instituidora) de prestar os serviços indicados no inciso XVI à pessoa jurídica de direito público interno. Esse inciso só vai permitir a dispensa de licitação nos contratos entre, de um lado, pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias e fundações públicas) e, de outro, entidades da Administração Pública, direta ou indireta (art. 6º, XI), que sejam do mesmo nível de governo, porque ninguém vai criar um ente para prestar bens ou serviços a pessoas jurídicas de outra esfera de governo;
3. na contratação de instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional (inciso XIII, com a redação alterada pela Lei nº 8.883); além dos requisitos relacionados com os objetivos institucionais, o dispositivo exige inquestionável reputação ético-profissional, que constitui conceito de valor de difícil comprovação;
4. a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado

seja compatível com o praticado no mercado (inciso XX, acrescentado pela Lei nº 8.883); esta hipótese pode ser utilizada por todas as entidades referidas no artigo 66, inciso XI, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) que se trate de contrato de prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra; (b) que o contratado seja associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade; (c) que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, requisito este que não precisaria ser mencionado, porque deve estar presente em todas as hipóteses de dispensa, sob pena de lesão ao patrimônio público ensejadora de ação popular, conforme artigo 4º, V, b, da Lei nº 4.717, de 29-6-65, sem falar na possibilidade de superfaturamento, sancionado pelo artigo 25, § 2º, da Lei nº 8.666. É bastante estranhável a inclusão, no dispositivo, de contratos de fornecimento de mão-de-obra, pois estes, além de não estarem previstos na Lei nº 8.666, não encontram fundamento no nosso sistema constitucional, uma vez que toda a contratação de mão-de-obra, na Administração direta ou indireta, está sujeita a concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de contratação temporária prevista no inciso IX do mesmo dispositivo;

5. na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica, com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica (inciso XXII, previsto na Lei nº 9.648/98);

6. para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão (inciso XXIV previsto na Lei nº 9.648).

Quanto à inexigibilidade, as hipóteses indicadas no artigo 25 visam a um objeto único ou singular.

O dispositivo prevê:

1. A aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (inciso I).

Hely Lopes Meirelles (1996:257) distingue a exclusividade industrial da exclusividade comercial, para dizer que aquela é a do produtor privativo no país e esta é a dos vendedores e representantes na praça. E acrescenta que, “quando se trata de produtor, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas; quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no país e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio, que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor”. Ele conclui que se considera “vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país”.

A mesma idéia é defendida por Diógenes Gasparini (1995:318).

A parte final do dispositivo, ao indicar a forma como deve ser feita a prova de exclusividade, constitui inovação na lei, mas que consagra entendimento já adotado pelo Tribunal de Contas, em especial o do Estado de São Paulo; a prova exigida pelo dispositivo já era de aplicação rotineira.

Além disso, o dispositivo parece reforçar o entendimento de Hely Lopes Meirelles pelo fato de que, com a redação atual, faz referência ao órgão de registro de comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, o que dá idéia de que a exclusividade comercial diz respeito realmente à praça de comércio que abranja o local da licitação;

2. A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II) ; não é para qualquer tipo de contrato que aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado. Assim é considerado, nos termos do § 1º do artigo 25, “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”.

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular

serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo, tornem o serviço singular, de modo a exigir contratação com profissional notoriamente especializado; não qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer, que torna inexigível a licitação. Note-se que o legislador quis tornar expresso que não ocorre inexigibilidade para os serviços de publicidade divulgação; isto pode causar estranheza, porque tais serviços já são incluídos entre os serviços técnicos especializados do artigo o que por si exclui a inexigibilidade; ocorre que o legislador quis fim à interpretação adotada por algumas autoridades e aprovada por alguns Tribunais de Contas, quanto à inviabilidade de competição nesse tipo de serviço. O resultado dessa insistência foi ter o legislador partido para o extremo oposto, proibindo a inexigibilidade para a publicidade e a divulgação, sem qualquer exceção, quando, na realidade, podem ocorrer situações em que realmente a inviabilidade competição esteja presente; a licitação será, de qualquer modo, obrigatória.

Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.

3. A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III); a hipótese é semelhante à do inciso anterior: o que se objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Ainda com relação à dispensa e inexigibilidade, a Lei nº 8.666 prevê algumas normas de controle e sanção:

1. o § 2º do artigo 25 (e que deveria ser preceito à parte, já que abrange a dispensa e a inexigibilidade) estabelece as consequências do superfaturamento decorrente da aplicação dos artigos 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade): a responsabilidade solidária, pelo dano causado à Fazenda Pública, do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Para o agente público, há ainda a responsabilidade administrativa; e, para ambos, agente público e contratado, a responsabilidade criminal prevista em lei, especialmente a norma do artigo 90 da Lei nº 8.666, que define como crime o ato de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incidindo na mesma pena (detenção de 3 a 5 anos, e multa) “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (parágrafo único do art. 89);

2. o artigo 26 exige, como condição de eficácia, para as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e nos incisos III a XXIV do artigo 24, para as situações de inexigibilidade previstas no artigo 25, necessariamente justificadas, e para o retardamento previsto no artigo 8º, parágrafo único, comunicação à autoridade superior dentro de três dias para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias. Para fins de instrução do processo de dispensa e inexigibilidade, o parágrafo único do artigo 26 exige ainda, no que couber: caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso (artigo 24, inciso IV) ; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação de projetos aos quais os bens são alocados.

9.6 MODALIDADES

A Lei nº 8.666 prevê cinco modalidades de licitação, no artigo 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão; nos cinco primeiros parágrafos contidos no dispositivo, define cada uma dessas modalidades; no § 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

No artigo 23, são indicados os critérios de aplicação de uma ou outra dentre as três modalidades (concorrência, tomada de preços e convite). Da interpretação conjunta do artigo 22 e seus parágrafos e do artigo 23 deduzem-se as seguintes regras:

1. A concorrência é obrigatória para:

- a) obras e serviços de engenharia de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais (atualizado na forma do art. 120, com a redação dada pela Lei nº 9.648);
- b) compras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais (também atualizado);
- c) compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o seu valor, ressalvado o disposto no artigo 19, que admite concorrência ou leilão para alienação de bens adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (§ 3º do artigo 23, alterado pela Lei nº 8.883);
- d) concessões de direito real de uso (§ 3º do art. 23);
- e) licitações internacionais, com a ressalva para a tomada de preços e para o convite, na hipótese do § 3º do artigo 23;
- f) alienação de bens móveis de valor superior ao previsto no art. 23, II, b (art. 17, § 6º);

g) para o registro de preços (art. 15, § 3º, I).

2. A tomada de preços e o convite são escolhidos em função dos valores estabelecidos no artigo 23, incisos I e II, com a ressalva contida no § 4º: nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Há, ainda, a possibilidade revista no 3 de ser adotada tomada de preços, nas licitações internacionais, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites do artigo 23, estabelecidos para essa modalidade de licitação; ou o convite, quando não houver fornecedor de bem ou serviço no país.

Com a preocupação de evitar fraude na escolha da modalidade de procedimento, o § 5º do artigo 23, alterado pela Lei nº 8.883, proíbe a utilização de convite ou tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Esse parágrafo tem que ser combinado com o § 2º do mesmo dispositivo, que admite a execução parcelada de obras, serviços e compras, mas a cada etapa ou conjunto de etapas deverá ser realizada licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Nessa parte, a Lei nº 8.883 trouxe alteração na Lei nº 8.666, porque, para fins de dispensa de licitação e de escolha da modalidade de licitação, substituiu a idéia de licitações simultâneas ou sucessivas (conceituadas, de forma objetiva, no artigo 39, parágrafo único), pelo conceito mais vago e impreciso de realização “conjunta e concomitante”. Mas a norma do § 5 do artigo 23 permite a conclusão de que, em se tratando de obras e serviços da mesma natureza, a Administração é obrigada a somar os valores para escolher a modalidade de licitação; o que é decisivo para escolha pelo somatório dos valores é a possibilidade das obras ou serviços da mesma natureza serem realizados no mesmo local, em conjunto (ou seja, todas formando parte de um todo) e concomitantemente (ou seja, ao mesmo tempo). A única exceção é para a hipótese de tratar-se de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. Nesse caso, essas parcelas não se somam ao resto da obra ou do serviço, para fins de escolha da modalidade de licitação.

3. O leilão é utilizado para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Pelo artigo 17, § 6º, o leilão é cabível desde que o valor dos bens não supere o limite estabelecido no artigo 23, II, b.

Bens móveis inservíveis não são, necessariamente, bens deteriorados, mas sim bens que não têm utilidade para a Administração. Com relação aos bens penhorados, houve manifesta impropriedade do legislador, já que a penhora ocorre no curso de processo judicial e está regulada pelas leis processuais, inclusive no que diz respeito ao leilão. Ou o legislador quis referir-se aos bens objeto de penhor (direito real de garantia disciplinado pelos artigos 768 e seguintes do Código Civil) ou quis referir-se aos bens que entram para o patrimônio público em decorrência de execução fiscal; quando inservíveis para a Administração, devem ser alienados por meio de leilão.

4.O concurso é cabível apenas para escolha de trabalho técnico científico ou artístico (art. 22, § 4º), devendo ser a modalidade escolhida preferencialmente para os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º).

9.6.1 Concorrência

Concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital (art. 22, § 1º).

Do conceito decorrem suas características básicas, que são a ampla publicidade e a universalidade.

A publicidade, nos termos do artigo 21, é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local em que o interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre licitação; a publicação deve ser feita no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidos por instituições federais; no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação de órgãos da Administração Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal; e em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação na região ou no Município onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

A publicação, no caso da concorrência, deve ser feita com no mínimo 30 dias de antecedência, salvo quando se tratar de licitação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, ou quando o contrato a ser celebrado contempla a modalidade de empreitada integral, em que o prazo passa a ser de 45 dias (art. 21, § 2º, I, b). Esse prazo será contado a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde (art. 21, § 3º).

Universalidade significa a possibilidade de participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (art. 22, § 1º). Essa é a característica que distinguia, no Decreto-lei nº 2.300, a concorrência da tomada de preços (realizada entre licitantes cadastrados) e do convite (entre pessoas escolhidas pela Administração). Hoje essa característica se estendeu à tomada de preços, conforme se verá.

9.6.2 Tomada de preços

Tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º). A “qualificação”, aí referida, é a de que trata o artigo 36.

A Lei nº 8.666 mudou o conceito de tomada de preços, uma vez que, pela legislação anterior, ela se limitava aos licitantes previamente cadastrados; estava ausente a universalidade, já que a licitação era aberta apenas àqueles inscritos no registro cadastral; a lei atual, de certa forma, desnaturou o instituto ao permitir a participação de interessados que apresentem a documentação exigida para cadastramento até o terceiro

dia anterior à data do recebimento das propostas. O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente tão complexo quanto o da concorrência, já que a comissão de licitação terá que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se igualará à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.

Há quem entenda que a faculdade de se inscreverem licitantes não cadastrados deve ser exercida mediante apresentação dos documentos à Comissão encarregada do cadastramento, de modo que esse procedimento correria paralelamente ao da tomada de preços. Esse entendimento não parece aceitável, primeiro porque nem todos os órgãos públicos possuem registro cadastral e, nesse caso, teriam que ficar dependendo do procedimento de cadastramento realizado em outro órgão ou entidade, segundo porque a realização de procedimento paralelo poderia contribuir para retardar inutilmente o procedimento da licitação. Por isso, a melhor solução consiste em exigir que os documentos sejam apresentados perante a própria Comissão encarregada da tomada de preços, principalmente nos órgãos que não possuam registro cadastral próprio.

A publicidade deve ser observada na tomada de preços, com obediência às mesmas normas já referidas para a concorrência, porém com a diferença de que o artigo 21, § 2º, III, exige que a publicação se faça com 15 dias de antecedência apenas, salvo para o contratos sob regime de empreitada integral ou para as licitações de melhor técnica ou técnica e preço, quando o prazo passa para 45 dias. A contagem do prazo observa a norma do § 3º do mesmo dispositivo.

O registro cadastral deve ser mantido pelos órgãos e entidades que realizem freqüentes licitações, devendo ser atualizados anualmente (art. 34); é facultada, contudo, a utilização de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, § 2º), o que abrange a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (art. 6º, XI).

A pessoa cadastrada recebe um “certificado de registro cadastral”, com validade de um ano, no máximo, e do qual consta a categoria em que se inclui, tendo em vista sua especialização, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos artigos 30 (qualificação técnica) e 31 (qualificação econômico-financeira). Para os participantes que apresentem esse certificado na tomada de preços, a habilitação é prévia, porque feita no momento da inscrição no registro cadastral, perante comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação (art. 51), com mandato de um ano, vedada a recondução (art. 51, § 4º); no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, a comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados (art. 51, § 2º).

O certificado pode ser aceito em qualquer modalidade de licitação, mesmo na concorrência, desde que, nesta, seja observada a restrição contida no artigo 32, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 9.648.

9.6.3 Convite

Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º).

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dias úteis (art. 21, § 2º, V), por meio da chamada carta-convite. No entanto, a Lei nº 8.666 inovou ao permitir que participem da licitação outros interessados, desde que cadastrados e manifestem seu interesse com a antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. A medida contribui para aumentar o rol de licitantes, mas torna mais complexo um procedimento que se caracteriza e se justifica exatamente por sua maior simplicidade, decorrente do fato de que essa modalidade de licitação é cabível para os contratos de pequeno valor. Para permitir essa participação, o artigo 22, § 3º, exige que a unidade administrativa afixe, em lugar apropriado, cópia do instrumento convocatório.

A habilitação dos licitantes, nessa hipótese, só é obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela Administração, porque têm que estar cadastrados; para os demais, é facultativa (art. 32, § 1º). A diversidade de tratamento fere o princípio da isonomia. A exigência de certificado para os não convidados somente se justificaria nos casos em que a Administração exige habilitação dos licitantes convidados. Do modo como está na lei, a norma levará ao absurdo de permitir a inabilitação de um licitante que não tenha o certificado de registro cadastral em ordem, quando, para os convidados, nenhuma documentação foi exigida.

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, com possibilidade de ocasionar burla aos princípios da licitação, em especial da isonomia, o § 6º do artigo 22, alterado pela Lei nº 8.883, exige que, existindo na praça mais do que três interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, seja a carta-convite dirigida a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Quanto à possibilidade de continuar a licitação no caso de aparecerem menos de que três convidados, o Tribunal de Contas da União, alterando seu entendimento após a entrada em vigor da Lei nº 8.666, decidiu que “para a regularidade da licitação na modalidade convite é imprescindível que se apresentem, no mínimo, 3 (três) licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame” (DOU de 11-8-93, p.11.635).

Essa orientação há de ser entendida em termos que a tornem compatível com o artigo 22, § 7º, da Lei nº 8.666, segundo o qual “quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite”.

Quer dizer que o simples fato de se apresentarem menos do que três interessados não é suficiente, por si só, para determinar a repetição do convite. Pelo contrário, será possível prosseguir-se na licitação se ficar demonstrado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados (o que não é passível de justificação, porque decorre de própria omissão dos licitantes) ou as “limitações do mercado”. Nesse caso, a limitação pode

decorrer, por exemplo, da inexistência de outros possíveis interessados ou de empresas que, por alguma razão, não atendam às exigências da Administração. Se houver outros possíveis interessados em condição de atender ao convite, este deve ser repetido, agora com observância do § 6º do artigo 22 lei nº. 8.666, com redação dada pela lei nº 8.883.

9.6.4 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores (art. 22, § 4).

A publicidade é assegurada por meio de publicação do edital, consoante estabelece o mesmo artigo 22, § 4, com, pelo menos, 45 dias de antecedência; esse prazo é previsto também no artigo 21, § 2, inciso , I, “a”. De acordo com o artigo 52, § 2, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo III (v. item 8.8.2).

9.6.5 Leilão

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (art. 22, § 5).

Quando se tratar de bens imóveis, a modalidade de licitação obrigatória é a concorrência (art. 17, I, e art. 23, § 3), com ressalva para as hipóteses do art. 19. Nada diz a lei sobre bens semoventes; no Decreto-lei n. 2.300 era possível inferir, com maior tranquilidade, que a modalidade cabível era o leilão, porque o dispositivo a ele referente não fazia menção à modalidade de bem, se móvel ou imóvel, e havia exigência expressa de concorrência apenas para a alienação de imóveis. Na Lei n. 8.666 nada se diz quanto a esse tipo de bem, podendo, no entanto, ser-lhe aplicada a mesma regra que se refere aos bens móveis, já que os semoventes são, em regra, considerados uma espécie de bem móvel dotado de movimento próprio (como os animais), ao lado de outra modalidade que não tem essa característica.

9.7 PROCEDIMENTO

Fala-se em procedimento, no Direito Administrativo, para designar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante.

O procedimento é mais complexo na concorrência, tendo em vista o maior vulto dos contratos a serem celebrados; é um pouco menos complexo na tomada de preços, em que o valor dos contratos é médio; e simplifica-se ainda mais no convite, dado o pequeno valor dos contratos.

O procedimento da licitação fica a cargo de uma Comissão, permanente ou especial, composta de, pelo menos, três membros (art. 51), sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação; apenas no caso de convite, a comissão poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente,

desde que se trate de pequena unidade administrativa em que a exigüidade de pessoal disponível justifique a medida (§ 1º).

O mandato da Comissão é de até um ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente (§ 4º). O legislador quer evitar que a manutenção da mesma comissão por períodos subsequentes acabe facilitando e perpetuando as fraudes comuns nesse tipo de procedimento administrativo. O ideal é que se mude sempre parcialmente a comissão, porque o procedimento é complexo e exige certo preparo por parte de seus membros.

A Lei nº 8.666 veio inovar ao estabelecer a responsabilidade solidária dos membros da comissão por todos os atos por ela praticados, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão (§ 2º). O dispositivo insere-se dentro dos objetivos do legislador de controlar com maior rigor a licitude e a probidade no procedimento da licitação.

No caso de concurso, o julgamento deve ser feito por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, não havendo necessidade de serem servidores públicos (art. 51, § 5º); justifica-se a exigência pelo fato de o concurso ser a modalidade de licitação cabível para a contratação de serviços técnicos, artísticos ou científicos, que exigem conhecimento especializado por parte da comissão.

Atente-se, ainda, para o fato de que a comissão de licitação também tem competência para proceder à inscrição no registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, exigindo-se profissionais legalmente habilitados quando se tratar de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

Pelo artigo 38 da Lei nº 8.666, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente todos os atos da administração e dos licitantes, como edital, propostas, atas, pareceres, recursos etc.

O dispositivo repete a mesma impropriedade que constava do Decreto-lei nº 2.300, ao falar em procedimento da licitação, quando, pelos termos em que está redigido, faz referência, na realidade, ao processo, considerado em seu sentido material, ou seja, como conjunto de documentos autuados protocolados e numerados, formando uma pasta na qual se arquivam tudo o que se refere ao procedimento.

Além disso, a autorização, a indicação do objeto e dos recursos próprios para a despesa são atos prévios, internos, preparatórios do procedimento da licitação, que, tecnicamente falando, somente se inicia pela convocação do interessados por meio do instrumento adequado.

9.7.1 Procedimento da concorrência

O procedimento da concorrência compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.

9.7.1.1 EDITAL

O edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. Em síntese, o edital

é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas.

Costuma-se dizer que o edital é a lei da licitação; é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666 (v. item 9.3.6).

O artigo 40 estabelece os requisitos que deve observar o edital, alguns deles concernindo ao próprio procedimento da licitação (objeto, condições para participação, forma de apresentação das propostas, critérios para julgamento) e outros referentes ao contrato (prazo e condições para assinatura do contrato, para execução e para entrega do objeto da licitação, condições de pagamento e, quando for o caso, de reajuste de preços, condições de recebimento do objeto da licitação). Na redação do termo do contrato ou instrumento equivalente, nada pode ser inserido em discordância com o que determina o edital (art. 41).

Publicado o edital, com observância das normas de publicidade já referidas (art. 21), o interessado que tenha alguma objeção, deve argüí-la até o momento da abertura dos envelopes de habilitação, pois o artigo 41, § 2º, estabelece que “decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, a realização do leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”. A norma tem o evidente intuito de evitar que os licitantes deixem transcorrer o procedimento da licitação sem levantar objeções ao edital, somente as argüindo, posteriormente, quando as decisões da Comissão lhes sejam desfavoráveis. De acordo com o § 3º do mesmo dispositivo, “a impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente”. Embora a lei fale em trânsito em julgado, parece, na realidade, referir-se à decisão final da própria Administração e não do Poder Judiciário; a terminologia é, evidentemente, inadequada.

Também ao cidadão é dado o direito de impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, cabendo à Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis (art. 41, § 1º).

Tanto o § 1º como o § 2º têm caráter ordinatório da própria atividade administrativa; mas, como todo prazo estabelecido em benefício da Administração e não do servidor ou do administrado, o previsto nos referidos parágrafos também pode e deve ser relevado quando as impugnações, mesmo sendo feitas fora de prazo, sejam procedentes; razões de economia processual aconselham essa medida, pois evitará que a ilegalidade venha a ser apontada depois pelos próprios órgãos administrativos de controle ou mesmo pelos órgãos de controle externo (Tribunal de Contas e Poder Judiciário). Também a vinculação ao princípio da legalidade obriga a Administração a rever seus próprios atos quando irregularidades sejam descobertas por ela mesma ou por terceiros.

Acresce que o cidadão, além de ter o direito de petição já assegurado pelo artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal, ainda pode, sem prejuízo da impugnação referida no § 1º do artigo 41, representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei (art. 113, § 1º); e ainda pode provocar a iniciativa do Ministério Público para os fins previstos no artigo 101.

Quando se tratar de concorrência de âmbito internacional, o artigo 42 manda que o edital se ajuste às diretrizes de política monetária e do comércio exterior e atenda às exigências dos órgãos competentes (v item 9.3).

9.7.1.2 HABILITAÇÃO

A segunda fase do procedimento da licitação é a da habilitação, em que há a abertura dos envelopes “documentação” e sua apreciação, conforme previsto no artigo 43, I.

Em ato público, a Administração recebe os envelopes contendo a documentação referente à habilitação dos licitantes e a proposta (art. 43, § 1º).

Nessa fase são abertos os envelopes contendo os documentos exigidos no edital, que devem ser assinados pelos licitantes presentes e pela Comissão (art. 43, § 2º). Essa exigência atende aos interesses dos próprios licitantes, pois impede qualquer substituição posterior, em benefício ou em prejuízo de um ou outro.

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no artigo 27 da Lei nº 8.666 e somente podem referir-se à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Pelo artigo 37, XXI, da Constituição, somente poderão ser exigidos documentos referentes à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Isto não impede que sejam exigidos documentos referentes à capacidade jurídica, pois a Administração não pode celebrar contratos com pessoa, física ou jurídica, que não comprove ser titular de direitos e obrigações na ordem civil; ainda que não houvesse essa previsão expressa na Lei nº 8.666, a exigência poderia ser feita.

O que não parece mais exigível, a partir da Constituição de 1988, é documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; além disso, não se pode dar à licitação - procedimento já bastante complexo - o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade. A única exigência que tem fundamento constitucional, dentre as contidas no artigo 29, é a do inciso IV referente à regularidade perante a seguridade social, exigida pelo artigo 195, § 3º, da Constituição, em cujos termos “a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”. Em consonância com essa norma, a Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei nº 8.212, de 24-7-1991) já exigia, no artigo 47, I, a, documento comprobatório de inexistência de débito relativo às contribuições sociais “na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.

Qualquer outra documentação é inexigível no edital. Não tem fundamento, por isso, o artigo 117, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, que exige, implicitamente, prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança no trabalho. E exorbita da Constituição a própria Lei nº 8.666, ao exigir documentação que excede a prevista em âmbito constitucional.

Os documentos podem ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou publicação em órgão de imprensa oficial (art. 32).

De acordo com o § 1º do artigo 32, a documentação pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Em qualquer modalidade de licitação, o certificado de registro cadastral previsto no artigo 36, § 1º, substitui os documentos necessários à habilitação, 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, § 2º, com a redação da Lei nº 9.648).

Essa parte final do dispositivo justifica-se tendo em vista que, se a Administração dispuser de informações necessárias à habilitação, poderá exigir a complementação.

O § 3º do artigo 32 estabelece que “a documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta lei”.

Aparentemente, há sobreposição entre as normas dos §§ 2º e 3º, mas essa sobreposição (e até mesmo contradição) é apenas aparente; o § 2º diz as condições em que o certificado de registro cadastral substitui a documentação; e o § 3º permite que a Comissão aceite certificados emitidos por outros órgãos ou entidades públicas (o que não dispensa o atendimento do § 2º), desde que essa possibilidade tenha sido prevista no edital e o certificado tenha obedecido às normas da Lei nº 8.666.

As empresas estrangeiras que não funcionem no país atenderão, nas licitações internacionais, às exigências pertinentes aos documentos, devendo estes ser autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado; além disso, tais empresas devem ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente (§ 4º do art. 32). Essas exigências não se aplicam nas hipóteses previstas no § 6º do mesmo dispositivo.

O artigo 33 contém norma sobre participação de empresas em consórcio no procedimento da licitação. Segundo ensina Rubens Requião (1977:243), “o consórcio constitui uma modalidade técnica de concentração de empresas. Através dele podem diversas empresas, associando-se mutuamente, assumir atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica e financeira, nem capacidade técnica para executar”. De acordo com o artigo 278, § 1º, da Lei das S.A., “o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Para participar da licitação devem observar as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital

III - apresentação dos documentos exigidos nos artigos 28 a 31 para cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio de um acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV- impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V- responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

A parte do inciso III que possibilita à Administração exigir do consórcio um acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual, é de constitucionalidade bastante duvidosa, por conflitar com a regra da isonomia que exige igualdade de tratamento a todos os licitantes.

Nos termos do § 1º do artigo 33, em se tratando de consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira.

O § 2º do artigo 33 exige ainda que o licitante vencedor promova, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do mesmo dispositivo. Justifica-se a norma porque o artigo 33 está cogitando de hipótese em que as empresas formam o consórcio com o objetivo específico de participar da licitação; e, para essa participação, o inciso I exige apenas o “compromisso público ou particular” a constituição do consórcio. Se ganhar a licitação, o consórcio deverá, antes de firmar o contrato, promover sua constituição, pelo registro.

Na fase de habilitação, a Administração Pública abre, em ato público os envelopes contendo a documentação, que deve ser rubricada pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43). Examinados os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem são considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, fechado, o envelope contendo sua proposta, “desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação” (art. 4º, inciso II). Quando todos forem inabilitados, a Administração poderá dar ao licitantes o prazo de oito dias (ou três, no caso de convite), para que apresentem nova documentação (art. 48, parágrafo único).

De acordo com o § 5º do mesmo dispositivo, ultrapassada a fase de habilitação e abertas as propostas, não cabe desclassificar o concorrente por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

O § 3º do artigo 43 permite à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. O dispositivo deixa claro (o que não ocorria no art. 35, § 3º, do Decreto-lei nº 2.300) que as diligências referidas no dispositivo não podem ter por objetivo alterar ou complementar a documentação apresentada; o que se pretende é permitir a adoção de medidas para esclarecimento da própria Comissão ou autoridade superior, como vistorias, laudos, pareceres técnicos ou jurídicos.

Se nenhum dos licitantes estiver com a documentação em ordem, encerra-se o procedimento. Basta a habilitação de um licitante para que se dê prosseguimento, passando-se à fase seguinte, de classificação das propostas, desde que não haja recurso. Se este foi interposto, terá que ser aguardada sua decisão, já que ele tem efeito suspensivo (art. 109, I, a, e § 2º).

O artigo 114 da Lei nº 8.666 prevê uma hipótese de concorrência em que a habilitação pode ser prévia; o dispositivo fala em pré-qualificação, que Pode ocorrer nas

concorrências em que o objeto da licitação recomenda análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. A pré-qualificação deve observar as normas da Lei nº 8.666 pertinentes à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

9.7.1.3 CLASSIFICAÇÃO

Na terceira fase do procedimento, a Administração faz o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do edital.

Essa fase pode ser subdividida em duas:

1. na primeira, há a abertura dos envelopes “proposta” dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos (art. 43, III); os envelopes são abertos em ato público previamente designado, do qual deverá ser lavrada ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão; abertos os envelopes, todas as propostas serão rubricadas também pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43);
2. na segunda, há o julgamento das propostas, que deve ser objetivo e realizado de acordo com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos (art. 45).

Os tipos de licitação, para essa finalidade, estão previstos no § 1º do artigo 45 e compreendem três categorias:

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 - no caso de alienação de bens cessão de direito real de uso.

Para esse fim, o edital mencionará qual o tipo de licitação que será adotado para critério de julgamento.

Além disso, o edital deverá mencionar os fatores que serão levados em consideração, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle; podem ser indicados critérios relativos a prazo, qualidade, rendimento, tipo de material e outros expressamente previstos, vedado levar em consideração qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (art. 44, § 1º); também não poderá ser considerada qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes (§ 2º).

A Lei nº 8.666 deu preferência à licitação de menor preço, que é a que permite escolha mais objetiva e dificulta a apreciação discricionária por parte da Comissão. Ficou limitada a utilização da “melhor técnica” ou “técnica de preço” à hipótese de contratos que tenham por objeto serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial

na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46). Excepcionalmente, essa modalidade pode ser utilizada também, “por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório” (art. 46, § 3º).

Tantos são os requisitos exigidos por esse § 3º que dificilmente ele será aplicado.

Deve ser utilizada a licitação de técnica e preço, conforme artigo 45, § 4º, para a contratação de bens e serviços de informática, hipótese em que será observado o artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-91.

A preferência do legislador pelo critério do preço e as restrições ao critério da técnica podem trazer dificuldades à Administração nas licitações para determinados contratos em que, mesmo sem estarem presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 46, seria aconselhável levar em consideração a técnica utilizada. Isto ocorre em especial nos contratos de obras e serviços técnicos especializados, em que a seleção pelo critério exclusivo do preço pode levar a Administração a ter que aceitar proposta que, sob o ponto de vista da técnica, não é a melhor; isto, evidentemente, contraria o interesse público.

Para obviar os efeitos negativos da lei, deve o edital ser exigente no que diz respeito à qualificação técnica (art. 30, II) e no que se refere aos requisitos mínimos a serem observados para classificação das propostas, de modo a poder excluir as que, sob o ponto de vista técnico, não sejam as mais adequadas para a Administração, conforme o permite o artigo 48, I.

A preferência do legislador pelo critério do preço foi a tal ponto que, mesmo na licitação de “melhor técnica”, é o critério do preço que acabará prevalecendo sobre o da técnica. Isto é o que decorre do procedimento estabelecido pelo artigo 46, § 1º: abertos os envelopes contendo as propostas técnicas e feita sua classificação pela ordem de preferência, serão abertos os envelopes contendo as propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no ato convocatório (devendo os demais ser desclassificados com base no art. 48, I, e receber, de volta, fechados, os envelopes com o preço). Se a melhor técnica coincidir com o menor preço, a seleção está decidida; se, porém, a melhor proposta técnica não for a de menor preço, a Comissão deverá abrir uma negociação com o proponente mais bem classificado tecnicamente para tentar fazê-lo reduzir os preços, tendo como limite a proposta de menor preço apresentada entre os licitantes classificados. Não conseguindo essa redução, será feita negociação com o segundo colocado e com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação.

O legislador está admitindo que a melhor técnica seja desprezada em benefício do menor preço. Por isso, repita-se, a Comissão deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos de qualificação técnica (art. 30, II), de modo a poder considerar inabilitados os licitantes que não comprovem ter experiência, instalações, recursos humanos e

materiais indispensáveis para a execução do objeto pretendido; e deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos da proposta, no que diz respeito às especificações da obra ou serviço a ser realizado, de modo a ter elementos para desclassificar as propostas que não sejam tecnicamente adequadas. Por outras palavras, o ato convocatório deve ser feito de tal forma que permita classificar apenas as propostas que apresentem critérios de excelência na realização da obra ou serviço; é o único modo possível para tentar reduzir os males a que a preferência do legislador pode conduzir.

Na licitação de “técnica e preço”, observar-se-ão, para classificação das propostas técnicas, os mesmos critérios estabelecidos para licitação de “melhor técnica”, ou seja, serão classificadas as propostas técnicas de acordo com os critérios estabelecidos no ato convocatório; a seguir, será feita a classificação das propostas de preços; finalmente, a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a “média ponderada” das valorações atribuídas às propostas, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (art. 46 § 2º).

Em qualquer modalidade (preço, técnica ou técnica e preço), no caso de haver empate entre as propostas, aplicar-se-á o artigo 3º, § 2º, que determina seja dada preferência, como critério de desempate, aos bens e serviços: I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no país; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras. Persistindo o empate, será feito o sorteio (art. 45, § 2º). O inciso I não tem mais aplicação, porque o conceito de empresa brasileira de capital nacional desapareceu com a revogação do artigo 171 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 6, de 15-8-95. Tal conceito permaneceu apenas para os fins previstos na Lei nº 8.348, de 23-10-91. (Sobre o tema, v Di Pietro, Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 215-219.

Também em qualquer das modalidades referidas, a Comissão de licitação ou autoridade responsável pelo convite deve desclassificar as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório, mesmo em se tratando de exigências apenas formais; bem como as propostas com valor global superiores ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificada no ato convocatório da licitação” (art. 48).

Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para a apresentação de outras, escoimadas das causas que deram margem à desclassificação, facultada, no caso de convite, a redução desse prazo para três dias (art. 48, parágrafo único).

Do julgamento das propostas cabe recurso com efeito suspensivo (art. 109, I, b, e § 2º).

9.7.1.4 HOMOLOGAÇÃO

O artigo 43, inciso VI, da Lei nº 8.666 prevê, como ato final do procedimento, a “deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

Houve, aqui, uma inversão nos atos finais do procedimento. Anteriormente a essa lei, a adjudicação era o ato final praticado pela própria Comissão de licitação, após o que vinha a homologação pela autoridade competente.

Agora, os dois atos ficam fora da atuação da Comissão e passam a ser de competência da autoridade superior.

A homologação equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indicada nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível.

Se o procedimento estiver em ordem, ela o homologará. A mesma autoridade pode, por razões de interesse público devidamente demonstradas, revogar a licitação (v. item 9.8).

9.7.1.5 ADJUDICAÇÃO

A adjudicação é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação.

É o ato final do procedimento.

Feita a adjudicação, a Administração convocará o adjudicatário para assinar o contrato, devendo fazê-lo no prazo de 60 dias da data da entrega das propostas; ultrapassado esse prazo, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos (art. 64, § 3º).

Se o interessado não atender à convocação no prazo estabelecido pela Administração, perderá o direito à contratação e ficará sujeito às penalidades previstas no artigo 87; o prazo de convocação pode ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado durante seu transcurso pela parte e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração (art. 64, § 1º).

Caso o interessado não atenda à convocação, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, pela ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório; ou pode revogar a licitação, sem prejuízo da sanção prevista no artigo 87 (art. 64, § 2º).

Os licitantes remanescentes, porém, não são obrigados a aceitar o contrato, já que, se o fizerem, terão que sujeitar-se às condições propostas pelo vencedor; assim, não ficam sujeitos às penalidades administrativas, conforme determina o artigo 81, parágrafo único.

9.7.2 Procedimento da tomada de preços

Não há muita diferença entre o procedimento da concorrência e a tomada de preços. A diferença básica está no prazo de antecedência na publicação do edital, que é de 15 dias (art. 21, § 2º, III) e na fase de habilitação. Ela é feita antes do procedimento da licitação, para os inscritos no registro cadastral; e é feita durante o procedimento para os que apresentarem a documentação necessária ao cadastramento “até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (art. 22, § 2º). A qualificação aí referida é a de que trata o artigo 27.

Assim, no curso do procedimento, se somente se inscreverem licitantes cadastrados, a Comissão encarregada da licitação limitar-se-á a examinar certificado de registro cadastral, para verificar sua validade, quer no que se refere ao prazo, quer no que se refere à categoria do licitante em relação às exigências da licitação.

Se outros se apresentarem sem o certificado, mas com a documentação exigida para esse fim até o terceiro dia útil anterior ao recebimento das propostas, a Comissão, na fase de habilitação, deverá examinar essa documentação (v item 9.7.1.2).

Quanto ao mais, as fases são as mesmas da concorrência.

9.7.3 Procedimento do convite

No convite, o procedimento é simplificado: a convocação dos licitantes é feita por escrito, com cinco dias úteis de antecedência, mediante carta-convite dirigida a pelo menos três interessados, escolhidos pela unidade administrativa, e mediante afixação, em local apropriado, da cópia do instrumento convocatório, sendo facultada, ainda, a publicação no Diário Oficial (v item 9.6.3)

Recebidos os envelopes com as propostas, seguem-se a classificação, adjudicação e homologação.

O procedimento pode ser redigido por servidor designado pela autoridade competente, não sendo obrigatória a comissão de licitação (art. 51, § 1º).

9.7.4 Procedimento do concurso

A Lei nº 8.666 não estabelece o procedimento a ser adotado no concurso, remetendo sua disciplina a regulamento próprio, específico para cada concurso.

Apenas consta da lei que o edital deve ser publicado com 45 dias de antecedência (art. 21, § 2º, I, a) e que o regulamento deverá indicar: I - a qualificação exigida dos participantes; II - as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; III - as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos (art. 52, § 1º).

9.7.5 Procedimento do leilão

Também com relação ao leilão, a Lei nº 8.666 não estabelece o procedimento específico, remetendo a matéria à “legislação pertinente” (art. 53).

Sendo modalidade de licitação utilizada para a alienação de bens móveis, deve observar as normas do artigo 17, que exige demonstração do interesse público e avaliação; esta última exigência é repetida no artigo 53, § 1º, sendo o valor da avaliação o preço mínimo de arrematação.

O leilão pode ser feito por leiloeiro oficial ou servidor designado pela Administração (art. 53); os bens serão pagos a vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5%; após a assinatura da ata lavrada no local do leilão, os bens serão entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo previsto no edital, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido (art. 53, § 2º).

Conforme § 4º do artigo 53, o edital do leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se vai realizar.

9.8 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO

O artigo 49 da Lei nº 8.666 prevê a possibilidade de revogação da licitação por interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e

suficiente para justificar tal conduta, bem como a obrigatoriedade de sua anulação por ilegalidade, neste último caso podendo agir de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Nos termos do § 1º, a anulação do procedimento não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 59, ou seja, ressalvada a hipótese da ilegalidade ser imputável à própria Administração; nesse caso, deverá ela promover a responsabilidade de quem lhe deu causa.

O § 2º acrescenta que a nulidade do procedimento induz a do contrato ficando a Administração obrigada a “indenizar” o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável (art. 49, § 2º, combinado com art. 59, parágrafo único).

Os dispositivos são inúteis porque, ainda que não estivessem presentes, as normas neles constantes seriam aplicáveis, pelo reconhecimento da autotutela administrativa como princípio inerente à função administrativa do Estado; aceito pela doutrina, foi consagrado pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que reconhece à Administração o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitados os direitos adquiridos.

A observação cabível é quanto à necessidade de ocorrência de fato superveniente e de motivação para que o procedimento da licitação possa ser revogado por motivo de interesse público. Em caso de prejuízo para o licitante, deve o mesmo ser indenizado, desde que devidamente comprovado.

A anulação pode ser parcial, atingindo determinado ato, como a habilitação ou classificação. Como desses atos cabe recurso, se a Comissão der provimento, reconhecendo a ilegalidade, ela deverá invalidar o ato e repeti-lo, agora escoimado de vícios; isto se a invalidação não for verificada posteriormente, quando já se estiver na fase subsequente; neste caso, deverá ser anulado todo o procedimento.

O § 3º do artigo 49 estabelece que, no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Essa norma se completa com a do artigo 109, I, c, que prevê recurso do ato de anulação ou revogação, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata. A esse recurso a autoridade competente pode atribuir efeito suspensivo, com base no § 2º do mesmo dispositivo.

9.9 RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Recurso administrativo, em sentido amplo, é expressão que designa todos os meios postos à disposição dos administrados para provocar o reexame dos atos da Administração.

O artigo 109 da Lei nº 8.666 prevê os recursos administrativos cabíveis dos atos decorrentes da licitação e do contrato: recurso, representação e pedido de reconsideração.

O recurso (em sentido estrito), deve ser interposto no prazo de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

1. habilitação ou inabilitação;
2. julgamento das propostas;
3. anulação ou revogação da licitação;

4. indeferimento do pedido de inscrição em registro-cadastral, sua alteração ou cancelamento;
5. rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do artigo 79;
6. aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

O recurso contra a habilitação tem necessariamente efeito suspensivo; aos demais recursos a autoridade competente pode, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva (art. 109, § 2º).

O processamento obedece às normas dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo: deve ser dado o prazo de cinco dias úteis aos demais licitantes para impugnar o recurso; este deve ser dirigido à autoridade superior, por intermédio da mesma autoridade que praticou o ato impugnado, a qual poderá, também no prazo de cinco dias úteis, reconsiderar a sua decisão ou fazê-lo subir, devidamente informado, à autoridade superior, que terá o prazo de cinco dias úteis, a contar do recebimento, para proferir a sua decisão, sob pena de responsabilidade. No caso de convite, os prazos para recorrer se reduzem a dois dias úteis (§ 6º).

Nos casos em que não cabe recurso, o interessado poderá interpor representação no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato.

O pedido de reconsideração é cabível com relação a ato de Ministro de Estado ou Secretário estadual ou municipal, no caso de aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração; o prazo para pedir reconsideração é de 10 dias úteis da intimação do ato, também reduzido a dois dias úteis no caso de convite (§ 6º).

Note-se que o artigo 113, § 1º da Lei nº 8.666 permite que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica represente ao Tribunal de Contas contra irregularidade na aplicação de suas normas. O preceito amolda-se ao artigo 74, § 2º, da Constituição de 1988, segundo o qual “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Capítulo 10 - Administração Indireta

10.1 DESCENTRALIZAÇÃO

10.1.1 Descentralização e desconcentração

Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica.

Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir o seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia.

A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.

10.1.2 Descentralização política e administrativa

O tema pode ser analisado sob o ponto de vista político e administrativo.

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal.

As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; as suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais.

Os vocábulos autonomia e administração expressam bem a distinção. Autonomia, de autós (próprio) e nómos (lei) significa o poder de editar as próprias leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição; nesse sentido, só existe autonomia onde haja descentralização política.

Auto-administração dá idéia de capacidade de gerir os próprios negócios, mas com subordinação a leis postas pelo ente central; é o que ocorre na descentralização administrativa.

Normalmente se combinam as duas modalidades de descentralização, outorgando-se aos entes locais (Estados e Municípios) uma parcela de competência própria que podem

exercer com autonomia (sem subordinação a leis federais) e fixando-se uma parcela de competências concorrentes em que as leis locais se subordinam às leis federais; além disso, criam-se entidades com personalidade jurídica própria, com capacidade de auto-administração, porém sem autonomia.

10.1.3 Modalidades de descentralização administrativa

Não há uniformidade entre os doutrinadores na maneira de classificar a descentralização administrativa. Alguns consideram duas modalidades:

1. descentralização territorial ou geográfica; e
2. descentralização por serviços, funcional ou técnica.

Outros fazem uma classificação tripartite que abrange, além dessas duas, a descentralização por colaboração. Esta classificação será aqui adotada por apresentarem, as três modalidades, características próprias que justificam a inclusão em categorias diversas.

10.1.3 .1 DESCENTRALIZAÇÃO TERRITORIAL

Descentralização territorial ou geográfica é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica.

São características desse ente descentralizado:

1. personalidade jurídica de direito público;
2. capacidade de auto-administração;
3. delimitação geográfica;
4. capacidade genérica, ou seja, para exercer a totalidade ou a maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade;
5. sujeição a controle pelo poder central.

Este tipo de descentralização é o que ocorre nos Estados unitários, como França, Portugal, Itália, Espanha, Bélgica, constituídos por Departamentos, Regiões, Províncias, Comunas, e é o que se verificava no Brasil, à época do Império.

No Brasil de hoje, podem ser incluídos nessa modalidade de descentralização os territórios federais, que não integram a federação, mas têm personalidade jurídica de direito público, são geograficamente delimitados e possuem capacidade genérica, que abrange serviços de segurança, saúde, justiça etc.

É importante realçar que a descentralização administrativa territorial nem sempre impede a capacidade legislativa; só que esta é exercida sem autonomia, porque subordinada a normas emanadas do poder central.

10.1.3.2 DESCENTRALIZAÇÃO POR SERVIÇOS

Descentralização por serviços, funcional ou técnica é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode se dar por meio de lei e corresponde, basicamente, à

figura da autarquia, mas abrange também fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que exerçam serviços públicos.

Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como serviço público descentralizado: trata-se de determinado serviço público que se destaca da pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) e ao qual se atribui personalidade jurídica própria, também de natureza pública; entende-se que o ente instituído deve ter a mesma capacidade pública, com todos os privilégios e prerrogativas próprios do ente instituidor. Não é por outra razão que o Decreto-lei nº. 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, de fine apenas a autarquia como entidade que presta serviço público típico do Estado.

Todavia, o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles transferiram a titularidade e a execução de serviço público, com o mesmo processo de descentralização; a diferença está em que os privilégios e prerrogativas são menores, pois a entidade só usufrui daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins.

Isso ocorre, não só no Brasil, mas em outros países onde se multiplicam as variedades de entes descentralizados. Para citar apenas o direito francês, onde o nosso direito administrativo se inspirou em grande parte, lembramos que o *établissement public* (estabelecimento público), que correspondia originariamente às nossas autarquias, hoje é denominação genérica que abrange entidades com personalidade pública e privada.

No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei.

Esse processo de descentralização envolve, portanto:

1. reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado;
2. existência de órgãos próprios, com capacidade de auto-administração exercida com certa independência em relação ao poder central;
3. patrimônio próprio, necessário à consecução de seus fins;
4. capacidade específica, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialização, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram a sua criação;
5. sujeição a controle ou tutela, exercido nos limites da lei, pelo ente instituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei precisamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria a sua instituição.

Aliás, para assegurar-se essa independência, o ideal seria que os dirigentes dessas entidades fossem eleitos por seus próprios membros, o que raramente ocorre. Em regra, a escolha dos dirigentes fica por conta da Administração direta, ocupando eles cargos de confiança do Chefe do Executivo; isso cria uma vinculação prejudicial à independência da entidade, que acaba sendo dirigida pela própria pessoa jurídica que a criou

precisamente para dar-lhe certa “autonomia ; torna-se, pois imperfeita e por vezes, inútil e onerosa a descentralização.

Note-se que a instituição de entidades descentralizadas prende-se essencialmente a razões de ordem técnico-administrativa; o acréscimo de encargos assumidos pelo Estado prestador de serviços (Estado do Bem-estar) aconselha a descentralização de atividades que, pelo elevado número e complexidade, não poderiam ser executadas a contento se mantidas nas mãos de uma única pessoa jurídica. A descentralização, além de aliviar o órgão central de certo número de atividades, ainda traz o benefício da especialização; com a criação da entidade, formar-se-á (ou deveria formar-se) um corpo técnico, especializado na execução do serviço que lhe foi confiado.

10.1.3.3 DESCENTRALIZAÇÃO POR COLABORAÇÃO

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço.

Comparando-se esta modalidade com a anterior, verifica-se que, naquela, a descentralização é feita por lei, que cria uma pessoa jurídica pública, à qual atribui a titularidade e a execução do serviço, colocando-a sob a tutela do poder público (controle nos limites da lei). Vale dizer que o ente que cria a entidade perde a disponibilidade sobre o serviço, pois, para retomá-lo, depende de lei.

A descentralização por colaboração é feita por contrato (concessão de serviço público) ou ato unilateral (permissão de serviço público), pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a execução de serviço público, conservando o poder público a sua titularidade. Isto lhe permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, porque o poder público é que detém a titularidade do serviço, o que não ocorre nesta última.

Originariamente, nessa forma de descentralização por colaboração, o poder público delegava a execução do serviço a pessoas jurídicas já constituídas com capital exclusivamente privado; e essa era a sua vantagem, ou seja, a possibilidade de realizar grandes serviços sem dispêndio de capital público, além de manter, o poder concedente, a disponibilidade sobre o serviço.

Mais recentemente, adotou-se o procedimento de delegar-se a execução do serviço público a empresas sob controle acionário do poder público, referidas, na Constituição, como categoria própria, diversa das empresas públicas e sociedades de economia mista (arts. 37, XVII, e 165, § 5º, II).

Embora sem a grande vantagem originária das concessões (realização do serviço sem dispêndio de capital público), o procedimento é legal, desde que assegurada ao poder público a disponibilidade sobre o serviço.

Agora, sob o impulso da chamada Reforma do Estado e da privatização, volta a concessão de serviços públicos a ser utilizada sob a forma originária, de delegação a empresas privadas. Isto está sendo feito por dois caminhos: pela desestatização (com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado, com o que tais empresas deixam de estar sob o controle acionário do Estado) e pela abertura de licitação para outorga de novas concessões.

10.1.4 Evolução

A época do Estado liberal, em que a sua atividade se restringia quase exclusivamente à defesa externa e segurança interna, não havia grande necessidade de descentralização das atividades administrativas, mesmo porque as funções de polícia são, em geral, indelegáveis, pelo fato de implicarem autoridade, coerção sobre o indivíduo em benefício do bem-estar geral; com relação a elas, são incompatíveis os métodos do direito privado, baseados no princípio da igualdade. A essa época, o conceito de serviço público ligava-se sem contestação ao regime jurídico administrativo. Esse podia ser considerado o critério mais adequado para distinguir o serviço público da atividade particular.

À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados, e que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial; em alguns países, como a Alemanha, isso foi feito com fins de socialização e, em outros, especialmente nos subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

Com isso, o próprio conceito de serviço público entrou em crise, já que os chamados serviços industriais e comerciais, antes executados exclusivamente por particulares, passaram a ser desempenhados também pela Administração Pública, sob regime predominante de direito privado; como consequência, o regime jurídico deixou de ser a baliza que delimitava os conceitos de serviço público e particular.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, por meio de concessão, cuja vantagem, já assinalada, era a possibilidade que tinha o Estado de prestar serviço público essencial, sem necessidade de inverter recursos públicos e sem correr os riscos do empreendimento.

À medida que o poder público foi tendo que interferir na vida da empresa concessionária, para assegurar a consecução dos interesses gerais, foi necessária também a sua ajuda financeira cada vez maior. Construíam-se teorias objetivando assegurar o equilíbrio econômico do contrato e possibilitar a continuidade na prestação do serviço. Quando o Estado começou a participar dos riscos do empreendimento, a concessão foi perdendo o seu interesse e buscaram-se novas formas de descentralização.

As autarquias, por terem capacidade pública semelhante à da Administração Pública, foram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado, embora no direito brasileiro muitas tenham sido criadas para desempenhar atividade econômica, como as Caixas Econômicas, depois transformadas em empresas públicas. Foi, em especial, a idéia de especialização que norteou a criação dessas entidades.

Já para a atividade comercial ou industrial do Estado, mostrou-se mais adequada a forma empresarial.

Com o declínio das concessões, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Nas primeiras, o que atraiu o poder público foi, de um lado, a possibilidade de, em uma única empresa voltada para a execução de serviço público de natureza comercial e industrial, acumular grande volume de recursos financeiros que o

Estado, sozinho, não conseguiria levantar, e, de outro, a possibilidade de atuar sob o mesmo regime das empresas privadas.

No início deste século, começou-se a apontar o principal aspecto negativo da sociedade de economia mista, a saber, o conflito de interesses entre o Estado e o particular; o primeiro, visando ao interesse geral, procura fixar preços mais baixos, acessíveis para a população; o segundo objetiva o lucro e, por essa razão, quer os preços mais elevados.

Daí a instituição de empresas públicas, em que o capital é inteiramente público.

Ocorre que, com a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, ampliou-se, mais uma vez, a atuação estatal, para abranger, não apenas as atividades de natureza industrial e comercial exercidas como serviços públicos (transportes, energia, luz, gás etc.), mas a atividade industrial e comercial de natureza privada que o Estado precisava exercer a título de intervenção no domínio econômico, ou seja, não para assumir como sua uma atividade que o particular não desempenhava a contento, mas sim para subsidiar a iniciativa privada quando ela fosse deficiente. Daí o ressurgimento da sociedade de economia mista.

Posteriormente, e acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, voltou-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar a execução do serviço a empresa particular, mas a empresa sob controle acionário do Estado conforme referido no item anterior.

No momento atual, vive-se a fase das privatizações, como forma de diminuir o aparelhamento do Estado. Utilizam-se vários instrumentos, entre eles a concessão e a permissão de serviços públicos em sua forma tradicional, em que a delegação é feita a empresa privada.

10.1.5 A descentralização administrativa no direito positivo brasileiro

10.1.5.1 A CONFUSÃO DO LEGISLADOR

O Decreto-lei nº. 200, de 25-2-67, que dispõe sobre a reforma administrativa federal, incluiu entre os seus princípios norteadores, o da descentralização; nos termos do artigo 10, § 1º., esta se fará em três planos:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

No primeiro caso, não há descentralização, mas desconcentração; no segundo, há apenas cooperação entre governos federal, estadual e municipal para a execução de serviços de interesse comum; na terceira, com a referência

a contrato, há apenas execução indireta de obras e serviços por terceiros, conforme previsto no artigo 9º. do Decreto-lei nº. 2.300, de 21-11-86. Apenas com a referência à concessão pode-se entender que o termo descentralização foi empregado adequadamente, abrangendo a descentralização por colaboração.

As demais modalidades não se enquadram nos processos de descentralização já referidos.

Por sua vez, o artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200 divide a Administração Pública em Direta e Indireta. A administração direta compreende os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e na dos Ministérios. A administração indireta abrangia, na redação original, as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, equiparando as fundações às empresas públicas.

O Decreto-lei nº. 900, de 29-9-69, no artigo 3º., expressamente declarou que as fundações instituídas por lei federal não integravam a administração indireta, mas se subordinavam à supervisão ministerial, desde que recebessem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Posteriormente, o Decreto-lei nº. 2.299, de 21-11-86, incluiu as fundações federais entre os órgãos da administração indireta, mas apenas para fins de sujeição às normas de fiscalização, controle e gestão financeira e para fins de inclusão de seus cargos, empregos e funções no Plano de Classificação de Cargos estabelecido para a administração direta; apenas excluiu as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

Finalmente, a Lei nº. 7.596, de 10-4-87, deu nova redação ao artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200, nele incluindo as “fundações públicas”. De modo que, hoje são entidades da administração indireta, na órbita federal, segundo esse decreto-lei, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

O Decreto-lei nº. 200 tem sido objeto de crítica, nessa parte, por não abranger todas as entidades da administração indireta e por incluir, entre elas, algumas que não são. Com efeito, se era intenção do legislador mencionar, com a expressão “administração indireta”, as entidades que prestam serviços públicos descentralizados, ele o fez de maneira imperfeita; primeiro, porque não mencionou as entidades que são concessionárias e permissionárias de serviços públicos (descentralização por colaboração) e que exercem administração indireta ou descentralizada; segundo, porque só considerou como empresas públicas e sociedades de economia mista as que exercem atividade econômica, as quais não são entidades descentralizadas.

Isto porque só existe descentralização quando o poder público destaca um serviço público que lhe é próprio para transferi-lo, por descentralização, a outra entidade, com personalidade jurídica própria; ninguém pode delegar uma atribuição que não lhe pertence.

Ocorre que a atuação do Estado não se limita aos serviços públicos; ele às vezes sai da órbita de ação que lhe é própria e vai atuar no âmbito de atividade reservada essencialmente à iniciativa privada; trata-se da atividade de intervenção, que compreende, além da regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada (intervenção indireta), também atuação direta no domínio econômico, o que se dá por meio de empresas estatais (intervenção direta).

Nesse caso, não se trata de atividade assumida pelo Estado como serviço público; é atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio (nos casos indicados no art. 177 da Constituição) ou em regime de competição com a iniciativa privada, conforme o determine o interesse público ou razões de segurança (art. 173). O Estado exerce essa atividade a título de intervenção no domínio econômico, conservando a natureza da atividade como tipicamente privada; por isso mesmo, ele se

submete às normas de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Constituição.

Não se pode, pois, tecnicamente, considerar essas empresas que exercem atividade econômica como entidades da administração indireta; somente se pode considerar corretos os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, contidos no artigo 5º. do Decreto-lei nº. 200, se se considerar a expressão “atividade econômica” em sentido amplo, abrangendo a de natureza privada (exercida a título de intervenção no domínio econômico) e a de natureza pública (assumida pelo Estado como serviço público, comercial ou industrial, como, por exemplo, o de transportes, de navegação aérea, de distribuição de gás).

Com essa abrangência ampla dada à expressão “atividade econômica”, usada no artigo 5º. do Decreto-lei nº. 200, fica superada a deficiência conceitual de empresa pública e sociedade de economia mista e chega-se a uma conclusão quanto ao sentido em que o legislador empregou a expressão administração indireta naquele dispositivo. Não se referiu à administração pública como atividade (sentido objetivo), mas como sujeito (sentido subjetivo). Desse modo, administração indireta, no artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200, significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico.

Na realidade, o direito brasileiro tem os dois tipos de empresas estatais: as que prestam serviços públicos (comerciais e industriais do Estado) e as que exercem atividade econômica de natureza privada.

Essa distinção decorre agora, claramente, da Constituição Federal; dentro do título concernente à ordem econômica e financeira, o primeiro capítulo, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, contém duas normas diversas aplicáveis às empresas estatais, conforme desempenhem uma ou outra atividade:

1. o artigo 173, depois de estabelecer, no caput, que 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, determina, no § 1º., inciso II (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 4-6-98), a “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”; e acrescenta, no § 2º., que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado;

2. o artigo 175 atribui ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos; o parágrafo único prevê lei que venha a dispor sobre:

I - o regime das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

346 DIREITO ADMINISTRATIVO

II - os direitos dos usuários;

III - a política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. A referência expressa a contrato faz-nos colocar em dúvida, como já o fazíamos antes da atual Constituição, a possibilidade de a Administração Pública fazer a concessão por lei.

Diante desses dois dispositivos constitucionais, pode-se concluir que, quanto ao tipo de atividade e ao regime jurídico, existem duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro:

1. as que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 e que se submetem ao regime próprio das empresas privadas; como é a Constituição que estabelece essa regra geral de submissão ao direito privado, qualquer derrogação a essa regra tem que ter fundamento na própria Constituição; não se aplicam a essas empresas as leis ordinárias que derrogam o direito comum;
2. as que desempenham serviços públicos e que se submetem ao artigo 175; embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esse princípio constam não apenas da própria Constituição, como também de leis ordinárias; aqui as derrogações podem ser maiores, porque não encontram a barreira da norma constitucional que determinou a adoção desse regime.

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei Complementar nº. 7, de 6-11-69, que estabelece o estatuto das entidades descentralizadas, diz, no artigo 2º., que a descentralização se efetivará mediante a constituição de:

I - autarquias;

II - empresas públicas e empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua administração centralizada ou descentralizada; e

III - fundações.

Não definiu essas entidades e andou melhor do que o legislador federal ao falar, genericamente, em empresas de que o Estado tenha participação majoritária; com essa expressão abrange tanto as sociedades de economia mista como as empresas estatais que não tenham essa natureza, por faltar-lhes algum requisito essencial, mas que exercem serviços públicos descentralizados do Estado e que, por isso, mesmo, compõem a administração indireta ou descentralizada.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 4-4-1990, no artigo 80, II, inclui na Administração Indireta as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e outras entidades dotadas de personalidade jurídica.

10.1.5.2 A EXPRESSÃO “ADMINISTRAÇÃO INDIRETA” NA CONSTITUIÇÃO

Diante da confusão de terminologia e de conceitos da legislação ordinária, a grande dificuldade está em saber em que sentido a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 19/98, usa a expressão administração indireta. E ela o faz em vários dispositivos: no artigo 37, caput, fala em “administração pública direta e indireta”; no artigo 49, X, fala em fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta; no artigo 70, fala em fiscalização da “União e das entidades da Administração Direta e Indireta”; no artigo 71, II, ainda referente à fiscalização, fala em responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público”; no inciso subsequente, usa expressões semelhantes, excluindo a menção a “sociedades”; já no artigo 74, que cuida do controle interno, faz referência a “órgãos e entidades da Administração Federal”, bem como à aplicação de recursos por “entidades de direito privado”; no artigo 165, § 5º., I e III,

menção “entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”; idêntica redação é usada no artigo 169, § 1º.

Lamentável, como se vê, a falta de técnica legislativa.

Houve certa insistência do constituinte em mencionar “a administração indireta, inclusive as fundações”, como se estas não fizessem parte daquela; isto se deu ou porque se conviveu, desde a entrada em vigor do Decreto-lei nº. 200/67, com um sistema em que as fundações não integravam a administração indireta, desconhecendo, o constituinte, a Lei nº. 7.596, que mudou essa sistemática; ou porque se quis deixar estreme de dúvidas a aplicação de certas normas constitucionais a esse tipo de entidade, precisamente pelo fato de anteriormente ela ter sido excluída; ou porque é o tipo de entidade que mais tem provocado controvérsias quanto à sua natureza jurídica.

De qualquer forma, hoje não há mais dúvida de que as fundações instituídas e mantidas pelo poder público integram a administração indireta, seja federal, estadual ou municipal, de modo que, mesmo nos dispositivos em que não há menção expressa às fundações, elas são alcançadas pela expressão “administração indireta” como ocorre nos artigos 49, X, e 70; ambos se referem à fiscalização e não seria aceitável que a mesma não abrangesse as fundações; note-se que, mesmo quando eram excluídas do artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200, já se sujeitavam às normas sobre controle.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, há de se entender que todas elas foram incluídas no conceito constitucional de “administração indireta”, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou de atividade econômica de natureza privada, que é o sentido comum, que se vulgarizou, apesar da conceituação falha contida no artigo 5º., II e III, do Decreto-lei nº. 200. Caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de excluir as empresas prestadoras de serviços públicos do alcance de determinadas normas constitucionais que são mais importantes precisamente com relação a elas: é o que ocorre com a norma do artigo 37, que estabelece os princípios da Administração Pública.

Ficaram, no entanto, excluídas da expressão “administração indireta” as empresas estatais sob controle acionário do Estado, mas que não têm a natureza de empresas públicas ou sociedades de economia mista; quando quis alcançá-las, o constituinte as mencionou expressamente, como nos artigos 37, XV e 71, II; a maioria delas desempenha serviços públicos, incluindo-se na categoria de concessionárias de serviços públicos.

Em resumo, a Constituição usa a expressão “administração indireta” no mesmo sentido subjetivo do Decreto-lei nº. 200, ou seja, para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico.

10.2 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

10.2.1 Modalidades e natureza jurídica

Compõem a administração indireta, no direito positivo brasileiro, as autarquias, as fundações instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado.

Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público; a fundação pode ser de direito público ou privado, dependendo do regime que lhe for atribuído pela lei instituidora, as demais são pessoas jurídicas de direito privado. Importa, portanto, em primeiro lugar, apontar a diferença que existe, quanto ao regime jurídico, entre as pessoas de direito público e as de direito privado.

10.2.2 Regime jurídico

Tem-se que analisar, em dois pontos extremos, as pessoas públicas e as pessoas de direito privado instituídas por particulares, para, depois, considerar as pessoas de direito privado instituídas pelo poder público, pois, por essa forma, ficará demonstrado que estas últimas se colocam num ponto intermediário, tendo algumas características de regime jurídico administrativo e outras de regime jurídico de direito comum. Celso Antonio Bandeira de Mello (1968:319), no que é seguido de perto por Lúcia Valle Figueiredo, indica vários critérios práticos para distinguir as pessoas públicas e as pessoas privadas constituídas por particular.

São características das pessoas privadas:

1. origem na vontade do particular;
2. fim geralmente lucrativo;
3. finalidade de interesse particular;
4. liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir seus próprios fins;
5. liberdade de se extinguir;
6. sujeição a controle negativo do Estado ou a simples fiscalização (poder de polícia);
7. ausência de prerrogativas autoritárias.

Já as pessoas públicas se caracterizam por:

1. origem na vontade do Estado;
2. fins não lucrativos;
3. finalidade de interesse coletivo;
4. ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos;
5. impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade;
6. sujeição a controle positivo do Estado;
7. prerrogativas autoritárias de que geralmente dispõem.

Ocorre que quando o Estado cria uma pessoa jurídica privada, ela aparece com praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas: elas são criadas e extintas pelo poder público; o seu fim principal não é o lucro, ressalvada a hipótese de sociedade de economia mista, em que o intuito lucrativo do particular se opõe ao interesse público visado pelo Estado; elas não podem afastar-se dos fins para os quais foram instituídas; sujeitam-se a controle positivo do Estado; e recebem, às vezes, algumas prerrogativas autoritárias.

E é compreensível que assim seja; se o Estado necessita de uma pessoa jurídica para exercer determinada atividade, ele a coloca no mundo jurídico e dele a retira quando lhe pareça conveniente ao interesse coletivo; ele fixa os fins que ela deve perseguir, sem os quais não se justificaria a sua existência; para obrigá-la a cumprir seus fins, o Estado

exerce sobre ela o controle estabelecido em lei; e ainda, para que ela atinja a esses fins, ele lhe outorga, na medida do que seja necessário, determinados privilégios próprios do poder público.

Assim, existem vários traços comuns entre o regime jurídico das pessoas públicas e o das pessoas de direito privado instituídas pelo Estado:

1. todas têm personalidade jurídica própria, o que implica direitos e obrigações definidos em lei, patrimônio próprio, capacidade de auto-administração, receita própria;
2. a sua criação é sempre feita por lei, exigência que consta agora do artigo 37, XIX, da Constituição;
3. a sua finalidade essencial não é o lucro e sim a consecução do interesse público;
4. falta-lhes liberdade na fixação ou modificação de seus próprios fins; é a própria lei singular que, ao criar a entidade, define o seu objeto, o qual só pode ser alterado por outra lei da mesma natureza;
5. elas não têm a possibilidade de se extinguirem pela própria vontade; sendo criadas por lei, só outra lei poderá extingui-las, em consonância com o princípio do paralelismo das formas; por isso mesmo, não se aplicam a essas entidades as formas normais de extinção previstas no direito civil e comercial;
6. a todas elas se aplica o controle positivo do Estado, o qual tem por finalidade verificar se a entidade está cumprindo os fins para os quais foi criada.

Onde está, portanto, a diferença entre as pessoas públicas e as pessoas privadas que compõem a Administração indireta do Estado?

A diferença primordial está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo (item 3.3.2), como auto-executoriedade, autotutela, possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos, impenhorabilidade de seus bens, juízo privativo, imunidade tributária, sujeição à legalidade, à moralidade, à licitação, à realização de concursos públicos etc.

As pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da administração direta, e as pessoas de direito privado só possuem as prerrogativas e sujeitam-se às restrições expressamente previstas em lei.

Além disso, nas relações dessas entidades com a pessoa jurídica instituidora (União, Estado ou Município) não existem praticamente diferenças entre as pessoas públicas e privadas; as normas são de direito público, precisamente para manter a vinculação entre a administração indireta e a direta; já quanto à forma de sua organização e nas relações com terceiros, aplica-se, para as pessoas jurídicas de direito privado, basicamente, o direito privado, salvo algumas alterações decorrentes expressamente de normas publicísticas. As pessoas jurídicas públicas sujeitam-se ao direito público, com a possibilidade de utilizar o direito privado em hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, na celebração de contratos de compra e venda, locação, comodato; as pessoas jurídicas privadas regem-se pelo direito privado, salvo quando houver norma de direito público dispondo de forma diversa.

Por outras palavras, a Administração Pública, ao instituir, com autorização em lei, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações de direito privado, está se socorrendo de meios de atuação próprios do direito privado; foi precisamente o regime jurídico de direito privado que levou o poder público a adotar esse tipo de

entidade, pois, sob esse regime, ela pode atuar com maior liberdade do que a Administração Pública Direta. No entanto, tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público.

Sendo o interesse público indisponível e sempre predominante sobre o particular, a adoção pura e simples do regime jurídico privado seria inaceitável, porque retiraria das entidades da Administração Indireta determinadas prerrogativas que lhes são reconhecidas precisamente para permitir a consecução de seus fins; do mesmo modo que, ao permitir-lhes atuar com autonomia de vontade, própria do direito privado, suprimir-se-iam as restrições legais que o direito público impõe e que constituem a garantia fundamental da moralidade administrativa e do respeito aos direitos dos administrados. As normas de direito público que derogam parcialmente o direito privado têm por objetivo assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação que caracteriza as pessoas jurídicas de direito privado.

Melhor dizendo, a Administração confere às suas pessoas jurídicas privadas os meios de atuação do direito privado considerados mais adequados para a execução de determinadas atividades; mas, simultaneamente, as submete, em parte, ao regime administrativo, na medida considerada essencial para a consecução daqueles mesmos fins. Em resumo, em todas as pessoas de direito privado criadas pelo Estado existe um traço comum: a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público.

Antes de iniciar a análise de cada uma das entidades da Administração Indireta, pode-se resumir da seguinte maneira as suas características:

1. a autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração direta; o seu regime jurídico pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios - pessoas públicas políticas - por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito; é pessoa pública administrativa, porque tem apenas o poder de auto-administração, nos limites estabelecidos em lei;
2. a fundação instituída pelo poder público caracteriza-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribui personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos; quando tem personalidade pública, o seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamada de autarquia fundacional, em oposição à autarquia corporativa; outros preferem falar em fundações públicas ou de direito público as fundações de direito privado regem-se pelo direito civil em tudo o que não for derogado pelo direito público;
3. a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei nº. 6.404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assume das pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 17 da Constituição);

4. a empresa pública é pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público (com possibilidade de participação das entidades da administração indireta) e organização sob qualquer das formas admitidas em direito;
5. a empresa sob controle acionário do Estado é pessoa jurídica de direito privado, que presta atividade econômica (pública ou privada), mas a que falta um dos requisitos essenciais para que se considerada empresa pública ou sociedade de economia mista; em geral, presta serviços públicos comerciais e industriais do Estado tendo, por isso, a natureza de empresa concessionária de serviço públicos, sujeita ao artigo 175 da Constituição.

As três últimas categorias podem ser abrangidas pela expressão “empresa estatal” ou “empresa governamental”, que utilizaremos sempre nesse sentido amplo.

10. 3 AUTARQUIAS

10.3.1 O vocábulo “autarquia”

Segundo José Cretella Júnior (1980:139), o termo autarquia, incorporado há cerca de três décadas ao nosso léxico, é formado de dois elemento justapostos: autós (= próprio) e arquia (= comando, governo, direção), significando, à letra, etimologicamente, “comando próprio, direção própria, auto-governo”.

Foi usado, pela primeira vez, em 1897, na Itália, por Santi Romano, ao escrever para a Enciclopédia Italiana, sobre o tema “decentramento amministrativo”; com o vocábulo autarquia, ele fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários; dessa forma, ele substitui a expressão ente autônomo, que é contraditória, porque “autonomia” designa o poder de estabelecer o próprio direito (autós = próprio e nómos = lei), poder esse de que não desfrutam os entes locais senão a título de delegação do poder central.

O vocábulo, com esse sentido, teve grande uso no direito italiano, até que o governo fascista entendeu necessário bani-lo do léxico jurídico, já que a doutrina dos entes autárquicos, defendendo parcela de independência para as entidades locais, dificultava a inteira subordinação das mesmas ao poder central. O direito positivo italiano voltou a empregar a expressão “ente autônomo” (cf. Enrico Gustapane, 1980:200-210).

Esses dados são importantes para realçar o fato de que o termo autarquia surgiu com significado um pouco diverso daquele empregado no direito brasileiro, pois designava as formas de descentralização territorial, próprias dos Estados unitários. Foi mais pelo trabalho de doutrinadores italianos, como Guido Zanobini e Renato Alessi, que se desenvolveu o conceito de autarquia como entidade da administração indireta (descentralização administrativa por serviço), que exerce serviço determinado, com as mesmas características e os mesmos efeitos da atividade administrativa do Estado.

10.3.2 Evolução no direito brasileiro

No Brasil já existiam entidades com natureza autárquica, antes que fosse elaborado o seu conceito, pela doutrina ou pela legislação.

Segundo alguns, a primeira autarquia teria sido a Caixa Econômica, instituída em 1861, portanto, pelo Governo Imperial; no entanto, controvérsias existem sobre a sua natureza jurídica.

A autarquia não foi incluída no artigo 14 do Código Civil, entre as pessoas jurídicas de direito público interno, pois começou a aparecer, especialmente no campo da previdência social, a partir de 1923, com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões.

O primeiro conceito legal de autarquia foi dado pelo Decreto-lei nº. 6.016, de 22-11-43 que a definia como “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

Atualmente, seu conceito legal consta do artigo 5º, I, do Decreto-lei nº. 200: “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. É de se notar que não consta desse preceito a natureza pública da sua personalidade; a essa circunstância acresce-se o fato de que a Constituição de 1967 (art. 163, § 2º.), em sua redação original, determinava que as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas; a falha foi corrigida pela Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, que, no artigo 170, § 2º., repetiu aquela norma, excluindo a referência às autarquias.

Mas parece ter-se repetido na atual Constituição, cujo artigo 173, § 1º., em sua redação original, fazia referência a “outras entidades que explorem atividade econômica”, incluindo-as entre as que se sujeitam ao direito privado; essa expressão abrangia autarquias, acaso existentes, que desempenhassem atividade econômica. Com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, o dispositivo implicitamente exclui as autarquias, pois faz expressa referência a empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Costuma-se apontar outra falha no conceito legal de autarquia, pelo fato de fazer referência ao exercício de “atividades típicas da Administração Pública”; alega-se que autarquias existem que prestam atividade econômica. A crítica é parcialmente procedente, porque o estudo da história das autarquias no direito brasileiro revela que muitas foram criadas para desempenhar atividade de natureza econômica, como as Caixas Econômicas e a Rede Ferroviária Federal. No entanto, essa fase parece estar superada, porque as chamadas autarquias econômicas foram sendo paulatinamente transformadas em pessoas jurídicas de direito privado, para funcionar como sociedades comerciais.

Além disso, se falha existe, não é propriamente no conceito do Decreto-lei nº. 200, mas na escolha da entidade autárquica para o exercício de atividades em que ela não se revela como a forma mais adequada.

10.3.3 Conceito e características

Há certo consenso entre os autores ao apontarem as características das autarquias:

1. criação por lei;
2. personalidade jurídica pública;
3. capacidade de auto-administração;
4. especialização dos fins ou atividades;
5. sujeição a controle ou tutela.

A criação por lei é exigência que vem desde o Decreto-lei nº. 6.016/43, repetindo-se no Decreto-lei nº 200 e constando agora do artigo 37, XIX, da Constituição.

Sendo pessoa jurídica, ela é titular de direitos e obrigações próprios, distintos daqueles pertencentes ao ente que a instituiu; sendo pública, submete-se a regime jurídico de direito público, quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios, sujeições. Em resumo, apresenta as características das pessoas públicas, já mencionadas no item 2.2. Daí Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:226) definir sinteticamente as autarquias, de forma muito feliz, como “pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa”.

Falando-se em capacidade de auto-administração, diferencia-se a autarquia das pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados e Municípios), que têm o poder de criar o próprio direito, dentro de um âmbito de ação fixado pela Constituição. Não é demais repetir que se deve evitar o termo “autonomia”, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se auto-administrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida.

A outorga de patrimônio próprio é acessório necessário sem o qual a capacidade de auto-administração não existiria.

A especialização dos fins ou atividades coloca a autarquia entre as formas de descentralização administrativa por serviços ou funcional, distinguindo-a da descentralização territorial; a autarquia desenvolve capacidade específica para a prestação de serviço determinado; o ente territorial dispõe de capacidade genérica para a prestação de serviços públicos variados. O reconhecimento da capacidade específica das autarquias deu origem ao princípio da especialização, que as impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas.

Finalmente, o controle administrativo ou tutela é indispensável para assegurar que a autarquia não se desvie de seus fins institucionais.

Outra idéia ligada à de autarquia é a de descentralização, porque ela surge precisamente quando se destaca determinado serviço público do Estado para atribuí-lo a outra pessoa jurídica; daí o seu conceito como “serviço público descentralizado” ou “serviço público personalizado”, ou, para usar expressão do Decreto-lei nº. 6.016, “serviço estatal descentralizado”.

Com esses dados, pode-se conceituar a autarquia como a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

10.3.4 Posição perante a administração pública e terceiros

Exercendo a autarquia um serviço público descentralizado, é necessário analisar a sua posição perante a pessoa jurídica política que a instituiu; e sendo todo serviço público uma atividade de interesse geral da coletividade, importa verificar também a posição da autarquia perante os particulares.

Perante a Administração Pública centralizada, a autarquia dispõe de direitos e obrigações; isto porque, sendo instituída por lei para desempenhar determinado serviço público, do qual passa a ser titular, ela pode fazer valer perante a Administração o direito de exercer aquela função, podendo opor-se às interferências indevidas; vale dizer que

ela tem o direito ao desempenho do serviço nos limites definidos em lei. Paralelamente, ela tem a obrigação de desempenhar as suas funções; originariamente, essas funções seriam do Estado, mas este preferiu descentralizá-las a entidades às quais atribuiu personalidade jurídica, patrimônio próprio e capacidade administrativa; essa entidade torna-se a responsável pela prestação do serviço; em consequência a Administração centralizada tem que exercer controle para assegurar que função seja exercida. Esse duplo aspecto da autarquia - direito e obrigação - dá margem a outra dualidade: independência e controle; a capacidade de auto-administração é exercida nos limites da lei; da mesma forma, os atos de controle não podem ultrapassar os limites legais.

Perante os particulares, a autarquia aparece como se fosse a própria Administração Pública, ou seja, com todas as prerrogativas e restrições que informam o regime jurídico-administrativo.

10.3.5 Classificação

Vários critérios costumam ser apresentados para classificar as autarquias. Alguns consideram o tipo de atividade, falando em autarquias:

1. econômicas, destinadas ao controle e incentivo à produção, circulação e consumo de certas mercadorias, como o Instituto do Açúcar e do Alcool;
2. de crédito, como as Caixas Econômicas (hoje transformadas em empresas públicas);
3. industriais, como as Estradas de Ferro (hoje também transformadas em empresas);
4. de previdência e assistência, como o INAMPS e o IPESP;
5. profissionais ou corporativas, que fiscalizam o exercício das profissões, como a OAB;
6. as culturais ou de ensino, em que se incluem as Universidades.

Esse tipo de classificação carece de relevância, tendo em vista que o tipo de atividade não altera o regime jurídico; além disso, sempre é possível surgirem autarquias com novas funções, que não se enquadram em nenhuma das categorias mencionadas.

Um outro critério é o da capacidade administrativa, que distingue dois tipos de autarquias:

1. a geográfica ou territorial, que é de capacidade genérica; e
2. a de serviço ou institucional, que é de capacidade específica.

Essas duas modalidades correspondem a duas das formas de descentralização já analisadas: a territorial e a por serviços.

O que as distingue é precisamente a capacidade administrativa. A autarquia territorial exerce múltiplas atividades no âmbito de seu território; praticamente se desincumbe das mesmas funções que normalmente são exercidas pelos Estados e Municípios, como distribuição de água, luz, gás, poder de polícia, proteção à saúde, educação; porém diferem desses entes por não terem capacidade política, ou seja, por não terem competência para legislar com autonomia em relação ao governo central. São dessa modalidade os Departamentos, Regiões, Comunas, Províncias, dos Estados Unitários e, no direito brasileiro, apenas os territórios federais.

As autarquias de serviços ou institucionais têm capacidade específica, ou seja, limitada a determinado serviço que lhes é atribuído por lei.

Um outro critério considera a estrutura das autarquias e as subdivide em:

1. fundacionais; e
2. corporativas.

Essa classificação é baseada na distinção que se contém no Código Civil entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação de outro (art. 16, I).

Na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Essa distinção tanto é aplicável às pessoas jurídicas privadas como às pessoas jurídicas públicas (autarquias institucionais). O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim de interesse público mas que diz respeito aos próprios associados, como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; e pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas, que não a integram como membros ou sócios, a exemplo do que ocorre com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas, as Universidades oficiais, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a beneficiar terceiros; o elemento humano que as compõe, compreendendo dirigentes e servidores, é mero instrumento para a consecução de seus fins.

A autarquia fundacional corresponde à figura da fundação de direito público, cuja existência alguns doutrinadores negam, por entenderem que todas as fundações são de direito privado e se regem pelo Código Civil.

A fundação pública é colocada, para aqueles que a aceitam (entre os quais nos colocamos), como modalidade de autarquia, porque seu regime jurídico é o das pessoas jurídicas públicas administrativas; quer nas relações perante a Administração Pública, quer nas relações com terceiros, elas se regem pelo direito público.

Finalmente, um último critério de classificação das autarquias considera o seu âmbito de atuação, distinguindo-as em federais, estaduais e municipais.

10.4 FUNDAÇÃO

10.4.1 Natureza jurídica e conceito

Com a denominação de fundações públicas, a Lei nº. 7.596, de 10-4-87, alterando a redação do art. 4º do Decreto-lei nº. 200, de 25-2-67, incluiu entre os órgãos da administração indireta as fundações públicas, definindo-as como pessoas jurídicas de direito privado.

Nem por isso se põe fim à discussão que se trava no direito brasileiro respeito de sua natureza jurídica, pública ou privada. De todas as entidades da administração indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às conseqüências que daí decorrem.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público, de outro, a que entende

possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil contém entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação de outro (art.16, I).

A distinção entre as duas modalidades de pessoa jurídica foi feita de modo preciso, no início do século, por Lacerda de Almeida (1905:66-67): “o que caracteriza in genere os estabelecimentos, e in specie as fundações, é servirem a um fim de utilidade pública - religioso, moral, científico, político ou mesmo industrial - e nisto se distinguem das associações ou corporações, as quais, posto possam ter fins idênticos ou análogos, não servem a tais fins, antes no alcançá-los buscam o seu próprio proveito, trabalham no interesse da coletividade, ou do ser ideal que a personifica. Por isso mesmo que são pessoas e não coisas e, como pessoas, têm em si próprias a razão de sua atividade, as associações ou corporações - admita-se a sinonímia desses vocábulos - as associações ou corporações são do mesmo modo e pelo mesmo título que as pessoas físicas, fim para si, trabalham, agem, movem-se, dirigem-se para servir a si próprias, tudo que fazem, fazem-no no interesse próprio; os direitos que adquirem, adquirem-nos para si e para si os exercem. As fundações, os institutos, os estabelecimentos são, ao contrário, estruturas destinadas a servir a certos fins de religião ou de beneficência ou de ciência ou arte etc., não são pessoas, mas coisas personificadas, não são fins para si, adquirem direitos e exercem-nos em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente. São patrimônios administrados; a personalidade deles pode considerar-se uma abstração”.

Sinteticamente, pode-se dizer que, na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Essa distinção é aplicável às pessoas jurídicas privadas como às pessoas jurídicas públicas. O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim que é ao mesmo tempo público (fiscalização do exercício da profissão) e de interesse específico dos associados (defesa dos interesses da classe), como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; como pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas, como ocorre com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a atingir terceiros estranhos a essas entidades; o elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução dos seus fins.

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação - pública ou privada - tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei nº. 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o artigo 2º., § 2º., da Lei de Introdução do Código Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

À vista dessas considerações, pode-se definir a fundação instituída pelo poder público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, a desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei.

Aí estão presentes as suas características:

1. dotação patrimonial, que pode ser inteiramente do poder público ou semi-pública e semi-privada;
2. personalidade jurídica, pública ou privada, atribuída por lei;
3. desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; com isto fica presente a idéia de descentralização de uma atividade estatal e também a de que a fundação é a forma adequada para o desempenho de funções de ordem social, como saúde, educação cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras; isto precisamente pelo fato dela objetivar fins que beneficiam terceiros estranhos à entidade;
4. capacidade de auto-administração; e
5. sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta, nos limites estabelecidos em lei.

10.4.2 Fundação de direito privado

Uma observação preliminar: mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito.

Todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a Administração Pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a administração indireta (art. 3º. do Decreto-lei nº. 900, de 29-9-69), ainda assim as submetia a esses tipos de controle.

A posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.

Qual a razão pela qual o legislador hesitou em incluir a fundação entre os órgãos da administração indireta?

Provavelmente foi a tentativa de manter-se fiel ao modelo do Código Civil, sem ter a consciência de que ele não é inteiramente adaptável às exigências do serviço público, cuja execução, sob qualquer modalidade, exige a observância de alguns dos princípios fundamentais do regime administrativo, em especial o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público e o da tutela. No entanto, paradoxalmente, a fundação (que doutrinadores dos mais respeitáveis insistem em afirmar que tem sempre natureza privada) é o tipo de pessoa jurídica que, quando instituída pelo poder público, mais se afasta da figura definida pelo direito comum.

Com efeito, examinada a fundação tal como se encontra estruturada pelo Código Civil, verifica-se que ela se caracteriza por ser dotada de um patrimônio a que a lei, mediante observância de certos requisitos, reconhece personalidade jurídica, tendo em vista a consecução de determinado fim. Até aí, apenas a noção categorial, pertinente à teoria geral do direito, perfeitamente enquadrável como pessoa pública ou privada.

Na fundação, o instituidor faz a dotação de determinada universalidade de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser a maneira de administrá-la; o seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público, a quem compete velar pela fundação.

O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição; a partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela ganha vida própria. O instituidor nenhum poder mais exerce sobre ela; seu ato é irrevogável. As alterações estatutárias têm que ser feitas por deliberação dos administradores da fundação, com observância do artigo 28 do Código Civil. O patrimônio da fundação destaca-se do patrimônio do fundador e com ele não mais se confunde. Na fundação, o instituidor, por um ato de liberalidade, destaca bens do seu patrimônio pessoal, desviando-os de um objetivo de interesse privado, para destiná-los a um fim de interesse alheio.

No âmbito da Administração Pública, a situação é diversa, ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil, como ocorre no Estado de São Paulo (art. 22 do Decreto-lei Complementar nº. 7, de 6-11-69). Em primeiro lugar, o poder público, ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-los a fins alheios que não sejam de interesse do próprio Estado. Este, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.

Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se institísse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixasse a fundação livre dos laços que a prendem à Administração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.

Acresce que a fundação governamental não tem, em geral, condições para adquirir vida própria, também por outra razão; a dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui. Por isso mesmo, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente.

O ato do poder público - como instituidor - não é irrevogável, ao contrário do que ocorre na fundação instituída por particular; o poder público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto pelo artigo 178 do Decreto-lei nº. 200, com a redação dada pelo Decreto-lei nº. 2.299 de 21-11-86.

Além disso, o poder público pode introduzir alterações na lei instituidora, da mesma forma que ocorre com as sociedades de economia mista e empresas públicas. Em todas elas existe uma parte das relações jurídicas que é regida por essa lei instituidora e imutável por via estatutária; e outra parte que a própria lei deixa para ser disciplinada pelo estatuto; para alterar a lei que rege a fundação, o Estado não depende de prévia decisão dos órgãos de direção da entidade.

Portanto, enquanto no direito privado a fundação adquire vida própria, independente da vontade do instituidor (que não poderá nem mesmo fiscalizar o cumprimento de sua manifestação de vontade, já que essa função foi confiada ao Ministério Público), a fundação instituída pelo Estado constitui instrumento de ação da Administração Pública, que se cria, mantém ou extingue na medida em que sua atividade se revelar adequada à consecução dos fins que, se são públicos, são também próprios do ente que a instituiu e que deles não pode dispor.

Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de “supervisão ministerial”, já visa assegurar a “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade (art. 26 do Decreto-lei nº. 200/67). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária prevista na Lei nº. 6.223, de 14-7-75, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5º, 169, parágrafo único).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo poder público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de as desvincular inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação por meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da Administração direta.

Já Pontes de Miranda ensinava que nas fundações instituídas pelo poder público, “há o poder de ingerência do Estado, que se não confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado” (RF-102/76).

10.4.3 Direito positivo brasileiro

No direito positivo, a matéria parece refletir as incertezas da doutrina a respeito do assunto.

A Constituição Federal de 1967, com a norma do artigo 99, § 2º, parecia não considerar as fundações como entidades da administração indireta, porque estendeu a proibição de acumular cargos, empregos ou funções às empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias; silenciou no que diz respeito às fundações. Isto não impediu que se considerassem alcançadas pela proibição as fundações com personalidade de direito público, que seriam modalidades de autarquias.

No âmbito da legislação ordinária federal, nota-se a indecisão do legislador: o Decreto-lei nº. 200/67, na redação original, não incluía as fundações no rol dos órgãos da administração indireta (art. 4º.), mas, no parágrafo único as equiparava às empresas públicas. O Decreto-lei nº. 900/69, no artigo 3º., expressamente determinava que as fundações instituídas por lei federal não integram a administração indireta, mas se subordinam à supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei nº. 200/67, desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Posteriormente, o Decreto-lei nº. 2.299, de 21-11-86, deu nova redação ao artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200, incluindo o § 2º, em cujos termos as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram a administração indireta, para fins de:

“a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;

b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos estabelecido pela Lei nº. 5.645, de 10-12-70.”

Pelo § 3º., excetuam-se do disposto na alínea b as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

A Lei nº. 7.596, de 10-4-87, alterou o artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200, para incluir as “fundações públicas” entre as entidades da administração indireta e inseriu, no artigo 5º. do mesmo Decreto-lei, um inciso IV em que definiu a fundação pública como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Porém, de forma incongruente, o legislador, no § 3º., acrescentado ao artigo 5º. do Decreto-lei nº. 200, determina que “as entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Ao defini-las como fundações de direito privado, mas excluindo-as das disposições pertinentes do Código Civil, a lei criou um rótulo inteiramente ou quase inteiramente despidido de conteúdo, levando à conclusão de que as fundações serão regidas pelas leis singulares que as instituírem e por outras normas, contidas na Constituição ou em leis esparsas que forem aplicáveis às pessoas jurídicas privadas, desde que também não excluídas por outras normas de direito público.

Aliás, como se diz que as fundações públicas não estão regidas pelo Código Civil e como o direito privado compreende basicamente o direito civil, o direito comercial e, para alguns, o direito do trabalho, a conclusão a que se chega é a de que, na realidade, as fundações públicas, embora definidas como pessoas de direito privado, passaram a ter, na esfera federal, a partir da Lei nº. 7.596/87, natureza jurídica predominantemente pública. A elas não se aplicam as normas civilistas sobre o destino dos bens doados pelo instituidor quando insuficientes para constituir a fundação, sobre o controle pelo Ministério Público, sobre a elaboração e alteração dos estatutos e sobre a extinção da entidade.

No entanto, como a lei fala em personalidade jurídica de direito privado, quais as conseqüências que daí se extraem para atribuir algum conteúdo à expressão legal? Salvo outras hipóteses ora olvidadas, pode-se mencionar as seguintes: os seus bens são penhoráveis, não se lhes aplicando o processo de execução contra a Fazenda Pública; não terão juízo privativo; em termos de responsabilidade civil por danos causados por seus servidores, somente se aplica a regra da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º., da Constituição Federal, se forem prestadoras de serviços públicos; o regime jurídico de seus empregados será o da CLT, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins.

Na nova Constituição houve uma preocupação do constituinte, nos vários dispositivos em que se referiu à Administração indireta, em fazer expressa referência às fundações, provavelmente partindo da idéia de que, durante longo período, elas estiveram, sob muitos aspectos, fora do alcance das normas legais e constitucionais referentes às demais pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes da Administração Pública.

Além disso, nota-se que a Constituição, em sua redação original, fazia distinção entre fundações públicas e privadas. Em alguns dispositivos, falava, genericamente, em administração fundacional ou em fundação instituída ou mantida pelo poder público (arts. 22, XXVII, 37, caput e inciso XVII, 71, II e III, 150, VI, a, 163, II, 165, § 5º., e 169, parágrafo único). Em pelo menos dois dispositivos, usava a expressão fundação pública: no artigo 39, quando previa o regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas; e no artigo 19 das Disposições Transitórias, quando outorgou estabilidade excepcional aos servidores não concursados que tivessem cinco anos de serviço público na data da Constituição.

A Emenda Constitucional nº. 19/98 introduziu alterações em vários desses dispositivos, não mencionando mais a expressão fundação pública. Isto, contudo, não significa que não possam ser instituídas fundações com personalidade de direito público. Pelo contrário, a opção continua a ser do Poder Público que, ao instituir uma fundação, poderá outorgar-lhe personalidade de direito público, igual à da autarquia, ou personalidade de direito privado.

De qualquer forma, como a Constituição não faz distinção quanto à personalidade jurídica, tem-se que entender que todos os seus dispositivos que se referem às fundações abrangem todas, independentemente da personalidade jurídica, pública ou privada.

Também é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera

estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os Estados, não podendo legislar sobre direito civil, não podem estabelecer normas que o derroguem.

Assim, afora as derrogações previstas nas leis instituidoras e as ressalvas contidas na Lei nº. 7.596 (válidas somente para a União), pode-se dizer que se aplicam às fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo poder público, as seguintes normas de natureza pública:

1. subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo exercido pelo Poder Executivo (supervisão ministerial), com sujeição a todas as medidas indicadas no artigo 26 do Decreto-lei nº. 200 (arts. 49, inciso X, 72 e 73 da Constituição);
2. constituição autorizada em lei (art. 1º., inciso II, da Lei nº. 7.596 e art. 37, inciso XIX, da Constituição);
3. a sua extinção somente poderá ser feita por lei; nesse aspecto, fica derogado o artigo 30 do Código Civil, que prevê as formas de extinção da fundação, inaplicáveis às fundações governamentais;
4. equiparação de seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no artigo 37 da Constituição, inclusive acumulação de cargos, para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (arts. 1º. e 2º. da Lei nº. 8.429, de 2-6-92);
5. sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções (art. 1º., § 1º., da Lei nº. 1.533, de 31-12-51, e art. 5º., inciso LXIX, da Constituição); cabimento de ação popular contra atos lesivos de seu patrimônio (art. 1º. da Lei nº. 4.717, de 29-6-65, e art. 5º., inciso LXXIII, da Constituição); legitimidade ativa para propor ação civil pública (art. 5º. da Lei nº. 7.347, de 24-7-86);
6. juízo privativo na esfera estadual (art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo - Decreto-lei Complementar nº. 3, de 27-8-69);
7. submissão à Lei nº. 8.666, de 21-6-93, nas licitações e contratos, nos termos dos artigos 1º. e 119;
8. em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos artigos 52, VII, 169 e 165, §§ 5º. e 9º., da Constituição;
9. imunidade tributária referente ao imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2º., da Constituição).

10.4.4 Fundação de direito público

Comparando-se as fundações governamentais de direito privado com as de direito público, a estas se aplicarão as normas já referidas no item anterior, além de apresentarem mais as seguintes características: presunção de veracidade e executoriedade de seus atos administrativos; inexistência de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, porque a sua personalidade jurídica já decorre da lei; não submissão à fiscalização do Ministério Público; impenhorabilidade de seus bens e sujeição ao processo especial de execução estabelecido pelo artigo 100 da Constituição; juízo privativo (art. 109, inciso I, da Constituição Federal). Em resumo, usufruem dos privilégios e prerrogativas e sujeitam-

se às mesmas restrições que, em conjunto, compõem o regime administrativo aplicável às pessoas jurídicas públicas.

Finalmente, é importante assinalar que, não obstante as opiniões doutrinárias em contrário, a jurisprudência é sensível à distinção entre fundações governamentais de direito público e privado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em mandado de segurança referente à Fundação Padre Anchieta - Centro Paulista de Rádio e TV Educativa (publicado, na íntegra, no Diário Oficial do Estado, de 7-5-86, Seção I, p. 55-56); a conclusão foi no sentido de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, não porque rejeitasse a possibilidade de instituição de fundações públicas, claramente admitidas na fundamentação do acórdão, mas à vista do disposto na legislação estadual instituidora da fundação e em seus atos constitutivos.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, foram prolatados acórdãos reconhecendo a natureza jurídica pública de fundações educacionais (cf. acórdão in RDA 156/226, com menção inclusive a acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 95722-SP). A mesma posição foi adotada pela Corte Suprema no RE 101.126-RJ, publicado in RDA 160/85, no qual se conclui que a Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro é fundação de direito público, sujeita aos preceitos da lei que determinou a sua instituição e não ao Código Civil. A RDA 156/226 publica outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Fundação Universidade Estadual de Londrina é uma entidade de direito público, com autonomia didático-científica, administrativa, financeira e disciplinar, portanto, uma espécie do gênero autarquia cultural, em tudo semelhante à Universidade de São Paulo.

10.5 EMPRESAS ESTATAIS

10.5.1 Alcance da expressão

Com a expressão empresa estatal ou governamental designamos todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 71, II, 165, § 5º., III, 173, § 1º.).

Deve ser evitada a expressão “empresa pública”, nesse sentido genérico de empresa estatal, tendo em vista que, no direito brasileiro, essa designação é reservada a determinado tipo de entidade da Administração Indireta, com características que as distinguem das demais.

10.5.2 Distinção quanto ao tipo de atividade

O legislador brasileiro, como também boa parte da doutrina, não tem se preocupado em fazer distinção mais precisa entre as empresas que executam atividade econômica de natureza privada e aquelas que prestam serviço público.

No entanto, já mencionamos o fato de que a Constituição de 1988 permite uma distinção, quanto ao regime jurídico, entre esses dois tipos de empresas.

O artigo 173 determina que, ressalvados os casos previstos na Constituição, “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”. Houve aí uma ampliação da possibilidade de atuação direta no domínio econômico; a Constituição anterior, no artigo 170, § 2º., somente a permitia para subsidiar a iniciativa privada enquanto a atual permite, genericamente, para fins de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deixando à legislação ordinária a tarefa de definir o alcance dessas expressões.

O § 1º. do artigo 173, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98, determina que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função e formas de fiscalização pelo Estado pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, § 1º., é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derrogar o direito comum se não admitida essa possibilidade pela Constituição.

Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na área da iniciativa privada.

Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º. e 2º., só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Isto quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionária de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com todas as suas cláusulas exorbitantes, deveres perante os usuários e direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

Essa distinção tem sido feita no âmbito doutrinário, por autores como José Cretella Júnior (1973:257-258), Celso Antônio Bandeira de Mello (1975:119), Eros Roberto Grau (1981:103), Toshio Mukai (1984:160). E deveria ser levada em consideração pelo legislador, como o fez o constituinte, consciente ou inconscientemente, no artigo 173.

A distinção ganha relevo em matéria de interpretação das leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no artigo 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma

publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita.

Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. Nem poderia ser diferente, já que alguns desses princípios são inseparáveis da noção de serviço público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da continuidade do serviço público e, como consequência, o das limitações ao direito de greve, o da obrigatoriedade de sua execução pelo Estado, ainda que por meio de concessionários e permissionários, daí resultando o direito do usuário à prestação do serviço.

Cabe, portanto, ao intérprete, ao aplicar as leis, procurar a exegese que as torne compatíveis com os parâmetros que decorrem dos artigos 173 e 175 da Constituição. Ao analisar, mais além, as normas sobre empresas estatais, Demonstraremos algumas distinções que podem e devem ser feitas entre os dois tipos de empresas, conforme o tipo de atividade que lhes incumbe.

10.5.3 Sociedade de economia mista e empresa pública

10.5.3.1 TRAÇOS COMUNS

São traços comuns às empresas públicas e sociedades de economia mista:

1. criação e extinção por lei;
2. personalidade jurídica de direito privado;
3. sujeição ao controle estatal;
4. derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público;
5. vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
6. desempenho de atividade de natureza econômica.

A exigência de criação por lei consta do artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº. 200; com relação às sociedades de economia mista, foi repetida no artigo 236 da Lei das S.A. (Lei nº. 6.404, de 15-12-76); e o artigo 37, XIX, da Constituição exige lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. Além disso, o inciso XX do mesmo dispositivo constitucional exige autorização legislativa, em cada caso, para a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como para a participação de qualquer delas em empresa privada.

A Emenda Constitucional nº. 19 corrigiu uma falha do artigo 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não cria a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas autoriza a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público. Com a nova redação, a distinção foi feita, estabelecendo o referido dispositivo que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

Nem sempre a entidade surge, originariamente, da lei, podendo resultar da transformação de órgãos públicos ou de autarquias em empresas, ou da desapropriação de ações de sociedade privada, ou ainda da subscrição de ações de uma sociedade anônima já constituída por capital particular. O importante é que da lei resulte a clara intenção do Estado de fazer da entidade instrumento de sua ação.

No caso de desapropriação de ações que leve o poder público a assumir o controle de companhia em funcionamento, o artigo 236, parágrafo único, da Lei das S.A. dá ao acionista minoritário o direito de pedir, dentro de 60 dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já estava sob controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessão de serviço público.

A exigência de autorização legislativa de tal forma se incorporou ao conceito de sociedade de economia mista, que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, se não houve autorização legislativa, não existe esse tipo de entidade, mas apenas uma empresa estatal sob controle acionário do Estado (cf. acórdãos do STF in RDA 143/118 e 145/170; e do TFR in RDA 157/222). Esse entendimento foi consagrado pelo legislador constituinte, como se verifica pela referência, em vários dispositivos, a esse tipo de empresa, como categoria à parte.

Não havia na legislação anterior à atual Constituição exigência de autorização legislativa para criação de subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas; como elas não eram criadas por lei, não eram consideradas sociedades de economia mista. O artigo 235, § 2º, da Lei das S.A. já determinava que “as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”; quer dizer que a elas não se aplicam as normas da Lei das S.A. referentes às sociedades de economia mista, sendo tratadas como outra sociedade anônima qualquer, de capital privado.

Essa conclusão tem, na realidade, alcance mais amplo, pois a todas as sociedades em que o Estado tenha participação acionária, sem, no entanto, a natureza de sociedade de economia mista, não se aplicam as normas constitucionais, legais ou regulamentares referentes a esta última entidade, a menos que sejam abrangidas expressamente. É o caso do capítulo da Lei das S.A. concernente às sociedades de economia mista.

Quanto à extinção das empresas públicas e sociedades de economia mista (bem como das autarquias e fundações), o artigo 178 do Decreto-lei nº. 200 previa a possibilidade de sua liquidação ou incorporação a outras entidades, “por ato do Poder Executivo, respeitados os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade”.

Esse dispositivo sempre foi criticado pelos doutrinadores, por atribuir ao Poder Executivo a possibilidade de desfazer ato do legislador, sendo, portanto, inconstitucional.

Na atual Constituição ficou fora de dúvida a sua revogação, pois a competência do Presidente da República para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, que era invocada para justificar aquela norma, hoje só pode ser exercida “na forma da lei” (art. 84, VI), expressão que não constava do artigo 81, V da Constituição anterior. Desapareceu, nessa matéria, a faculdade que tinha o Presidente da República de editar decretos independentes ou autônomos, não dependentes da existência de lei anterior.

Quanto à natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, as controvérsias doutrinárias se pacificaram consideravelmente a partir de 1967; de um lado, porque a Constituição, no artigo 170, § 2º., determinava a sua submissão ao direito privado; de outro lado, tendo em vista o conceito contido no artigo 5º., II e III, do Decreto-lei nº. 200.

A isso tudo, acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público.

Essa derrogação parcial do direito comum pelo direito público existe sempre que o poder público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.

A derrogação é feita, em grande parte, pela própria Constituição, mas também por leis ordinárias e complementares, quer de caráter genérico, aplicável a todas as entidades, quer de caráter específico, como é a lei que cria a entidade.

Na esfera federal, isso pode ser feito, observadas as limitações constitucionais; nas esferas estadual e municipal, as derrogações têm que se limitar àquelas que tenham fundamento na própria Constituição ou em lei federal de âmbito nacional, como a Lei nº. 8.666, de 21-6-93, e a Lei das S.A.; outras derrogações não podem ser feitas por Estados e Municípios, visto que não têm competência para legislar sobre direito civil e comercial.

A derrogação parcial do direito comum é essencial para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu; sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado.

Outro ponto de semelhança é o fato de empresas públicas e sociedades de economia mista desempenharem atividade de natureza econômica, o que pode ser feito, conforme anteriormente realçado, quer a título de intervenção do Estado no domínio econômico (quando se submetem à regra do art. 173 da Constituição), quer como serviço público assumido pelo Estado (hipótese em que se sujeitam ao disposto no art. 175).

Finalmente, a vinculação aos fins definidos na lei instituidora é traço comum a todas as entidades da Administração Indireta e que diz respeito ao princípio da especialização e ao próprio princípio da legalidade; se a lei as criou, fixou-lhes determinado objetivo, destinou-lhes um patrimônio afetado a esse objetivo, não pode a entidade, por sua própria vontade, usar esse patrimônio para atender a finalidade diversa.

Com relação à sociedade de economia mista, existe norma expressa nesse sentido no artigo 237 da Lei das S.A.: “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”. Somente por outra lei é que poderão ser alterados esses objetivos.

Segundo Paulo B. de Araújo Lima (1980:58-59), “a lei especial, ao autorizar a criação de uma sociedade, dispondo certas regras, tais como a fixação da sede e do objetivo social, e outros componentes de estrutura administrativa, não está evidentemente autorizando o sócio fundador - a Administração Pública - a negociar com outros sócios a prevalência daquelas regras nos estatutos sociais. Ao contrário, está impondo legalmente tais regras, até pela mais elementar das razões de que quase sempre, como nos casos de nomeação ou de imposição de limites à circulação de títulos, refogem elas ao sistema da lei geral e, a não ser que tenham vigência por diploma específico, serão nulas de pleno direito caso sejam puramente negociadas. Não são objeto, portanto, de contrato que constitui a sociedade, mas sim de comandos legais.

Pela mesma razão, não pode o Executivo, por meio de ato próprio, baixar normas dirigidas a essas entidades, conflitando com os objetivos ou com outros elementos definidos na lei instituidora; isto ocorre, na prática, sem que haja impugnação pela entidade, normalmente dirigida por pessoa da confiança do Chefe do Executivo; caberia ao acionista minoritário essa impugnação, inclusive perante o Poder Judiciário.

10.5.3.2 TRAÇOS DISTINTIVOS

Duas são as principais diferenças entre sociedade de economia mista e empresa pública, no direito brasileiro:

1. a forma de organização;
2. a composição do capital.

Quanto à forma de organização, o artigo 5º do Decreto-lei nº. 200 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de sociedade anônima e, a empresa pública, sob qualquer das formas admitidas em direito; disso decorre que a primeira é sempre sociedade comercial e a segunda pode ser civil ou comercial.

A rigor, os conceitos do Decreto-lei nº. 200 somente são aplicáveis na esfera federal, já que ele se limita a estabelecer normas sobre a organização da Administração Federal; e realmente ele dispõe dessa forma. Ocorre que as características mencionadas nos referidos conceitos, com algumas ressalvas, são reconhecidas pela doutrina como próprias desses tipos de entidades; apenas esse aspecto, concernente à forma de organização, parece decorrer de opção do governo federal, podendo-se então argumentar que Estados e Municípios não se sujeitam a essa exigência.

No entanto, hoje a organização da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima é imposição que consta de lei de âmbito nacional, a saber, a Lei das S.A., que tem um capítulo dedicado a essas entidades (arts. 235 a 242); embora não contenha um conceito, o artigo 235 determina que “as sociedades de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”. De modo que Estados e Municípios não têm a liberdade de adotar outra forma de organização, já que não dispõem de competência para legislar sobre direito civil e comercial.

Com relação à empresa pública, a expressão “qualquer das formas admitidas em direito” é interpretada no sentido de que a ela se poderá dar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu.

Já os Estados e Municípios, não sendo alcançados pela norma do artigo 5º, II, do Decreto-lei nº. 200 e não havendo lei de âmbito nacional dispondo da mesma forma,

terão que adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial.

Na esfera federal têm sido criadas empresas públicas com formas inéditas; Sérgio de Andréa Ferreira (RDA 136/1-33) indica três tipos:

1. sociedade, civil ou comercial, unipessoal: esta, como sociedade, tem de ter o órgão necessário nesse tipo de pessoa jurídica, que é a assembléia geral. Como exemplo, cita a Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco, cujo capital pertence inteiramente à União; não obstante ter um único “sócio”, dispõe de assembléia geral, conselho diretor, diretoria executiva e conselho fiscal; a justificativa para a existência da assembléia geral (órgão pelo qual se manifesta a vontade dos sócios) seria o fato de que seu capital foi dividido em 300 milhões de ações, com a previsão de participação, em futuros aumentos de capital, de outras pessoas jurídicas de direito público, desde que a maioria permaneça de propriedade da União;
2. sociedade, civil ou comercial, pluripessoal, com capital pertencente à União (sócia majoritária) e outras pessoas políticas ou administrativas (conforme artigo 5º. do Decreto-lei nº. 900, de 29-9-69) ;
3. empresa pública unipessoal, que corresponde à empresa individual do direito privado, com a diferença de que a empresa pública tem personalidade jurídica e a constituição de empresa individual, no direito privado, não acarreta a criação de pessoa jurídica.

A empresa pública unipessoal, por ser personalizada, tem alguns pontos de semelhança com a fundação: em ambas existe a destinação de bens patrimoniais à consecução de um fim. Mas, esclarece Sérgio de Andréa Ferreira, “na fundação, o patrimônio dotado se personifica e se destaca, definitivamente, do patrimônio do instituidor.

A fundação não tem, portanto, capital, pois que nada nela pertence a outrem, ainda que ao instituidor. Ela só tem patrimônio, ou, mais exatamente, ela é um patrimônio. Ao contrário, na empresa individual personalizada, o empresário - pessoa física é o detentor do capital. Ela tem, portanto, capital, pertencente ao empresário individual, e patrimônio, que pertence à nova pessoa jurídica”.

E há um outro ponto comum, também assinalado pelo mesmo autor: é que em ambas existe uma vontade externa ou transcendente, que domina, de fora, a pessoa jurídica, inexistindo um órgão deliberativo interno dessa, em que aquela manifesta a sua vontade. “Essa é manifestada de fora, atuando, dentro da pessoa jurídica, como seus órgãos, os administradores designados pelo Estado”.

Como exemplo de empresa pública unipessoal, ele cita a Caixa Econômica Federal, cujo capital, uno, pertence integralmente à União. “Seus órgãos são a Diretoria (Presidente e sete Diretores nomeados e exoneráveis ad nutum

pelo Presidente da República) e Conselho Fiscal (membros nomeados pelo Ministro da Fazenda). Não há assembléia ou órgão da empresa através do qual se manifeste a detentora do capital, dentro da entidade. A participação da União, como verdadeira empresária, se dá através de seus designados e por meio dos instrumentos da tutela administrativa.

Do exposto se deduz que a diferença entre a empresa pública unipessoal e a empresa constituída sob forma de sociedade unipessoal está no fato de que nesta existe, e naquela não, a assembléia geral, como órgão pelo qual se manifesta a

vontade do Estado. Na primeira, essa vontade é externa e, na segunda, é interna ou imanente.

Resta assinalar que, nos âmbitos estadual e municipal, não é possível a instituição de empresas públicas com formas inéditas ou mesmo sociedades de economia mista que fujam às normas da Lei das S.A., porque Estados e Municípios não têm competência para legislar sobre direito comercial ou direito civil, reservada exclusivamente à União (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal).

Com relação à composição do capital, a sociedade de economia mista é constituída por capital público e privado e a empresa pública, por capital público.

Quanto a esse aspecto, tanto o Decreto-lei nº. 200 quanto a lei estadual (Decreto-lei Complementar nº 7/69) exigem participação majoritária do poder público, por meio da administração direta ou indireta; a lei estadual não emprega a expressão sociedade de economia mista, mas fala em “empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua Administração centralizada ou descentralizada”.

Essa possibilidade de uma entidade da Administração indireta ser acionista majoritária de uma sociedade de economia mista foi parcialmente derrogada pelo artigo 235, § 2º., da Lei das S.A., pois ali se diz que as companhias “de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”; em resumo, não são consideradas sociedades de economia mista para os fins dessa lei. Se a entidade que detém a maioria do capital votante for de outra natureza, como uma empresa pública ou uma autarquia, ela não deixará de ser sociedade de economia mista e continuará a reger-se pelo capítulo que lhe é concernente.

A empresa pública tem o capital inteiramente público, o que faria supor que dele podem participar as pessoas jurídicas de direito público interno. Mas o artigo 5º. do Decreto-lei nº. 900 veio permitir que, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, seja admitida, no capital da empresa pública a participação de outras pessoas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Com isso, admite-se a participação de pessoas jurídicas de direito privado que integrem a administração indireta, inclusive de sociedades de economia mista, em que o capital é parcialmente privado.

Uma última observação é quanto ao fato de não bastar a participação majoritária do poder público na entidade para que ela seja sociedade de economia mista; é necessário que haja a participação na gestão da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado, manifestada por meio da lei instituidora e assegurada pela derrogação parcial do direito comum. Sem isso, haverá empresa estatal mas não haverá sociedade de economia mista.

10.6 NORMAS COMUNS ÀS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Foi visto que, dentre as entidades da administração indireta, algumas têm personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas) e, outras, de direito privado (fundações privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Também já foi dito que existem muitos pontos comuns entre os dois grupos de entidades; isto porque, embora as de direito privado se submetam, em regra, ao direito

civil ou comercial, conforme o caso, na realidade a elas se aplicam normas de direito público derogatórias do direito comum; isto é necessário precisamente para manter-se a vinculação da entidade com o poder central.

Neste item o que se verá são precisamente essas normas de direito público que se aplicam às pessoas jurídicas de direito público e que, com relação às demais, derogam o direito comum. Apontaremos as diferenças, quando houver.

1. Exigência de criação autorizada em lei, prevista no art. 37, XIX, e XX, da Constituição.
2. Controle estatal, abrangendo o interno, pelo Poder Executivo, e o externo, pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (arts. 49, X, 70 e 71). O controle externo compreende a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” e, com relação à Administração indireta, está previsto de forma muito mais clara na atual Constituição. Exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, abrangerá o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta, inclusive das fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público (art. 71, II); alcança, pois, todas as empresas de que a União participe, majoritariamente ou minoritariamente.

Esse controle compreende ainda a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a apreciação dos atos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão; além da realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, inclusive quando requeridas pela Câmara dos Deputados, Senado Federal e por iniciativa de comissão técnica ou de inquérito nas unidades administrativas das referidas entidades (art. 71, III e IV).

O controle interno, pelo Poder Executivo, será objeto de análise em item específico sobre o tema.

3. Em matéria de finanças públicas, a atual Constituição prevê: sujeição aos limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno, estabelecidos pelo Senado e aplicáveis às autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público (art. 52, VII); obediência, imposta às mesmas entidades, à lei complementar que disponha sobre dívida externa e interna (art. 163, II); inclusão, na lei orçamentária anual, do orçamento fiscal e de seguridade social das entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e do orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º).
4. Com relação aos servidores públicos das entidades da Administração indireta, há várias normas constitucionais.

O artigo 173, § 1º, II (na redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98), impõe a sujeição às normas trabalhistas aos empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

No entanto, a própria Constituição, no capítulo concernente à Administração Pública (art. 37), derroga parcialmente a legislação trabalhista, ao dispor normas que se

aplicam a todos os servidores da Administração Pública direta ou indireta, merecendo realce: a exigência de concurso público para ingresso; proibição de acumulação de cargos, empregos e funções (com as exceções previstas na própria Constituição). Além disso, as entidades da administração indireta estão sujeitas à restrição do artigo 169, § 1º. (redação da Emenda Constitucional nº. 19), segundo o qual “a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

Essa norma coloca sob controle prévio da administração direta os atos que envolvem despesas com pessoal; e completa-se com a norma do artigo 71, III, que sujeita à fiscalização pelo Tribunal de Contas a legalidade dos atos de admissão de pessoal da Administração Direta e Indireta.

Ainda no âmbito da Constituição, há que se lembrar que as normas sobre aposentadoria e estabilidade, constantes dos artigos 40 e 41, não se aplicam aos servidores das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, sendo regidos, em regra, pela CLT, estão sujeitos às normas do artigo 7º. da Constituição, com as derrogações contidas no artigo 37.

Com relação às entidades que exercem atividade econômica, a submissão ao regime da CLT é obrigatória, por força do artigo 173, § 1º. Também não se aplica às referidas entidades de direito privado a norma do artigo 19 das Disposições Transitórias da Constituição, que deu estabilidade aos servidores que, na data de sua promulgação, tivessem cinco anos de exercício contínuo.

Na legislação ordinária, também se encontram normas que equiparam os servidores da Administração Indireta aos da Administração Direta; é o caso do parágrafo único do artigo 327 do Código Penal, que considera funcionário público, para fins criminais, “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”. Esse dispositivo somente é aplicável aos empregados das empresas governamentais que desempenhem serviço público; aos que trabalham em empresas que exercem atividade econômica não é aceitável essa equiparação, em primeiro lugar, tendo em vista o artigo 173, § 1º., da Constituição, que os sujeita ao mesmo regime aplicável aos empregados das empresas particulares, somente se admitindo as derrogações previstas na própria Constituição; em segundo lugar, porque o artigo 327 do Código Penal considera funcionário público, para fins penais, somente aquele que exerce função pública, o que não ocorre com os empregados das empresas que se instituem como forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

Ainda se dá a equiparação para fins de improbidade administrativa, conforme artigos 1º. e 2º. da Lei nº. 8.429, de 2-6-92.

5. O artigo 54, I, a e b, e II, b e c, estabelece proibição a Deputados e Senadores, sob pena de perda de mandato, de, a partir da expedição do diploma, firmarem ou manterem 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 cláusula uniforme; aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum, nas

mesmas entidades; e, a partir da posse, a proibição de ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis ad nutum e de patrocinar causa em que seja interessada qualquer das referidas entidades.

6. Com relação a mandado de segurança, as autoridades das entidades da Administração Indireta, incluindo as empresas sob controle acionário do Estado, podem ser tidas como coatoras, para esse fim, quando exerçam funções delegadas do Poder Público. Essa possibilidade, que constava do artigo 1º, § 1º, da Lei nº. 1.533, de 31-12-51, e da súmula 510, do Supremo Tribunal Federal, decorre agora do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição.
7. A ação popular é cabível contra as entidades da Administração Indireta; prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição, ela tem por objetivo 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. Tratando-se de ação que tem por objetivo garantir a qualquer cidadão o direito de participar ativamente da vida política, mediante o controle de atos da Administração Pública, ela é cabível contra a Administração Indireta, quer pela abrangência do artigo 4º. do Decreto-lei nº. 200, que incluiu no conceito genérico de Administração Pública a direta e a indireta; quer pelo artigo 37 da Constituição que, em capítulo concernente à Administração Pública, incluiu também a administração indireta, estendendo-lhe os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.
8. As entidades da administração indireta têm legitimação ativa para propor ação civil pública (art. 5º. da Lei nº. 7.347, de 24-7-85), cabível para proteção de interesses difusos (art. 129, II, e § 1º, da Constituição).
9. Com relação ao juízo privativo, abrange, na esfera federal, as autarquias e empresas públicas, salvo nas ações de falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; com relação às fundações públicas, sendo modalidades do gênero autarquia, podem ser consideradas abrangidas pela referência às entidades autárquicas (art. 109, I, da Constituição). A respeito das sociedades de economia mista, a Súmula nº. 556, do STF consagrou o entendimento de que “é competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”. Com isso, afasta-se qualquer possibilidade de argumentação de que a expressão “empresa pública”, no dispositivo constitucional, pudesse ser entendida em sentido amplo, de modo a abranger todas as empresas estatais. No Estado de São Paulo, o juízo privativo foi concedido a todas as entidades da administração indireta, com a referência a “entidades paraestatais” (art. 36 do Código Judiciário - Decreto-lei Complementar nº. 3, de 27-8-69).
10. Em caso de estado de sítio, as empresas prestadoras de serviços públicos ficam sujeitas a intervenção (art. 139, VI, da Constituição).
11. Quanto à licitação e contratos, o artigo 37, XXI, da Constituição diz que, ressalvados casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante licitação. A Emenda Constitucional nº. 19 trouxe alguma alteração na matéria de licitação e contrato referente às empresas públicas e sociedades de economia mista. Isto porque, ao alterar a redação do artigo 22, XXVII, fez remissão, com relação a tais entidades, ao artigo 173, § 1º, III; segundo esse dispositivo, a lei que definir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, disporá sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Com essa alteração, abriu-se ensejo a que se estabeleçam normas sobre licitação e contratos diferentes para as empresas estatais. Enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº. 8.666, já que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável.

A Lei nº 8.666, de 21-6-93, com a redação dada pela Lei nº. 8.883, de 8-6-94, prevê, nos incisos VIII e XVI, duas hipóteses de dispensa de licitação para contratação, por pessoa jurídica de direito público interno, de entidades da Administração Indireta (v. item 9.5).

Há que se atentar, no entanto, para o fato de que a hipótese é apenas de dispensa de licitação, o que não impede a Administração Pública de realizá-la, quando entender conveniente. Aliás, há de se lembrar que se a Administração contratar, sem licitação, por preço superior ao de mercado, estará sujeita à ação popular, com base em norma expressa da Lei nº. 4.717/65 (art. 4º, V b), que presume, nesse caso, o dano ao patrimônio público, sem falar na responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável, conforme artigo 25, § 2º, da Lei nº. 8.666.

Agora, pela Lei nº. 9.648, de 27-5-98, que alterou a Lei nº. 8.666, foi prevista, no inciso XXIII do artigo 24, a possibilidade de dispensa de licitação “na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

12. Com relação à responsabilidade por danos causados por atos de seus agentes, o artigo 37, § 6º, da Constituição estabelece 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.

A responsabilidade é objetiva e alcança todas as pessoas públicas ou privadas, que prestem serviços públicos. Houve uma ampliação em relação à Constituição anterior (art. 107) que somente fazia referência às pessoas jurídicas de direito público. Note-se que é a própria entidade da Administração indireta que responde e não a pessoa política que a instituiu; isto porque, tendo personalidade jurídica, ela é dotada de patrimônio próprio, que responde por suas obrigações.

O que tem sido defendido pela doutrina é a possibilidade de o Estado responder subsidiariamente quando se exaure o patrimônio da entidade; esse entendimento ficou consagrado em lei, no tocante às sociedades de economia mista, pois o artigo 242 da Lei das S.A., determina que elas “não estão sujeitas à falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

Ora, se o legislador assim determinou com relação a uma entidade que é de direito privado e que, por sua estrutura de sociedade anônima, deveria caracterizar-se pela limitação da responsabilidade ao valor das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º. da Lei das S.A.), é porque quis, de um lado, proteger o patrimônio público, proibindo a falência; e, de outro, garantir os direitos de terceiros acaso lesados por entidades instituídas pelo Poder Público.

Se assim é com relação a essas entidades, com muito mais razão no caso de outras em que o capital é inteiramente público ou em que o objetivo institucional é a prestação de serviço público.

Na realidade, o fundamento dessa responsabilidade é o mesmo que inspirou a regra do artigo 37, § 6º., da Constituição (adotada desde a Constituição de 1946), e que leva o Estado a responder objetivamente por atos de entidades a que ele deu vida, quando o patrimônio das mesmas seja insuficiente; afinal, é o particular sofrendo prejuízo pela atuação, direta ou indireta, do Estado.

13. A prescrição quinquenal das dívidas, direitos e ações contra a Fazenda Pública, prevista no Decreto nº. 20.910, de 6-1-32, foi expressamente estendida às “autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos por impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos” (art. 2º. do Decreto-lei nº. 4.597, de 19-8-42).

10.7 PRIVILÉGIOS PRÓPRIOS DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS

Já se realçou o fato de que, dentre as entidades da Administração Indireta, as de direito público - autarquias e fundações públicas - têm praticamente os mesmos privilégios e prerrogativas próprios do Estado, enquanto as de direito privado têm apenas aqueles que forem expressamente previstos em lei que derroge o direito comum; essas normas derogatórias foram analisadas no item anterior.

Resta apontar alguns privilégios próprios das autarquias e fundações públicas: o processo especial de execução previsto no artigo 100 da Constituição e artigos 730 e 731 do CPC; disso resulta a impenhorabilidade de seus bens; o juízo privativo (art. 109 da Constituição); prazos dilatados em juízo; duplo grau de jurisdição (v. item 17.5.3).

A imunidade tributária relativa aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, referida no artigo 150, VI, a, da Constituição, estende-se expressamente às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, conforme § 2º. do mesmo dispositivo. Note-se que, pela forma como se referiu às fundações, foram alcançadas as de direito público e as de direito privado.

Além disso, citem-se a presunção de veracidade, a imperatividade e a executoriedade de seus atos, as prerrogativas com que o poder público aparece nos contratos administrativos, a autotutela sobre seus próprios atos, além de outros privilégios que podem ser previstos nas leis específicas de cada entidade.

10.8 NATUREZA JURÍDICA DOS BENS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O conceito legal de bens públicos é dado pelo artigo 65 do Código Civil, segundo o qual são públicos “os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios”. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Tomando-se ao pé da letra esse dispositivo, até mesmo os bens das autarquias seriam privados.

No entanto, tal preceito não serve de base para a definição dos bens das entidades da administração indireta, uma vez que, em 1916, quando foi promulgado o Código Civil, não se cogitava das mesmas.

Já o artigo 66, II, que define os bens de uso especial, traz importante subsídio, pois deixa claro que são bens públicos dessa natureza “os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal”.

Ora, dentre as entidades da administração indireta, grande parte presta serviços públicos; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes à União, Estados e Municípios, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da administração indireta afetados à realização de serviços públicos.

É precisamente essa afetação que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários.

Com relação às autarquias e fundações públicas, essa conclusão tem sido aceita pacificamente. Mas ela é também aplicável às entidades de direito privado, com relação aos seus bens afetados à prestação de serviços públicos.

É sabido que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da continuidade dos serviços públicos. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade de sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.

Por isso mesmo, o artigo 242 da Lei das S.A., que permite a penhora de bens das sociedades de economia mista, não pode ser aplicado no caso de entidade que preste serviço público.

Também pela mesma razão, não podem as entidades prestadoras de serviços públicos alienar os seus bens afetados a essa finalidade, sem que haja a prévia desafetação; embora a Lei nº. 8.666, de 21-6-93, só exija autorização legislativa para a alienação de bens imóveis das autarquias e fundações, encontra-se, às vezes, em leis esparsas concernentes à prestação de serviços públicos concedidos, norma expressa tornando inalienáveis os bens das empresas concessionárias, sem a prévia autorização do poder concedente.

Portanto, são bens públicos de uso especial os bens das autarquias, das fundações públicas e os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Revista da Procuradoria Geral do Estado, v. 30:173-186).

10.9 AGÊNCIAS

10.9.1 Considerações gerais

O vocábulo agência é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act). Por outras palavras, excluídos os três

Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências. Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluía do conceito a própria Presidência da República, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que o Chefe do Poder Executivo integra a Administração Pública, estando colocado em seu ápice, orientando e dirigindo o seu funcionamento. Nos termos do artigo 84, II, da Constituição, é da competência privativa do Presidente da República “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”. Não há qualquer possibilidade de serem criadas agências que escapem a essa direção superior do Presidente da República.

Enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que “o direito administrativo norte-americano é o direito das agências” (cf. Eloísa Carbonell, 1996:22).

Existem nos Estados Unidos vários tipos de agências, sendo que a classificação mais antiga considerava duas modalidades: as agências reguladoras (regulatory agency) e as não reguladoras (non regulatory agency), conforme tivessem ou não poderes normativos, delegados pelo Congresso, para baixar normas que afetassem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos. Outra distinção que se faz é entre agências executivas (executive agency) e agências independentes (independent regulatory agency or comissions), sendo os dirigentes das primeiras livremente destituídos pelo Presidente da República e, os da segunda, protegidos por maior estabilidade, porque só podem perder seus cargos por razões expressamente estabelecidas em lei.

As agências norte-americanas exercem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. A função quase-judicial é aceita sem maiores contestações, uma vez que submetida ao controle pelos Tribunais, mas passou por toda uma evolução, no sentido da ampliação desse controle.

A função quase-legislativa tem sido objeto de grandes contestações, tendo em vista principalmente a idéia de indelegabilidade de poder, decorrente do princípio da separação de poderes, bastante rígido no direito norte-americano; esse princípio impede que o legislativo delegue a sua função de legislar a órgãos de outros Poderes.

Não se pode afirmar que os poderes reconhecidos às agências tenham sempre a mesma natureza e extensão. O tema passou por toda uma evolução, havendo fase de grande prestígio das agências e outra - a atual - em que seus poderes vêm sendo grandemente limitados, especialmente no que diz respeito a sua função reguladora, devido à disputa entre Legislativo e Presidência da República em exercer controle sobre as mesmas.

É curioso que as mesmas venham a servir de modelo exatamente em um momento em que, no país de origem, elas perderam grande parte do prestígio de que desfrutavam e passaram a inspirar grande dose de desconfiança, seja por parte dos órgãos de governo, seja por parte dos cidadãos, conforme analisado, em maior profundidade, em nosso livro *Parcerias na administração pública*, na 3ª edição.

O fato é que o direito norte-americano vem servindo de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de “agencificação” (cf. Mario P Chiti, 1997:110), que corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de

proliferação de entes com personalidade jurídica própria que compõem a administração indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no direito brasileiro; ele vem se difundindo pelo mundo, dentro do já referido movimento da globalização, ainda que no direito brasileiro não haja grandes justificativas para a adoção dessa terminologia.

Além do próprio vocábulo, certamente o que mais atrai nas agências são, de um lado, a sua maior independência em relação ao Poder Executivo e, de outro, a sua função regulatória. No entanto, mesmo sob esses aspectos, a inovação é muito menor do que possa parecer à primeira vista, porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo, tal como ocorre com as Universidades Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades em que os dirigentes dispõem de mandato fixo, não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo, como também existem inúmeras entidades que exercem função reguladora, ainda que de constitucionalidade mais do que duvidosa; é o caso do CADE, Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Conselho de Seguros Privados e tantas outras. Algumas das agências que estão sendo criadas nada mais são do que autarquias de regime especial, tal como tantas outras que já existem no direito brasileiro. A maior novidade provavelmente está na instituição das agências reguladoras que vêm assumindo o papel que o poder público desempenha nas concessões e permissões de serviços públicos (v. Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, 1999, Cap. 6) e na concessão para exploração e produção de petróleo; é o caso da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e da Agência Nacional de Petróleo - ANP. A terminologia ainda é muito nova, para permitir uma classificação das agências no direito brasileiro. Duas modalidades, no entanto, já se delineiam de forma um pouco mais precisa: as agências executivas e as agências reguladoras, a serem tratadas nos itens subseqüentes. Além dessas, que apresentam características próprias, outras surgem sem peculiaridades outras que não o emprego do vocábulo agência.

10. 9. 2 Agência executiva

Agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos.

Em regra, não se trata de entidade instituída com a denominação de agência executiva. Trata-se de entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a qualificação de agência executiva, podendo perdê-la se deixar de atender aos mesmos requisitos.

Essas entidades estão disciplinadas pelos Decretos Federais nºs. 2.487 e 2.488, de 2-2-98, que falam em autarquias e fundações qualificadas como agências executivas. São, na realidade, autarquias e fundações que, em decorrência dessa qualificação, passam a submeter-se a regime jurídico especial.

De acordo com o artigo 1º, § 1º, do Decreto nº. 2.487, “a qualificação de autarquia ou fundação como agência executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos: (a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor (v item 8.8.4); (b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento”.

Trata-se de medida que visa melhorar a eficiência das entidades autárquicas e fundacionais. Para esse fim, elas deverão fazer uma avaliação de seu modelo de gestão com base nos critérios de excelência do Prêmio Nacional da Qualidade, de forma a terem subsídios para elaborar um plano de reestruturação e de desenvolvimento institucional. Se for aprovado esse plano, a entidade celebrará um contrato de gestão com o Ministério encarregado de exercer o controle administrativo sobre ela: nesse contrato, são definidas, entre outras coisas, as metas a serem atingidas, a compatibilidade dos planos anuais com o orçamento da entidade, os meios necessários à consecução, as medidas legais e administrativas a serem adotadas para assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira e administrativa, as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das metas, as condições para revisão, renovação e rescisão, a vigência.

Firmado o contrato, a qualificação como agência executiva será feita por decreto. Se houver descumprimento do plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, a entidade perderá a qualificação de agência executiva.

Embora os decretos estejam em vigor, entendo que eles pouco efeito prático terão porque dificilmente se poderá ampliar a autonomia dessas entidades, por meio de decreto ou de contrato de gestão, porque esbarrarão os mesmos em normas legais e constitucionais.

A ampliação dessa autonomia depende da promulgação da lei referida no artigo 37, § 8º., da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98. Esse dispositivo estabelece que “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 responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal”.

A Lei nº. 9.648, de 27-5-98, que alterou a lei de licitações (Lei nº. 8.666/93) veio trazer um benefício para as autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, não outorgado às demais entidades autárquicas e fundacionais. Depois de aumentar, nos incisos I e II do artigo 24, os valores para dispensa de licitação, ainda estabelece o dobro desse valor para as 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.

Uma última observação é no sentido de que os dois decretos que se referem a agências executivas somente se aplicam à esfera federal. Se Estados e Municípios quiserem adotar medida semelhante, deverão baixar suas próprias normas, observando o disposto no artigo 37, § 8º., da Constituição.

10.9.3 Agência reguladora

Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular as matérias que lhe estão afetas. Nesse sentido, a única coisa que constitui inovação é o

próprio vocábulo, anteriormente não utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos da Administração Pública, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional. Tal como nos Estados Unidos, a própria lei que institui esses entes já lhes confere poder normativo. Não é por outra razão que nos livros de direito administrativo sempre se trata do tema referente ao poder regulamentar, que tratamos sob o título de poder normativo, no capítulo pertinente aos poderes da Administração Pública (v. item 3.4.1). O papel novo que algumas delas vêm desempenhando é o de assumir os poderes que, na concessão, na permissão e na autorização, era antes desempenhado pela própria Administração Pública direta, na qualidade de poder concedente. E esse papel vem sendo assumido quando o objeto da concessão é um serviço público, como nas hipóteses elencadas no art. 21, XI e XII, da Constituição, e quando o objeto da concessão é a exploração de atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177.

Sabe-se que todo contrato de concessão (como os contratos administrativos em geral) possui um duplo aspecto: o que diz respeito ao seu objeto, referente à execução da atividade delegada ao particular; o que diz respeito ao aspecto financeiro, referente aos direitos do contratado, que é, em regra, empresa capitalista que objetiva o lucro; disso resulta a presença, na concessão, de cláusulas regulamentares, que visam garantir que o serviço seja prestado pela forma mais adequada ao interesse público, e de cláusulas contratuais, que objetivam garantir o direito da concessionária ao equilíbrio econômico-financeiro.

Do primeiro aspecto resultam determinadas características da concessão, como o reconhecimento de poderes à Administração concedente, em especial os de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, os de encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório, poder de decretar a caducidade e de fazer a reversão de bens da concessionária ao término da concessão.

Todos esses poderes são exercidos tradicionalmente pela própria Administração Pública direta; atualmente, à medida que vão sendo instituídas as chamadas agências reguladoras, vêm as mesmas assumindo esses poderes.

Não existe lei específica disciplinando essas agências reguladoras; elas estão sendo criadas por leis esparsas, como as de n.ºs. 9.427, de 26-12-96, 9.472, de 16-7-97, e 9.478, de 6-8-97, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a Agência Nacional de Petróleo - ANP A ANATEL e a ANP têm fundamento constitucional (arts. 21, XI, e 177, § 2º, III), sendo previstas sob a expressão órgão regulador. Note-se que a Constituição, apegada à tradição do direito brasileiro, empregou o vocábulo órgão; a legislação ordinária é que copiou o vocábulo de origem norte-americana.

Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente.

Elas estão sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter

final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

No direito norte-americano, as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário.

porque dispõem de função quase-jurisdicional, no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.

A sua independência, contudo, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro.

Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa da mesma forma que outros órgãos administrativos, mas isto não impede e não pode impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do art. 5º, XXXV da Constituição, em cujos termos “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo significa a adoção, no direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição ao contrário de outros países que seguiram o direito francês e adotaram o sistema da dualidade de jurisdição, que admite, ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, com competência para dirimir conflitos de interesse envolvendo a Administração Pública, com força de coisa julgada. Essa possibilidade não existe no direito brasileiro. Qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Independência em relação ao Poder Legislativo também não existe, tendo em vista que seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais, por força do princípio da legalidade. Além disso, estão sujeitas ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsto no art. 70 e seguintes da Constituição.

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a administração indireta, sendo-lhes aplicáveis

todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da administração indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o

poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao poder público na concessão, permissão e autorização.

Isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência.

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência. Nas três agências referidas (ANEEL, ANATEL e ANP), a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, standards nela contidos.

A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP com a referência à expressão “órgão regulador” contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III.

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.

As únicas normas que podem estabelecer têm que produzir efeitos internos apenas, dirigidos à própria agência, ou podem dizer respeito às normas que se contêm no edital de licitações, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios.

Com relação à ANATEL e à ANP pode-se reconhecer sua função reguladora, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, II, da Constituição, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, standards, tal como as agências reguladoras norte-americanas. Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador. Sobre o tema, v. Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, 3ª edição, Capítulo 6.

10.10 CONTROLE ADMINISTRATIVO OU TUTELA DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A descentralização administrativa traz consigo a idéia de controle. O poder central transfere a execução de determinados serviços a entes dotados de personalidade jurídica, patrimônio próprio, capacidade de auto-administração, porém exerce sobre eles fiscalização necessária para assegurar que cumpram os seus fins. Ressalvada a hipótese de descentralização por colaboração (concessão e permissão de serviços públicos) em que o controle se rege pelas normas concernentes aos atos e contratos administrativos, nos casos de descentralização por serviços e territorial, o Estado atribui o controle administrativo a determinados órgãos da administração direta, que o exercerão nos limites da lei.

Disso resultam dois aspectos concernentes às entidades que exercem serviços públicos descentralizados: de um lado, a capacidade de auto-administração, que lhes confere o direito de exercer, com independência, o serviço que lhes foi outorgado por lei, podendo opor esse direito até mesmo à pessoa política que as instituiu. De outro lado, o dever de desempenhar esse serviço, o que as coloca sob fiscalização do poder público; este precisa assegurar-se de que aquela atividade que era sua e foi transferida a outra pessoa jurídica seja executada adequadamente.

Esse duplo aspecto é essencial para entender-se a extensão do controle sobre os entes descentralizados; ele só vai até onde não ofenda a capacidade de auto-administração delimitada por lei; por sua vez, essa capacidade de auto-administração vai até onde não esbarre com os atos de controle previstos em lei.

Odete Medauar (1976:68) observa que “se a tutela administrativa contrapõe-se à independência conferida por lei aos entes públicos descentralizados, somente um texto de lei poderá determinar seu exercício. A tutela não se presume; ela se constitui de uma soma de competências particulares atribuídas explicitamente por lei, que não podem ser acrescidas, nem por analogia”. Fazendo referência à lição de Cretella Júnior, a autora acrescenta que a tutela administrativa existe na medida e nos limites da lei que a prevê e organiza, o que dá origem à seguinte fórmula diretriz: *nulla tutela sine lege, nulla tutela praeter legem, nulla tutela contra legem*.

Esse controle não significa que os entes descentralizados estejam hierarquicamente subordinados à Administração Direta. Existe apenas uma vinculação para fins de controle; essa vinculação normalmente se dá com relação ao Ministério ou Secretaria de Estado ou de Município cujas atividades se relacionam com a da pessoa jurídica da administração indireta.

Há diferenças sensíveis entre tutela e hierarquia:

1. a tutela não se presume, pois só existe quando a lei a prevê; a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é princípio inerente à organização administrativa do Estado;
2. a tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas, uma das quais exercendo controle sobre a outra, existindo onde haja descentralização administrativa; a hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a idéia de desconcentração;
3. a tutela é condicionada por lei, ou seja, só admite os atos de controle expressamente previstos; a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhe são

inerentes, como o de dar ordens, o de rever os atos dos subordinados (ex officio ou mediante provocação), o de avocar e delegar atribuições.

Em ambos os casos existe controle administrativo; por isso mesmo muitos autores preferem falar em tutela quando se trata de controle sobre administração indireta, com o que se evita qualquer confusão com o controle hierárquico.

Também não se confunde tutela e autotutela, pois esta corresponde ao poder que tem a Administração de rever os próprios atos, para corrigir ou anular os ilegais, bem como revogar os inoportunos ou inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Isto significa que a tutela, o controle hierárquico e a autotutela são modalidades do gênero controle administrativo.

Originariamente empregava-se o vocábulo tutela para abranger apenas o controle sobre as pessoas administrativas de direito público, ou seja, as autarquias; isto porque apenas elas eram utilizadas como forma de descentralização por serviço.

À medida que o poder público passou a utilizar outros tipos de entidades, como as fundações, as sociedades de economia mista e a empresa pública, como formas de descentralização por serviço, a tutela, que é inerente a esse tipo de descentralização, passou a alcançar todas as entidades da administração indireta.

Por isso a tutela pode ser definida como a fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento de suas finalidades institucionais.

A tutela é apenas um dos tipos de controle a que se sujeitam os entes descentralizados, porque corresponde a um controle administrativo, ou seja, exercido pelos órgãos da Administração Direta. Ela coexiste com outros tipos de controle, a saber: o externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e o controle judicial.

Teoricamente, a tutela pode ser preventiva ou repressiva conforme se exerça antes ou depois da prática do ato; de legitimidade ou de mérito, segundo examine a conformidade com a lei ou apenas aspectos de oportunidade e conveniência.

Abrange atos dos mais variados tipos, como autorização, aprovação, anulação, revogação, intervenção.

No entanto, os vários tipos de controles e as várias espécies de tutela admissíveis doutrinariamente, somente se aplicam quando previstos expressamente em lei. Assim, é o exame do direito positivo que diz o que pode e o que não pode fazer a autoridade de tutela.

No direito positivo brasileiro, não se usa a expressão tutela.

Na esfera federal, a matéria está disciplinada, basicamente, pelo Decreto-lei nº. 200, que usa a expressão “supervisão ministerial”. Esta é exercida pelos Ministérios sobre os órgãos da Administração Direta e Indireta enquadrados em sua área de competência (art. 19 e seguintes).

De acordo com o artigo 26, no que se refere à administração indireta, a supervisão visará assegurar, especialmente:

I - a realização dos objetivos fixados nos atos da constituição da entidade;

II - a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;

III - a eficiência administrativa;

IV - a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Também vem sendo utilizado como instrumento de controle o contrato de gestão, celebrado entre a Administração Direta e a entidade da Administração Indireta. Por meio dele, são estabelecidas metas que a entidade se obriga a cumprir em troca de maior autonomia.

Ao término do prazo contratual, a entidade submete-se a controle de resultado, para avaliação do cumprimento das metas (v. item 8.8.4).

O parágrafo único do mesmo dispositivo indica as medidas possíveis, ou seja, o que se denomina de atos de tutela, que abrangem, dentre outros, a indicação ou nomeação do dirigente da entidade, o recebimento de relatórios, balancetes, aprovação da proposta orçamentária, limites com gastos de publicidade e de pessoal, intervenção por motivo de interesse público.

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei Complementar nº. 7, de 6-11-69, prevê, no artigo 4º., a vinculação das entidades descentralizadas à Secretaria de Estado cujas atribuições se relacionem com a atividade principal que lhe cumpra exercer.

São estabelecidos três tipos de controle:

1. o de resultados, a ser exercido pela Secretaria a que estiver vinculada a entidade, quanto ao atendimento das finalidades e objetivos institucionais e a sua situação administrativa; e pela Secretaria da Fazenda, quanto à execução orçamentária, aos custos operacionais, à rentabilidade econômica de seus serviços, bem assim à situação econômico-financeira (art. 5º.);
2. o de legitimidade, a cargo da Secretaria da Fazenda, que será exercido pelo sistema de auditoria; abrange a legitimidade dos atos relativos à despesa, à receita, ao patrimônio, ao pessoal, material e transportes (arts. 6º. e 7º.);
3. o exercido pelo Governador, mediante aprovação de planos de trabalho, orçamento, regulamentos etc. (arts. 15 e 19).

A lei estabelece os atos de controle possíveis, de um lado sobre as autarquias e, de outro, sobre as fundações e empresas.

Enquanto o Decreto-lei nº. 200 prevê intervenção em todas as modalidades de pessoas descentralizadas, por motivo de interesse público (art. 26, parágrafo único, i), a lei estadual só a admite sobre as autarquias, quando se verificar desvio de finalidade ou inobservância de normas legais na sua administração (art. 18).

Finalmente, é importante realçar que o recurso não constitui ato de tutela; a rigor, não cabe recurso perante a Administração Direta, contra atos praticados por entidade descentralizada. O recurso existe onde haja subordinação hierárquica, o que não ocorre no caso dessas entidades. Excepcionalmente, poderá ser interposto recurso, desde que haja previsão legal expressa, sendo, nesse caso, chamado de recurso hierárquico impróprio.

Com exceção dessa hipótese, nas demais, prolatada a decisão final pelo dirigente da entidade, somente cabe ao interessado recorrer ao Poder Judiciário.

Capítulo 11 - Entidades Paraestatais e Terceiro Setor

11.1 AS EXPRESSÕES ENTIDADE PARAESTATAL E TERCEIRO SETOR

Embora não empregada na atual Constituição, “entidade paraestatal” é expressão que se encontra não só na doutrina e na jurisprudência, como também em leis ordinárias e complementares.

Como ensina Cretella Júnior (1980:140), paraestatal ou parestatal, “é vocábulo híbrido formado de dois elementos, a saber, a partícula grega pará, que significa ‘ao lado de’, ‘lado a lado’, e estatal, adjetivo formado sobre o nome latino status, que tem o sentido de Estado. À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente ao Estado”.

Conforme demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:350), o termo foi empregado, pela primeira vez, no direito italiano, em um decreto-lei de 1924, para indicar a existência de certos entes paraestatais, ao lado das autarquias; para alguns autores, o que se quis abranger, sob essa designação, seria um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria um pessoa semi-pública e semi-privada.

No entanto, posteriormente, o mesmo vocábulo foi utilizado, em outras leis italianas, para fazer referência a autarquias de base fundacional.

O termo passou para o direito brasileiro com a mesma imprecisão conceitual, havendo diferentes correntes de pensamento a respeito de seu significado:

1. para Cretella Júnior (1980:140-141), baseado na lição de Miguel Reale, “paraestatais são as autarquias que conservam fortes laços de dependência burocrática, possuindo, em regra, cargos criados e providos como os das demais repartições do Estado, âmbito de ação coincidente com o do território do Estado e participando amplamente do *jus imperii* ;
2. segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, o vocábulo designa os entes autárquicos que têm menores laços de subordinação com o Estado (apud Cretella Júnior, 1980:141);
3. para Hely Lopes Meirelles (1996:320) “entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”; são o meio-termo entre o público e o privado: compreendem as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo Poder Público e os serviços sociais autônomos;
4. para Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:353), a expressão abrange pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipo-suficientes, de assistência social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI). O desempenho das atividades protetórias (próprias do Estado de polícia por entidades que colaboram com o Estado, faz com que as mesmas se coloquem próximas do Estado, paralelas a ele.

Nesse mesmo sentido de entidades paralelas ao Estado, podem ser incluídas, hoje, além dos serviços sociais autônomos, também as entidades de apoio (em especial as fundações, associações e cooperativas), as chamadas organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Na realidade, todas essas entidades poderiam ser incluídas no conceito de serviços sociais autônomos; no entanto, elas serão analisadas com suas denominações específicas, não só porque estão sendo tratadas dessa forma, como também porque apresentam determinadas peculiaridades que merecem ser apontadas separadamente.

Não existe uniformidade terminológica no enquadramento dessas entidades em categorias já existentes ou em novas categorias.

Os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam de terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender a determinados requisitos impostos por lei e que variam de um caso para outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social. Esse tipo de entidade existe desde longa data, mas agora está adquirindo feição nova, especialmente com a promulgação da Lei nº. 9.790, de 22-3-99, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público. Normalmente celebram convênio com o poder público, para formalizar a parceria.

Outros, também teóricos da Reforma do Estado, sem descartar a expressão terceiro setor, incluem tais entidades entre as públicas não estatais; entende-se que são públicas, porque prestam atividade de interesse público; e não estatais, porque não integram a Administração Pública, seja direta ou indireta.

Usando a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, incluímos essas entidades entre as chamadas entidades paraestatais, no sentido em que a expressão é empregada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, para abranger pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração Indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional. Exatamente por atuarem ao lado do Estado, recebem a denominação de entidades paraestatais; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrange as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Em todas essas entidades estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, no sentido de que são instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público; por essa razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público. Integram o terceiro setor, porque

nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta. Incluem-se entre as chamadas organizações não governamentais - ONGs. Todas essas entidades enquadram-se na expressão entidade paraestatal.

No entanto, o sentido em que se vulgarizou a expressão entidade paraestatal é mais aquele utilizado por Hely Lopes Meirelles, de modo a abranger as entidades de direito privado que integram a Administração Indireta (empresas estatais de todos os tipos e fundações de direito privado), bem como os serviços sociais autônomos; a tais entidades tem-se que acrescentar, agora, as entidades de apoio (fundações, associações e cooperativas), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Em tal sentido deve ser interpretada a expressão entidade paraestatal no artigo 327, parágrafo único, do Código Penal e no artigo 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar nº. 3, de 27-8-69), que confere juízo privativo às entidades paraestatais.

Em relação às entidades de apoio e às organizações sociais, fica muito clara a intenção de fugir ao seu enquadramento entre as entidades da Administração Indireta e, em consequência, ao regime jurídico imposto às mesmas como licitação, concurso público e controle. No entanto, considerando que tais entidades administram, em regra, bens do patrimônio público, inclusive dinheiro público, não é possível que fiquem inteiramente à margem de determinados preceitos publicísticos, sob pena de burla aos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, precisamente para proteger o patrimônio público.

Se fogem ao conceito de Administração Indireta, não escapam, contudo, ao conceito de entidade paraestatal, que exige a imposição parcial de normas de direito público.

11.2 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Serviços sociais autônomos, consoante Hely Lopes Meirelles (1996:338) “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para-fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.

Como exemplo, ele cita o SENAI, SENAC, SESC, SESI, com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras”.

Acrescenta o autor que tais entidades, “embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições para-fiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentário da entidade que as criou”.

Também Orlando Gomes escreveu sobre o assunto em parecer publicado na RDA nº. 19/384-391, mas no qual apenas se preocupa em demonstrar que tais entidades não são pessoas jurídicas de direito público só pelo fato de serem subvencionadas mediante arrecadação de contribuições para-fiscais instituídas por lei. Ele apenas conclui que têm personalidade jurídica de direito privado, não se enquadrando especificamente nem

como fundações nem como associações, mas sem esclarecer se tais entidades integram ou não a Administração Indireta.

As leis que deram origem a tais entidades não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre com as entidades da Administração Indireta. Tais leis atribuíram à Confederações Nacionais o encargo de fazê-lo. Veja-se, a título de exemplo, os Decretos-leis nºs. 9.403, de 25-6-46, e 9.853, de 13-9-46, que atribuíram, respectivamente, à Confederação Nacional da Indústria e à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criarem, organizarem e dirigirem o Serviço Social da Indústria - SESI e o Serviço Social do Comércio - SESC. Paralelamente, pelos mesmos decretos-leis, o poder público garantiu a manutenção das entidades por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores.

Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); exatamente por isso, são incentivadas pelo poder público. A atuação estatal, no caso, é de fomento e não de prestação de serviço público. Por outras palavras, a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente a essa finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

Talvez por isso essas entidades não sejam consideradas integrantes da Administração Indireta. No entanto, pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação, à exigência de processo seletivo para seleção de pessoal, à prestação de contas, à equiparação de seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei nº. 8.429, de 2-6-92).

11.3 ENTIDADES DE APOIO

Por entidades de apoio pode-se entender as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio.

Pelo conceito, verifica-se a presença das seguintes características em tais entidades:

- a) elas não são instituídas por iniciativa do Poder Público, mas por servidores públicos de determinada entidade estatal, e com os seus próprios recursos;
- b) essas entidades, mais comumente, assumem a forma de fundação, mas também podem assumir a forma de associação ou cooperativa, sempre sem fins lucrativos e inserindo em seus estatutos objetivos iguais aos da entidade pública junto à qual pretendem atuar;
- c) em consequência, enquanto a entidade pública presta serviço público propriamente dito, a entidade de apoio presta o mesmo tipo de atividade, porém, não como serviço público delegado pela Administração Pública, mas como atividade privada aberta à

iniciativa privada; ela atua mais comumente junto a hospitais públicos e a universidades públicas;

- d) sendo a atividade prestada em caráter privado, ela não fica sujeita ao regime jurídico imposto à Administração Pública; por outras palavras, seus contratos são de direito privado, celebrados sem licitação; seus empregados são celetistas, contratados sem concurso público; por não serem servidores públicos, não ficam sujeitos às normas constitucionais pertinentes a essa categoria de trabalhadores; por não desempenharem atividade delegada pelo Poder Público, não se sujeitam à tutela administrativa;
- e) para poderem atuar como entidades de apoio, paralelamente à Administração Pública, estabelecem um vínculo jurídico com a mesma, em regra por meio de convênio.

Normalmente por meio desse convênio, é prevista, em benefício dessas entidades, a utilização de bens públicos de todas as modalidades (móveis e imóveis) e de servidores públicos.

Ao contrário dos serviços sociais autônomos, que foram adequadamente disciplinados por lei, as entidades de apoio não têm uma disciplina legal específica, a não ser pela Lei Federal nº. 8.958, de 20-12-94, que veio estabelecer as normas que disciplinam as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Foram estabelecidas exigências de controle, de prévio credenciamento junto ao Ministério da Educação e da Ciência e Tecnologia, de licitação (nas hipóteses que especifica), de prestação de contas, além de requisitos para a utilização, pela fundação, de servidores públicos e de bens públicos, neste último caso mediante remuneração.

Essa lei foi promulgada, tendo em vista que o Tribunal de Contas da União decidiu pela ilegalidade do vínculo jurídico que havia entre as fundações de apoio e as universidades federais (conforme publicação no Diário Oficial da União de 25-11-92, Seção I, p.16.302 a 16.305).

Sobre o assunto, discorremos no livro *Parcerias na administração pública*, São Paulo : Atlas, 1999, p. 213 e seguintes. Ali opinamos no sentido de ser bastante duvidosa a legalidade da forma de atuação dessas entidades, pelo fato de se utilizarem livremente do patrimônio público e de servidores públicos, sem observância do regime jurídico imposto à Administração Pública. Ficou demonstrado que, embora haja diferenças entre umas e outras entidades de apoio, elas obedecem, em regra, a determinado padrão. Com efeito, a cooperação com a Administração se dá, em regra, por meio de convênios, pelos quais se verifica que praticamente se confundem em uma e outra as atividades que as partes conveniadas exercem; o ente de apoio exerce as atividades próprias da entidade estatal com a qual celebrou o convênio, tendo inseridas tais atividades no respectivo estatuto, entre os seus objetivos institucionais. A Própria sede das duas partes também, por vezes, se confunde, pois o ente de apoio nem sempre tem sede própria. Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio é constituída por servidores dos quadros da entidade pública com a qual cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua.

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio.

E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências de licitação (nem mesmo os princípios da licitação) e sem a realização de qualquer tipo de processo seletivo para a contratação de empregados. Essa é a grande vantagem dessas entidades: elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público.

Seria necessário que o legislador estabelecesse um mínimo de normas sobre tais entidades, não para igualá-las às entidades da Administração Pública, mas para submetê-las a regime jurídico semelhante ao dos serviços sociais

autônomos. Poderiam sujeitar-se ao direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público, com o objetivo de melhor proteger o patrimônio público que elas administram. Bastaria que a referida Lei nº. 8.958/94 tivesse alcance mais amplo, de modo a abranger todas as entidades de apoio.

11.4 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As chamadas organizações sociais constituem novo tipo de entidade disciplinada, no âmbito federal, pela Lei nº. 9.637, de 15-5-98 (v. Di Pietro, 1999:198-205).

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.

Esse tipo de entidade foi mencionado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo MARE - Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião de 21-9-95. Alguns Estados, antecipando-se ao Governo Federal, acabaram legislando sobre a matéria por meio de leis estaduais, segundo o modelo proposto no Plano Diretor.

Podem ser apontadas as seguintes características na organização social:

- a) é definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é declarada, pela medida provisória, como “entidade de interesse social e utilidade pública”;
- c) ela pode atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- d) seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são definidas por meio de contrato de gestão, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- f) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada; o controle que sobre ela se exerce é de resultado;

- g) o fomento pelo poder público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social;
- h) a entidade poderá ser desqualificada como organização social quando descumprir as normas do contrato de gestão.

A Lei nº. 9.648, de 27-5-98, que alterou a Lei nº. 8.666, de 21-6-93 (lei De licitações e contratos), privilegiou as organizações sociais ao prever, entre as hipóteses de dispensa de licitação, a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão” (art. 24, XXIV).

Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do poder público; e não serviço público delegado pelo Estado.

Mas a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social; quando a entidade absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art.198 da Constituição Federal e no art. 7º. da Lei nº. 8.080, de 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais.

Embora a medida provisória não diga expressamente, é evidente e resulta nela implícito que as organizações sociais vão absorver atividades hoje desempenhadas por órgãos ou entidades estatais, com as seguintes consequências: o órgão ou entidade estatal será extinto; suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidos à organização social; o serviço que era público passará a ser prestado como atividade privada. Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada, por meio dessa nova forma de parceria. Em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais.

Embora o Plano Diretor fale em publicização e a própria Lei nº. 9.637, logo na ementa, fale em Programa Nacional de Publicização para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de privatização de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade prestada muda a sua natureza; o regime jurídico, que era público, passa a ser de direito privado, parcialmente derrogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada.

No livro Parcerias na administração pública, 3ª edição, destacamos o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, porque fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade

privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública.

Vale dizer que os riscos e as falhas são exatamente os mesmos apontados com relação às entidades de apoio analisadas no item 11.3. Trata-se de entidades constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta de contrato de gestão com o poder público.

Para que a organização social se enquadrasse adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo:

- a) exigência de licitação para escolha da entidade;
- b) comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d) submissão aos princípios da licitação;
- e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato dela administrar patrimônio público.

Há que se assinalar que os Estados e Municípios, se quiserem, podem adotar medida semelhante à prevista na esfera federal; alguns já o fizeram. Mas é importante que não incidam nos erros constantes da lei federal. Seria importante que esta fosse alterada, para imprimir ao instituto um mínimo de moralidade que se espera na administração da res publica.

11.5 ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A Lei nº. 9.790, de 23-3-99, veio disciplinar as entidades que denominou de organizações da sociedade civil de caráter público. Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.

Como se verifica, o conceito é muito semelhante ao da organização social tratada no item 11.4. Em ambos os casos, trata-se de entidade privada, sem fins lucrativos, que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe uma qualificação pelo poder público:

organização social, em um caso, e organização da sociedade civil de interesse público, em outro. A idéia é a mesma que já inspirou anteriormente a outorga do título de utilidade pública. Uma vez qualificada pelo poder público, a entidade passa a receber algum tipo de auxílio por parte do Estado, dentro da atividade de fomento. Só que a organização da sociedade civil de caráter público, se comparada com a organização social, está mais bem estruturada e impõe requisitos mais rígidos para obtenção da qualificação.

Em primeiro lugar, houve a preocupação em definir, para os fins da lei, a entidade sem fins lucrativos, assim considerada aquela que “não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social” (art. 1º., § 1º.).

Além disso, o artigo 2º. expressamente exclui da abrangência da lei, tenham ou não fins lucrativos, as sociedades comerciais, sindicatos, 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; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art.192 da Constituição Federal.

Podem se apontadas as seguintes características na organização da sociedade civil de interesse público:

- a) é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) criada por particulares, deve habilitar-se perante o Ministério da Justiça para obter a qualificação (art. 5º.);
- c) deve atuar em pelo menos uma das seguintes áreas: assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação ou da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo (art. 3º.);
- d) seu vínculo com a Administração Pública é estabelecido por meio de termo de parceria, que deve especificar, como cláusulas essenciais o objeto, com especificação do programa de trabalho; as metas resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado; previsão de receitas e despesas,

inclusive com detalhamento das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, com comparação entre as metas e os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas; publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira (art.10, § 2º.);

- e) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão de Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (art.11); fomento pelo poder público ou cooperação entre poder público entidade privada, não sendo especificadas na lei as modalidades de fomento ou cooperação; há apenas algumas referências a bens ou recursos de origem pública;
- g) a entidade poderá perder a qualificação a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo, no qual será assegurada a ampla defesa e o contraditório (art. 7º.);
- h) em caso de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens de seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 13); também são previstos a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no país e no exterior (art.13, § 2º.).

Embora haja muitos pontos comuns entre essas entidades e as organizações sociais, é evidente que o objetivo visado pelo Governo é bem diverso nos dois casos; nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de caráter público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, dentre os documentos exigidos para obtenção da qualificação, estão o “balanço patrimonial e demonstrativo de resultados do exercício” e a “declaração de isenção do imposto de renda” (art. 5º., III e IV da Lei nº. 9.790/99). Isto evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.

Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º., por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.

Capítulo 12 - Órgãos Públicos

12.1 TEORIAS SOBRE AS RELAÇÕES DO ESTADO COM OS AGENTES PÚBLICOS

Considerando que o Estado é pessoa jurídica e que, como tal, não dispõe de vontade própria, ele atua sempre por meio de pessoas físicas, a saber, os agentes públicos.

Várias teorias surgiram para explicar as relações do Estado, pessoa jurídica, com seus agentes:

1. pela teoria do mandato, o agente público é mandatário da pessoa jurídica; a teoria foi criticada por não explicar como o Estado, que não tem vontade própria, pode outorgar o mandato;
2. pela teoria da representação, o agente público é representante do Estado por força de lei; equipara-se o agente à figura do tutor ou curador, que representam os incapazes; a teoria também foi criticada, quer por equiparar a pessoa jurídica ao incapaz, quer por implicar a idéia de que o Estado confere representantes a si mesmo, quando não é isso o que ocorre na tutela e curatela; além disso, essa teoria, da mesma forma que a anterior, teria outro inconveniente: quando o representante ou mandatário ultrapassasse os poderes da representação, a pessoa jurídica não responderia por esses atos perante terceiros prejudicados.
3. pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a idéia de representação pela de imputação.

Enquanto a teoria da representação considera a existência da pessoa jurídica e do representante como dois entes autônomos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que o órgão é parte integrante do Estado.

Essa teoria é utilizada por muitos autores para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato; considera-se que o ato do funcionário é ato do órgão e, portanto, imputável à Administração. A mesma solução não é aplicável à pessoa que assuma o exercício de função pública por sua própria conta, quer dolosamente (como o usurpador de função), quer de boa-fé, para desempenhar função em momentos de emergência; porque nesses casos é evidente a inexistência de investidura do agente no cargo ou função.

Vale dizer que existem limites à teoria da imputabilidade ao Estado de todas as atividades exercidas pelos órgãos públicos; para que se reconheça essa imputabilidade é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou seja, de poder reconhecido pela lei ou que, pelo menos, tenha aparência de poder jurídico, como ocorre no caso da função de fato. Fora dessas hipóteses, a atuação do órgão não é imputável ao Estado.

A teoria do órgão foi elaborada na Alemanha, por Otto Gierke, merecendo grande aceitação pelos publicistas, como Michoud, Jellinek, Carré de Malberg, D'Alessio, Cino Vitta, Renato Alessi, Santi Romano, Marcello Caetano, entre tantos outros.

12.2 CONCEITO

Com base na teoria do órgão, pode-se definir o órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado.

Na realidade, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas partes integrantes; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo. O órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, porque congrega funções que este vai exercer. Conforme estabelece o artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº. 9.784, de 29-1-99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, órgão é “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”. Isto equivale a dizer que o órgão não tem personalidade jurídica própria, já que integra a estrutura da Administração direta, ao contrário da entidade, que constitui “unidade de atuação dotada de personalidade jurídica” (inciso II do mesmo dispositivo) ; é o caso das entidades da Administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975^a:69), os órgãos “nada mais significam que círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos”.

12.3 NATUREZA

A respeito da natureza dos órgãos também foram formuladas algumas teorias, dentre as quais a subjetiva, a objetiva e a eclética ou mista.

A teoria subjetiva identifica os órgãos com os agentes públicos; essa teoria leva à conclusão de que, desaparecendo o funcionário, deixará de existir o órgão; essa é a sua grande falha.

A teoria objetiva vê no órgão apenas um conjunto de atribuições, inconfundível com o agente; essa teoria, defendida especialmente pela doutrina italiana, denomina o órgão de “ofício” (officio); tem a vantagem, sobre a anterior, de possibilitar a subsistência do órgão, não obstante o desaparecimento do agente. Ela é criticada porque, não tendo o órgão vontade própria, da mesma forma que o Estado, não explica como expressa a sua vontade, que seria própria vontade do Estado.

Pela teoria eclética, o órgão é formado por dois elementos, a saber, o agente e o complexo de atribuições; com isso, pretende-se superar as objeções às duas teorias anteriores. Na realidade, essa teoria incide na mesma falha que a subjetiva, na medida em que, exigindo os dois elementos para a existência do órgão, levará à mesma conclusão de que, desaparecendo um deles o agente - também desaparecerá o outro.

Acreditamos que a doutrina que hoje prevalece no direito brasileiro é que vê no órgão apenas um feixe de atribuições, uma unidade inconfundível com os agentes. Como diz Hely Lopes Meirelles (1996:64), “cada órgão, com centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que poder ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica.

Isto explica porque a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares não acarreta a extinção do órgão”. Além disso, grande parte dos órgãos é constituída por vários agentes, cada um exercendo uma parcela das atribuições totais dos órgãos que integram.

A existência de órgãos públicos, com estrutura e atribuições definidas em lei, corresponde a uma necessidade de distribuir racionalmente as inúmeras e complexas atribuições que incumbem ao Estado nos dias de hoje. A existência de uma organização e de uma distribuição de competências são atualmente inseparáveis da idéia de pessoas jurídicas estatais.

12.4 CLASSIFICAÇÃO

Vários são os critérios para classificar os órgãos públicos:

1. Quanto à esfera de ação, classificam-se em centrais (que exercem atribuições em todo o território nacional, estadual ou municipal, como os Ministérios, as Secretarias de Estado e as de Município) e locais (que atuam sobre uma parte do território, como as Delegacias Regionais da Receita Federal, as Delegacias de Polícia, os Postos de Saúde).

2. Quanto à posição estatal, classificam-se em independentes, autônomos, superiores e subalternos (cf. Hely Lopes Meirelles, 1996: 66-68).

Independentes são os originários da Constituição e representativos dos três Poderes do Estado, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e sujeitos apenas aos controles constitucionais de um sobre o outro; suas atribuições são exercidas por agentes políticos. Entram nessa categoria as Casas Legislativas, a Chefia do Executivo e os Tribunais.

Autônomos são os que se localizam na cúpula da Administração, subordinados diretamente à chefia dos órgãos independentes; gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica e participam das decisões governamentais. Entram nessa categoria os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, o Serviço Nacional de Informações e o Ministério Público.

Superiores são órgãos de direção, controle e comando, mas sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia; não gozam de autonomia administrativa nem financeira. Incluem-se nessa categoria órgãos com variadas denominações, como Departamentos, Coordenadorias, Divisões, Gabinetes.

Subalternos são os que se acham subordinados hierarquicamente a órgãos superiores de decisão, exercendo principalmente funções de execução, como as realizadas por seções de expediente, de pessoal, de material, de portaria, zeladoria etc.

3. Quanto à estrutura, os órgãos podem ser simples ou unitários (constituídos por um único centro de atribuições, sem subdivisões internas, como ocorre com as seções integradas em órgãos maiores) e compostos (constituídos por vários outros órgãos, como acontece com os Ministérios, as Secretarias de Estado, que compreendem vários outros, até chegar aos órgãos unitários, em que não existem mais divisões).
4. Quanto à composição, classificam-se em singulares (quando integrados por um único agente) e coletivos (quando integrados por vários agentes). A Presidência da República e a Diretoria de uma escola são exemplos de órgãos singulares, enquanto o Tribunal de Impostos e Taxas é exemplo de órgão colegiado. Quanto a essa classificação, merece menção o pensamento um pouco diverso de Renato Alessi (1970, t. I:84-85); ele divide os órgãos, quanto à sua estrutura, em burocráticos e colegiados. Os primeiros são aqueles que estão a cargo de uma só

pessoa física ou de várias pessoas ordenadas verticalmente, isto é, de forma que cada uma delas possa atuar individualmente, porém ligadas para sua necessária coordenação, por uma relação hierárquica

Quando se fala, por exemplo, de uma Diretoria, sabe-se que existe o Diretor, que é o responsável pelo órgão, mas dentro desse órgão existem outras pessoas ligadas ao dirigente, como secretárias, datilógrafos, contínuos. Já os órgãos colegiados são, ao contrário formados por uma coletividade de pessoas físicas ordenadas horizontalmente, ou seja, com base em uma relação de coligação o coordenação, e não uma relação de hierarquia; são pessoas situadas no mesmo plano e que devem atuar coletivamente em vez de individualmente, concorrendo a vontade de todas elas ou da maioria para a formação da vontade do órgão.

5. O mesmo autor ainda classifica os órgãos, quanto às funções, em ativos, consultivos ou de controle, segundo tenham por função primordial o desenvolvimento de uma administração ativa, ou de uma atividade consultiva ou de controle sobre outros órgãos.

13 - Servidores Públicos

13.1 TERMINOLOGIA

A Constituição de 1988, na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão “Servidores Públicos Civis” para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas. É o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção.

No entanto, na seção I, que contém disposições gerais concernentes à Administração Pública, contém normas que abrangem todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública direta, indireta e fundacional”, o que inclui não só as autarquias e fundações públicas, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado. Além disso, emprega a expressão servidor público, em várias normas, em sentido amplo que abrange todos os que prestam serviços a essas entidades, como os incisos VI e XV do artigo 37 e o artigo 38.

Na seção III, cuida dos servidores públicos militares.

Isso significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício; ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado.

Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo funcionário, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária.

Além disso, em outros capítulos existem preceitos aplicáveis a outras pessoas que exercem função pública; esta, em sentido amplo, compreende, não só a função

administrativa, de que cuida o capítulo referente à Administração Pública, mas também as funções legislativa e jurisdicional, tratadas em capítulos próprios.

E ainda há as pessoas que exercem função pública, sem vínculo empregatício com o Estado.

Daí a necessidade de adoção de outro vocábulo, de sentido ainda mais amplo do que servidor público para designar as pessoas físicas que exercem função pública, com ou sem vínculo empregatício.

De alguns tempos para cá, os doutrinadores brasileiros passaram a falar em agente público nesse sentido amplo.

13.2 AGENTES PÚBLICOS

Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta.

Antes da Constituição atual, ficavam excluídos os que prestavam serviços às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Hoje o artigo 37 exige a inclusão de todos eles.

Adotando a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975^a:6) que, por sua vez se inspirou na lição de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, e introduzindo

as necessárias alterações para adaptá-la à Constituição de 1988, pode-se dizer que são três as categorias de agentes públicos:

1. agentes políticos;
2. servidores públicos; e
3. particulares em colaboração com o poder público.

13.2.1 Agentes políticos

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na conceituação dos agentes políticos.

Para Hely Lopes Meirelles (1996:72) “agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Ele inclui nessa categoria tanto os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1975^a:7 e 1995:135) adota um conceito mais restrito: “Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”. Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores. Esta última conceituação é a preferível. A idéia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando idéia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).

Ao tratarmos do assunto concernente à Administração Pública, vimos, baseados na lição de Renato Alessi, que a função política “implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções buscando a unidade de soberania estatal”. Compreende basicamente, as atividades de direção e as co-legislativas, ou seja, as que implicam a fixação de metas, de diretrizes, ou de planos governamentais.

Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle a posteriori.

O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração. Em suas atribuições

constitucionais nada se encontra que justifique a sua inclusão entre as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.

Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere com agente político aquele que as exerce.

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.

A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação.

13.2.2 Servidores públicos

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
3. os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Os da primeira categoria submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo funcionário. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do funcionário, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

Os da segunda categoria são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre direito do trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no capítulo VII, do título III, da Constituição.

Os da terceira categoria são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Eles substituem os servidores a que fazia referência o artigo 106 da Constituição de 1967, que previa, também, um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada. No Estado de São Paulo, esse regime foi instituído pela Lei nº 500, de 13-11-1974, que acabou por desvirtuar a norma constitucional e com ela conflitar, ao estabelecer, para os servidores “temporários”, regime jurídico praticamente igual ao do

funcionário público, com a agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente. Hoje, não mais se tolera a admissão, mas apenas a contratação, que somente pode ocorrer “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”; não existe mais a contratação para serviços de natureza técnica especializada.

Na vigência da Constituição anterior, dizia-se que funcionário público só existia na Administração direta (incluindo Executivo, Judiciário, e Legislativo), pois apenas ele ocupava cargo público criado por lei e se submetia ao Estatuto dos Funcionários Públicos; os servidores autárquicos ou tinham regime estatutário próprio ou se submetiam à CLT, sendo seus cargos criados pelo Poder Executivo.

A Constituição de 1988 prevê regime jurídico único para os servidores da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas (art. 39) e exige que seus cargos, empregos e funções sejam criados por lei (art. 61, § 1º, II, “a”). Desse modo, o ente político optar pelo regime estatutário, haverá cargos e, portanto funcionários, na Administração direta, autarquias e fundações públicas. Se optar pelo regime contratual, todos serão empregados Públicos. Na esfera federal já se optou pelo regime estatutário (Lei nº 8.112/90).

Qualquer que seja o regime jurídico adotado para seus servidores, algumas categorias se enquadrarão como servidores estatutários, ocupantes de cargos e sob regime estatutário estabelecido por leis próprias: trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Geral e da Defensoria Pública.

Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos Públicos criados por lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas. Também os servidores que trabalham em serviços auxiliares da justiça serão ocupantes de cargos, conforme decorre do artigo 96, I, “e”, da Constituição.

Os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas regem-se pela legislação trabalhista; para as empresas que exercem atividade econômica esse regime é imposto pelo artigo 173, § 1º, da Constituição. Para os demais, não é obrigatório, mas é o que se adota por meio das leis ordinárias, por ser o mais compatível com o regime de direito privado a que se submetem.

13.2.3 Particulares em colaboração com o poder público

Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem:

1. delegação do poder público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do poder público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço;
2. mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes; é o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de

trabalho etc.; também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração;

3. como gestores de negócio que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente etc.

13.3 CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.

Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da idéia de que na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos; estes ocupam cargos ou empregos ou exercem função.

Daí a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975^a:17): “cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente”.

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.

Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao cargo e era atribuída ao funcionário público sob regime estatutário.

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão “emprego público” passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei n- 8.112/90).

No entanto, ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

A função abrangia, antes da atual Constituição, pelo menos, duas modalidades diversas:

1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como pro labore, representação, gratificação, função gratificada;

2. a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compõem um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos; normalmente essas funções têm a mesma denominação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém são de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exercem; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos.

Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a função sem criar-se o cargo; com isto contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura.

A Constituição de 1967, com a norma do artigo 106, pretendeu restringir a possibilidade de existência desse quadro paralelo, ao prever regime especial apenas para a admissão de servidores em serviços de caráter temporário e contratação para funções de natureza técnica especializada. No entanto, no Estado de São Paulo, a norma foi totalmente desvirtuada, mantendo-se, pela Lei nº 500, de 13-11-74, um Quadro de funções para serviços permanentes, paralelo e análogo ao Quadro de cargos.

A Constituição de 1988 restringe ainda mais, pois, de um lado, prevê regime jurídico único para os servidores, o qual poderá ser estatutário ou contratual, a critério de cada unidade da federação; de outro lado, prevê, com caráter de excepcionalidade para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Estes servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional.

Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para as quais não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei nº 8.112/90 definia, no artigo 233, § 3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.745, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 1.554/96, sucessivamente reeditada.
2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar que “os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”. Também se faz referência a elas no art. 19, § 2º, das disposições transitórias para excluí-las da estabilidade excepcional concedida por esse dispositivo.

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego; nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público.

A discussão quanto aos dois tipos de função atualmente existentes é de fundamental importância, porque há uma série de normas constitucionais que, ao fazerem referência a cargo, emprego ou função, estão-se referindo às funções de confiança e não à função temporária exercida com base no artigo 37, IX; qualquer outra interpretação seria inaceitável, por não se compatibilizar com a transitoriedade e excepcionalidade dessas contratações.

É o caso do artigo 38, que prevê o afastamento do cargo, emprego ou função, para o exercício de mandato; não seria admissível que um servidor contratado temporariamente pudesse afastar-se com essa finalidade. Também o artigo 37, I, que torna os cargos,

empregos e funções acessíveis apenas a brasileiros; a proibição não pode alcançar os contratados temporariamente, sob pena de fechar-se as portas à contribuição de estrangeiros nas áreas do ensino, saúde, cultura e outros setores em que se faça necessária ou até indispensável. Ainda a norma do artigo 61, § 1º, II, “a”, que exige lei de iniciativa do Executivo para a criação de cargos, funções ou empregos públicos; seria totalmente inviável conceber-se a fixação de determinado número de funções para atender a situações eventuais e imprevisíveis.

13.4 NORMAS CONSTITUCIONAIS

13.4.1 Regime jurídico do servidor

A Constituição de 1988, em sua redação original, deu especial relevo ao princípio da isonomia; em vários dispositivos revelava-se a preocupação de assegurar a igualdade de direitos e obrigações em diferentes aspectos da relação funcional.

Já o artigo 5º, pertinente aos direitos e deveres individuais e coletivos, assegurava (e continua a assegurar), em dois preceitos diversos, o princípio da isonomia; o caput afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Depois da dupla referência ao mesmo princípio, o constituinte ainda acrescentou, no inciso I, a norma segundo a qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Não bastassem essas normas, que são aplicáveis a todas as esferas do governo, a Constituição especificava, com relação aos servidores públicos, a forma como queria que a isonomia fosse observada, em aspectos como o regime jurídico (que deveria ser único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas), a remuneração (em relação aos servidores em atividade, inativos e pensionistas) e as condições de ingresso.

A Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, trouxe algumas modificações nessa sistemática, pois excluiu a exigência de regime jurídico único, contida no caput do artigo 39, bem como a regra da isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que constava do § 1º do mesmo dispositivo.

Com a exclusão da norma constitucional do regime jurídico único, ficará cada esfera de governo com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual, ressalvadas aquelas carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como “atividades exclusivas de Estado”, conforme previsto no artigo 247 da Constituição, acrescido pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98.

Na esfera federal, a Lei nº 8.112, de 11-12-90, alterada pela Lei nº 9.527, de 10-10-97, estabeleceu o regime estatutário como regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas. A lei continua a aplicar-se, apenas deixando de ser obrigatória para todas as categorias de servidores, já que a Emenda Constitucional nº 19 acabou com a exigência de uniformidade de regime

jurídico. Em outras palavras, o regime estatutário poderá coexistir com o regime contratual.

Quanto à isonomia de vencimentos, embora excluída sua previsão do artigo 39, § 1º, mantém-se, de certa forma, não só em decorrência da norma do artigo 5º, caput e inciso I, como de outros dispositivos constitucionais pertinentes aos servidores públicos, em especial o artigo 37, incisos X e XII, e artigo 40, §§ 7º e 8º, como se verá ao tratar da matéria referente à remuneração.

13.4.2 Direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas

O inciso I do artigo 37, na redação original, assegurava o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas apenas aos brasileiros que preenchessem os requisitos estabelecidos em lei, o que abrangia os natos e naturalizados, já que a Constituição não faz qualquer distinção.

Sempre se entendeu que a contratação de estrangeiro era possível na hipótese do artigo 37, inciso IX, para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Tanto assim que a Lei nº 8.745, de 9-12-93, que dispõe sobre a contratação de servidor temporário e que foi alterada pela Medida Provisória nº 1.748-39, de 12-3-99, inclui, entre os casos que admitem contratação com base no referido dispositivo constitucional, o de professor estrangeiro e pesquisador visitante estrangeiro (art. 2º, IV).

Um abrandamento à norma do inciso I do artigo 37 surgiu com a Emenda Constitucional nº 11, de 30-4-96, que introduziu dois parágrafos no artigo 20 da Constituição para permitir às universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

Esse dispositivo foi disciplinado, na esfera federal, pela Lei nº 9.515, de 20-11-97, que dispõe sobre admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e pelas instituições de pesquisa científica e tecnológica federais. Essa lei introduziu um § 3º no artigo 5º da Lei nº 8.112/90, estabelecendo que “as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta lei”.

Essa lei somente se aplica à esfera federal. Os Estados e Municípios deverão editar suas próprias normas. A Universidade de São Paulo, antes mesmo da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 11/96, já havia alterado seu estatuto para admitir o ingresso de estrangeiros, nos termos da Resolução nº 3.801, de 5-4-91.

Agora, com a Emenda Constitucional nº 19/98, que dá nova redação ao inciso I do artigo 37, o direito de acesso estende-se também aos estrangeiros, “na forma da lei”; entende-se que se trata de lei de cada entidade da federação já que a matéria de servidor público não é reservada à competência privativa da União. O dispositivo não é auto-aplicável, dependendo de lei que estabeleça as condições de ingresso do estrangeiro.

13.4.3 Condições de ingresso

Nos termos do artigo 37, II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Além dos cargos em comissão, a própria Constituição estabelece outras exceções, como as referentes à nomeação dos membros dos Tribunais (arts. 73, § 2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, III, § 2º, 119, II, 120, III, e 123).

Uma dúvida que pode ensejar a norma do artigo 37, II, é sobre a razão de o dispositivo mencionar a exigência de concurso público apenas para cargo ou emprego público, deixando de lado as funções. José Afonso da Silva (1989:571), comentando esse preceito, diz que “deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados”.

Permitimo-nos discordar do jurista por entendermos que função, em paralelo a cargo e emprego, só existirá para os contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração. Pelo inciso V na nova redação, essas funções de confiança somente são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Já na vigência da Constituição anterior, a admissão só era possível para serviços temporários, com base em seu artigo 106, e hoje continua apenas nessa hipótese, agora mais restringida pela excepcionalidade do interesse público

e pela exigência de contratação por tempo determinado. Daí a desnecessidade de concurso, pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível.

Na esfera federal, a Lei nº 8.745, de 21-5-98, alterada pela Medida Provisória nº 1.748-39, de 12-3-99, indica como casos 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 de projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM.

Pelo artigo 3º, a contratação do servidor temporário será feita mediante processo seletivo simplificativo, prescindindo de concurso público; nos termos do § 1º, a contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública prescindirá de processo seletivo; e, pelo § 2º, a contratação, nos casos dos incisos IV e dos incisos V e VI, alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “g”, do artigo 2º, poderá ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae.

Estados e Municípios que queiram contratar servidores temporários com base no artigo 37, IX, têm que estabelecer, por suas próprias leis, as hipóteses em que essa contratação é possível e o regime jurídico em que a mesma se dará.

Com relação às funções de confiança, também não se justifica o concurso público, apenas exigindo a Constituição, no artigo 37, V que sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que se limitem às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Essa exigência, que decorre de alteração introduzida nesse inciso pela Emenda Constitucional nº 19, impede que pessoas estranhas aos quadros do funcionalismo sejam admitidas para funções de confiança. Do mesmo modo, não se justifica o concurso para os cargos em comissão, tendo em vista a ressalva contida na parte final do inciso II, e a norma do inciso V que, com a redação dada pela Emenda constitucional nº 19, exige apenas que os mesmos sejam preenchidos “por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei”. Isto significa que a lei que vier a disciplinar esse dispositivo deverá assegurar que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por servidores de carreira.

Ainda no que diz respeito ao ingresso, o artigo 37, inciso III, fixa o prazo de validade de dois anos para validade do concurso, prorrogável uma vez, por igual período; a prorrogação fica a critério da Administração, inexistindo, para os candidatos aprovados, direito subjetivo a essa prorrogação.

Nos termos do inciso IV “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir o cargo ou emprego na carreira”. Essa norma significa que, enquanto houver candidatos aprovados em concurso e este estiver dentro do prazo de validade fixado no edital, eles terão prioridade para a nomeação, ainda que a Administração tenha feito outro concurso, também com candidatos habilitados.

Para as pessoas portadoras de deficiência, o inciso VIII determina que a lei lhes reserve percentual dos cargos e empregos públicos e defina os critérios de sua admissão. O dispositivo não é auto-aplicável, cabendo aos interessados adotar as medidas judiciais cabíveis em caso de omissão do poder público na promulgação da lei (inconstitucionalidade por omissão).

Também no que se refere ao ingresso, aplica-se aos servidores públicos a regra do artigo 7º, XXX, conforme determina o artigo 39, § 3º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. De acordo com aquele dispositivo, são vedadas diferenças de

salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Contudo, o artigo 39, § 3º, na parte final, permite que a lei estabeleça requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. Trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade (v. item 3.3.12).

Embora o objetivo do constituinte seja o de proibir o limite de idade e outros tipos de discriminação, a proibição não pode ser interpretada de modo absoluto; primeiro, porque o artigo 37, I, deixa para a lei ordinária a fixação dos requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções; segundo, porque, para determinados tipos de cargo, seria inconcebível a inexistência de uma limitação, quer em relação a sexo, quer em relação a idade. Não se poderia conceber que, para o cargo de guarda de presídio masculino, fossem admitidas candidatas do sexo feminino, ou que para certos cargos policiais fossem aceitas pessoas de idade mais avançada. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1978:24), “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”. E acrescenta que, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”.

Cabe ao legislador, portanto, estabelecer critérios para admissão com obediência ao princípio da isonomia, só estabelecendo exigências específicas quando necessária em razão das atribuições a serem exercidas. A Constituição de 1989 veda, no artigo 115, XXVII, a estipulação de limite de idade para ingresso, por concurso, na administração direta e indireta. O dispositivo deve ser interpretado de tal forma que se coadune com a redação do artigo 39, § 3º, Constituição Federal, para admitir a exigência aparentemente discriminatória quando o tipo de cargo o exigir.

Cabe, ainda, assinalar que o ingresso de servidor com inobservância no normas legais pertinentes dá margem a ação popular, nos termos do artigo 4º, I, da Lei nº 4.717, de 29-6-65.

13.4.4 Sistema remuneratório dos servidores públicos

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe modificações significativas no sistema remuneratório dos servidores públicos. Além de excluir do artigo 39 o princípio da isonomia de vencimentos, introduziu, ao lado do atual regime, o regime de subsídios para determinadas categorias de agentes públicos.

A Constituição de 1988, seguindo a tradição das Constituições anteriores, fala ora em remuneração, ora em vencimentos para referir-se à remuneração paga aos servidores públicos pelas entidades da Administração Pública direta ou indireta. Por vezes, o mesmo dispositivo usa os dois vocábulos, a exemplo do que ocorre no artigo 37, incisos XIII e XV. A legislação infraconstitucional incumbe-se de dar o conceito legal.

A regra que tem prevalecido, em todos os níveis de governo, é a de que os estipêndios dos servidores públicos compõem-se de uma parte fixa, representada pelo padrão fixado em lei, e uma parte que varia de um servidor para outro, em função de condições especiais de prestação do serviço, em razão do tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que são denominadas, genericamente, de vantagens pecuniárias; elas compreendem, basicamente, adicionais, gratificações e verbas indenizatórias.

A mesma sistemática tem sido adotada para os membros da Magistratura, Ministério Público e Tribunal de Contas. Para o Chefe do Executivo e para os Parlamentares, a Constituição falava em remuneração nos artigos 27, §§ 1º e 2º, 29, incisos V, VI e VII, e 49, incisos VII e VIII.

A Constituição de 1988, em sua redação original, não falava em subsídios para nenhuma categoria de agente público, seja para os agentes políticos, seja para os servidores públicos.

Na Constituição anterior, de 1967, o subsídio era previsto nos artigos 33 e 44, inciso VII, para Deputados, Senadores e Presidente da República.

Segundo o artigo 33, “o subsídio, dividido em parte fixa e parte variável, e a ajuda de custo de Deputados e Senadores serão iguais e estabelecidos no fim de cada legislatura para a subsequente”.

Pelo § 1º, a ajuda de custo tinha caráter indenizatório de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa.

Quanto ao subsídio, a parte variável, consoante norma do § 3º, somente era paga em caso de efetivo comparecimento do congressista e participação nas votações. O mesmo sistema era adotado para os Vereadores, pela Lei complementar nº 25/75 e, para os Deputados Estaduais, pelo artigo 15 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967.

Abandonada a expressão subsídio na Constituição de 1988, volta a ser prevista na Emenda Constitucional nº 19, porém apenas para algumas categorias de agentes públicos. Com isso, passaram a coexistir dois sistemas remuneratórios para os servidores: o tradicional, em que a remuneração compreende uma parte fixa e uma variável, composta por vantagens pecuniárias de variada natureza, e o novo, em que a retribuição corresponde ao subsídio, constituído por parcela única, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis. O primeiro sistema é chamado, pela Emenda, de remuneração ou vencimento e, o segundo, de subsídio.

13.4.4.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À REMUNERAÇÃO OU VENCIMENTO

Já foi visto que a Emenda Constitucional nº 19 excluiu do artigo 39, § 1º, a regra que assegurava isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Isto, contudo, não impedirá que os servidores pleiteiem o direito à isonomia, com fundamento no artigo 5º, caput e inciso I.

Além disso, mantém-se a norma do artigo 37, inciso XII, segundo a qual “os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”. É a antiga regra da paridade de vencimentos, que vem do artigo 98 da Constituição de 1967, sempre interpretada no sentido de igualdade de remuneração para os servidores dos três Poderes.

Outra norma que reforça essa idéia é a do inciso XI que, com a nova redação dada pela Emenda nº 19, estabelece teto de vencimentos igual para os servidores dos três Poderes.

E ainda a norma do inciso X do artigo 37 que, também com redação alterada, exige a revisão anual da remuneração, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

A isonomia é assegurada também aos inativos e aos pensionistas (dependentes do servidor falecido), como se constata pelo § 8º do artigo 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. O dispositivo exige revisão dos proventos de aposentadoria e da pensão, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos 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. A alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 20 teve por objetivo aplicar a mesma norma, antes referida apenas aos aposentados, também aos pensionistas. Em relação aos pensionistas, o tratamento isonômico ainda decorre do § 7º do artigo 40, acrescentado pela mesma Emenda, em cujos termos “lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será 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, observado o disposto no § 3º”.

Embora o dispositivo já estabeleça a isonomia, ele remete a fixação da pensão ao legislador, mandando observar a regra do § 3º do mesmo artigo 40. Isto se justifica pelo fato de que nem todas as vantagens recebidas pelo servidor em atividade são incorporadas à remuneração para fins de cálculo dos proventos da aposentadoria e da pensão.

Há que se observar que essas regras do artigo 40, sobre proventos de aposentadoria e pensão, somente se aplicam aos servidores públicos titulares de cargos públicos, sujeitos, portanto, ao regime previdenciário estabelecido nesse dispositivo. Os demais servidores sujeitam-se ao regime geral da previdência social (art. 201 e seguintes), tendo os proventos e a pensão disciplinados de forma diferente, conforme será analisado no item 13.4.7.1.

Com relação à fixação e alteração da remuneração dos servidores públicos, só pode ser feita por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, conforme artigo 37, inciso X, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. A iniciativa das leis é repartida entre o Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, a), Tribunais (art. 96, II, b), Ministério Público (art. 127, § 2º) e Tribunal de Contas (art. 73, combinado com o art. 96). Cada um desses órgãos remete ao Legislativo projeto de lei, seja de criação de cargos, seja de fixação de vencimentos de seus servidores, devendo todos observar os limites estabelecidos para os servidores do Executivo (art. 37, XII).

O inciso XIII do artigo 37, com a nova redação dada pela Emenda nº 19, veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. O que se visa impedir, com esse dispositivo, são os reajustes automáticos de vencimentos, o que ocorreria se, para fins de remuneração, um cargo ficasse vinculado ao outro, de modo que qualquer acréscimo concedido a um beneficiária a ambos automaticamente; isso também ocorreria se os reajustes de salários fossem vinculados a determinados índices, como o de aumento do salário mínimo, o de aumento da arrecadação, o de títulos da dívida pública ou qualquer outro.

A justificativa para a proibição é clara, pois a Administração Pública, para pagar seus servidores, além de depender da existência de recursos orçamentários, sofre limitações, em especial a do artigo 169, em conformidade com a qual “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 limite foi estabelecido pela Lei Complementar nº 82, de 27-3-95 (60% da receita corrente líquida).

Outra limitação com a qual poderia conflitar também o reajuste automático de vencimentos é a contida no § 1º do artigo 169, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, em cujos termos, “a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

O inciso XIV do artigo 37, também alterado pela Emenda Constitucional nº 19, estabelece outra limitação ao poder público, em termos de remuneração dos servidores públicos, ao determinar que “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”. Pela redação original, esses cálculos cumulativos somente eram vedados quando se tratasse de acréscimos pecuniários pagos “sob o mesmo título ou idêntico fundamento”, tal como ocorria com os adicionais por tempo de serviço. Pela nova redação, o cálculo cumulativo de uma vantagem sobre outra é vedado, qualquer que seja o título ou fundamento sob os quais sejam pagas. A regra é tão rigorosa que, no dispositivo que assegura a irredutibilidade de vencimentos, foi feita ressalva quanto ao artigo 37, inciso XIV (conf. art. 37, inciso XV com a nova redação). Isto significa que o legislador não pretende respeitar formas de cálculo feitas ao abrigo da redação original da Constituição, atingindo, portanto, direitos previamente adquiridos com ofensa ao artigo 5º., inciso XXXVI, da Constituição.

13.4.4.2 REGIME DE SUBSÍDIOS

O vocábulo subsídio tinha sido abandonado na Constituição de 1988 como forma de designar a remuneração dos agentes políticos, mas volta agora com a chamada Emenda da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº. 19/98), o que é lamentável, sob o ponto de vista terminológico.

Com efeito, ensinava José Afonso da Silva (1989:461-462) que a Constituição de 1988, ao suprimir o vocábulo, “rompeu com a tradição dos subsídios divididos em parte fixa e parte variável, e também não menciona ajuda de custo (...) Abandonando o termo subsídio, dá-se nova feição aos estipêndios parlamentares. Subsídio, de fato guardava certo resquício de sua antiga natureza, de mero auxílio, sem caráter remuneratório, pelos serviços prestados no exercício do mandato, mero achego com o fim e a natureza de adjutório, de subvenção, pelo exercício da função pública relevante. Mas, como já advertíamos nas edições anteriores desta obra, hodiernamente, assumiu caráter remuneratório, dado que o eleito deve manter-se, a si e a sua família, com a quantia que se lhe paga a título de subsídio, enquanto exerce o mandato. Foi correta, portanto, a mudança terminológica, de modo que o estipêndio assume, de vez, o sentido de pagamento por um serviço prestado”.

A volta do vocábulo subsídio significa, portanto, um retrocesso do ponto de vista terminológico. Em dicionário latim-português, a palavra subsidium designa tropa

auxiliar, gente que vem em socorro, e também significa ajuda, socorro. Não é com essa conotação que o servidor público quer ver interpretada a importância que recebe como forma de retribuição do serviço que presta.

No entanto, apesar do sentido original do vocábulo, é evidente que ele vem, mais uma vez, substituir, para algumas categorias de agentes públicos, a palavra remuneração ou vencimento, para designar a importância paga em parcela única, pelo Estado a determinadas categorias de agentes públicos, como retribuição pelo serviço prestado. Em consequência, não tem a natureza de ajuda, socorro, auxílio, mas possui caráter retributivo e alimentar.

O dispositivo básico para se entender a ideia de subsídio é o § 4º. do artigo 39, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o prevê como “parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI”.

Ao falar em parcela única, fica clara a intenção de vedar a fixação dos subsídios em duas partes, uma fixa e outra variável, tal como ocorria com os agentes políticos na vigência da Constituição de 1967. E, ao vedar expressamente o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, também fica clara a intenção de extinguir, para as mesmas categorias de agentes públicos o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública e que compreende o padrão fixado em lei mais as vantagens pecuniárias de variada natureza previstas na legislação estatutária.

Com isso, ficam derogadas, para os agentes que percebam subsídios, todas as normas legais que prevejam vantagens pecuniárias como parte da remuneração.

Em consequência, também, para remunerar de forma diferenciada os ocupantes de cargos de chefia, direção, assessoramento e os cargos em comissão, terá a lei que fixar, para cada qual, um subsídio composto de parcela única. O mesmo se diga com relação aos vários níveis de cada carreira abrangida pelo sistema de subsídio.

No entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º., a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º., IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º.) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias.

Poder-se-ia argumentar que o § 4º. do artigo 39 exclui essas vantagens ao falar em parcela única; ocorre que o § 3º. refere-se genericamente aos ocupantes

de cargo público, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando haja duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º. e 4º. do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional.

Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo; é o caso das diárias e das ajudas de custo. Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar.

Esse entendimento se confirma com a regra do artigo 57, § 7º., referente à sessão legislativa extraordinária do Congresso Nacional. Embora todos os parlamentares recebam, nos termos do artigo 39, § 4º., a já referida parcela única, está prevista paralelamente uma parcela indenizatória não superior à do subsídio mensal em caso de convocação para sessão legislativa extraordinária.

13.4.4.2.1 Agentes públicos em regime de subsídio

É curioso que a Emenda Constitucional nº. 19 tenha inserido, em sessão específica dos servidores públicos, normas que abrangem outras categorias de agentes públicos, inclusive agentes políticos. E isto ocorreu exatamente na matéria atinente aos subsídios.

Serão obrigatoriamente remunerados por subsídios:

a) todos os agentes públicos mencionados no artigo 39, § 4º., a saber: membro de Poder (o que compreende os membros do Legislativo,

Executivo e Judiciário da União, Estados e Municípios), o detentor de mandato eletivo (já alcançado pela expressão membro de Poder), Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais;

b) os membros do Ministério Público (art. 128, § 5º., I, c, com a redação da Emenda nº. 19);

c) os integrantes da Advocacia Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e os Defensores Públicos (art. 135, com a redação da Emenda nº. 19);

d) os Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 3º.);

e) os servidores públicos policiais (art. 144, § 9º., na redação da Emenda nº. 19).

Além desses, poderão, facultativamente ser remunerados mediante subsídios os servidores públicos organizados em carreira, conforme previsto no artigo 39, § 8º., o que constituirá opção para o legislador de cada uma das esferas de governo.

13.4.4.2.2 Competência para fixação e alteração dos subsídios

Uma primeira observação a ser feita é no sentido de que a substituição do atual regime remuneratório pelo sistema de subsídios não decorre diretamente da Constituição, pois depende de lei, conforme está expresso em vários dispositivos.

Os subsídios dos Deputados Estaduais, do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, conforme artigos 27, § 2º., e 28, § 2º., da Constituição, alterados pela Emenda Constitucional nº. 19. Os de Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais e Vereadores serão fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, conforme artigo 29, incisos V e VI.

Para os Deputados Federais, Senadores, Presidente e Vice-Presidente da República e Ministros de Estado, a fixação dos subsídios não se faz por lei, por ter sido prevista no artigo 49 entre as competências exclusivas do Congresso Nacional, portanto, sem sanção do Chefe do Poder Executivo. É de se presumir que os membros dos três Poderes receberão igual subsídio.

Com relação aos membros da Magistratura, há duas normas diversas: o artigo 48, inciso XV atribui ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, competência para “fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal”.

A razão é óbvia. Pelo artigo 37, inciso XI, o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal passam a constituir o teto salarial para todos os as categorias de agentes públicos. Daí a iniciativa conjunta. Fácil é perceber as dificuldades que essa iniciativa conjunta pode suscitar em sua aplicação e as controvérsias que se travarão para obter-se um consenso.

Para os Ministros dos Tribunais Superiores, a própria Constituição, no artigo 93, inciso V estabelece o montante dos subsídios em 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal; para os demais magistrados, a fixação será feita em lei, observado um escalonamento, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores; a lei, no caso, é de iniciativa dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça (art. 96, inciso II, b), cada qual para os respectivos membros.

Quanto aos demais servidores, o artigo 37, inciso X, estabelece que os subsídios somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso. Mantêm-se, inalterados os dispositivos da Constituição que definem a competência para iniciar os projetos de leis referentes à remuneração dos servidores. Ou seja, continua repartida entre o chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, a), Tribunais (art. 96, II, b), Ministério Público (art. 127, § 2º.) e Tribunal de Contas (art. 73, combinado com art. 96). Cada um desses órgãos remete ao Legislativo projeto de lei, seja de criação de cargos, seja de fixação de vencimentos dos seus servidores, devendo todos respeitar os limites estabelecidos para os servidores do Executivo, já que o artigo 37, XII, não foi alterado.

Vale dizer que os subsídios de todos os agentes públicos serão fixados por lei, ressalvadas as hipóteses dos Deputados Federais e Senadores, do Presidente e Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, em que a competência é exclusiva do Congresso Nacional.

Quanto à alteração dos subsídios, também somente poderá ser feita por lei, observadas as mesmas regras quanto à iniciativa legislativa e observada também a norma do artigo 169, §1º., que exige, para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.

13.4.4.2.3 Os subsídios para os servidores organizados em carreira

A Emenda nº. 19 não repete a norma do artigo 39, que previa o regime jurídico único e a instituição de planos de carreira para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas. Isto não significa, contudo, que a organização em carreira não possa ser prevista.

O artigo 39, § 1º., na nova redação, estabelece que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará, entre outras exigências, “a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira”.

Por sua vez, o § 2º. do mesmo dispositivo fala em “promoção na carreira”, ao exigir que a União, os Estados e o Distrito Federal mantenham escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira.

Além disso, a própria Constituição, em outros dispositivos, prevê a organização em carreira dos membros da Magistratura (art. 93), do Ministério Público (art. 128, § 1º.), da Advocacia Geral da União (art. 131, § 2º.), da Defensoria Pública (art. 134, parágrafo único).

Por outras palavras, não há nada na Constituição, em sua redação original ou na Emenda, que impeça a organização em carreira dos servidores em regime de subsídios. Pelo contrário, o artigo 37, § 8º., expressamente estabelece que “a remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.”. Como a organização em carreira implica o escalonamento dos cargos em níveis crescentes de responsabilidade e complexidade ou de antigüidade, é evidente que a remuneração correspondente a cada nível também sobe, à medida que o servidor é promovido de um nível a outro; se assim não fosse, não teria sentido prever-se a organização em carreira nem a promoção. Em consequência, os subsídios terão que ser fixados em valores diferentes para cada nível da carreira, observada a exigência de parcela única. Não se pode, para diferenciar um nível do outro, conceder acréscimos pecuniários que constituam exceção; regra do subsídio como parcela única.

13.4.4.2.4 Aplicação dos subsídios aos aposentados e pensionistas

A fixação dos proventos dos aposentados e da pensão dos dependentes de servidor falecido acompanhará o que for adotado para os servidores em atividade, tendo em vista o disposto no artigo 40, § 6º., com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20/98.

13.4.4.3 NORMAS COMUNS À REMUNERAÇÃO E AOS SUBSÍDIOS

Algumas normas constitucionais são comuns aos regimes de remuneração e de subsídio.

13.4.4.3.1 Fixação e alteração da remuneração e do subsídio

Pelo inciso X do artigo 37, alterado pela Emenda nº. 14, “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º. do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

As inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 14 no inciso X foram: a expressa referência à necessidade de lei específica para a fixação ou alteração da remuneração e dos subsídios, bem como a previsão da revisão anual como direito do servidor.

A primeira adaptação do sistema de remuneração para o de subsídio dependerá da “lei específica” a que se refere o inciso X, respeitada a iniciativa privativa em cada caso. Do mesmo modo, a alteração dos subsídios também somente poderá ser feita por lei, observadas as mesmas regras quanto à iniciativa legislativa e observada também a norma do artigo 169, § 1º., que exige, para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.

Pelo artigo 39, § 1º., da Constituição, “a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II - os requisitos para a investidura; III - as peculiaridades dos cargos”.

Os servidores passam a fazer jus à revisão geral anual, para todos na mesma data e sem distinção de índices (estas últimas exigências a serem observadas em cada esfera de governo). A revisão anual, presume-se que tenha por objetivo atualizar as remunerações de modo a acompanhar a evolução do poder aquisitivo da moeda; se assim não fosse, não haveria razão para tornar obrigatória a sua concessão anual, no mesmo índice e na mesma data para todos. Essa revisão anual constitui direito dos servidores, o que não impede revisões outras, feitas com o objetivo de reestruturar ou conceder melhorias a carreiras determinadas, por outras razões que não a de atualização do poder aquisitivo dos vencimentos e subsídios.

13.4.4.3.2 Teto das remunerações e subsídios

Os vários dispositivos que prevêem os subsídios fazem sempre remissão ao artigo 39, § 4º., o que significa que, para todas as categorias, será observada a norma do artigo 37, inciso X I, que estabelece o teto salarial nos seguintes termos:

“XI - 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.”

A leitura desse dispositivo permite as seguintes conclusões:

a) o teto abrange tanto os que continuam sob o regime remuneratório como os que passam para o regime de subsídio;

- b) abrange os servidores públicos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, o que significa que o teto independe do regime jurídico, estatutário ou trabalhista, a que se submete o servidor;
- c) alcança os servidores da administração direta, autárquica e fundacional; quanto às empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, somente são alcançadas pelo teto se receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, conforme decorre do § 9º. do artigo 37;
- d) o teto é o mesmo para os servidores dos três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dos detentores de mandato letivo e dos demais agentes políticos; essa norma tem que ser conjugada com as dos artigos 27, § 2º., e 29, V I, que estabelecem para os Deputados Estaduais e Vereadores limite inferior para os subsídios;
- para os primeiros, o subsídio não pode ultrapassar o limite de 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais e, para os segundos, não pode ultrapassar o limite de 75% do estabelecido para os Deputados Estaduais,
- e) o teto atinge os proventos dos aposentados e a pensão devida aos dependentes do servidor falecido; essa norma se repete com a redação dada ao § 8º. do artigo 40 pela Emenda Constitucional nº. 20, de 15-12-98;
- f) o dispositivo faz referência também a “outra espécie remuneratória”, já com a intenção de impedir a instituição de alguma outra forma de remuneração cujo intuito seja o de escapar ao teto;
- g) o servidor que esteja em regime de acumulação está sujeito a um teto único que abrange a soma da dupla retribuição pecuniária; a mesma idéia repete-se com a redação dada ao inciso XVI do artigo 37, que manda observar, em qualquer caso de acumulação permitida, “o disposto no inciso XI”; e também com a redação dada ao § 1º. do artigo 40 pela Emenda Constitucional nº. 20;
- h) na aplicação do teto, serão consideradas todas as importâncias percebidas pelo servidor, “incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”; com a inclusão dessa expressão, o objetivo foi o de afastar a interpretação, adotada no âmbito do Poder Judiciário, em face da redação original do artigo 37, XI, de que as vantagens pessoais e as relativas à natureza ou ao local de trabalho ficavam fora do teto;
- i) ao contrário da redação original, que remetia a fixação do teto à lei, permitindo que Estados e Municípios fixassem o subteto, na redação dada pela Emenda, o dispositivo já define o teto, que será igual para todos os servidores, em todos os níveis de Governo.

Poder-se-ia argumentar que a possibilidade de estabelecer um subteto decorre do artigo 39, § 5º., segundo o qual “lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, XI”.

No entanto, não é esse o sentido do dispositivo. Note-se que na redação original do inciso XI contemplam-se duas normas diversas: uma que autoriza o legislador a fixar o “limite máximo” e a “relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos”; e outra que já define um teto acima do qual o legislador de cada nível não poderá definir o limite máximo.

Na Emenda nº. 19, observam-se as seguintes diferenças de tratamento dado à matéria:

- (a) o inciso XI cuida apenas do teto e não mais remete a sua definição ao legislador infraconstitucional, o que significa que a Constituição já definiu, de forma uniforme para todos os níveis de Governo, o limite máximo de remuneração ou subsídio dos servidores; (b) foram separados os preceitos em dois dispositivos diferentes: no inciso

XI do artigo 37 está definido o teto e, no artigo 39, § 5º., remete-se ao legislador a definição (facultativa) da relação entre a maior e a menor remuneração paga aos servidores públicos de cada nível de governo. Ainda que se entenda possível a definição de um limite máximo de remuneração ou subsídio inferior ao teto do artigo 37, XI, para fins de aplicação do princípio da irredutibilidade de vencimentos, tem que prevalecer o teto do artigo 37, XI, expressamente mencionado no artigo 37, XV e no artigo 39, § 4º.

13.4.4.3.3 Irredutibilidade de remuneração e subsídio

O inciso XV do artigo 37, na nova redação, estabelece que “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos artigos 39, § 4º., 150, II, 153, § 2º., I”.

Mantém, na realidade, o princípio da irredutibilidade que já constava da redação original, apenas alterando-se a redação para adaptá-lo às alterações introduzidas pela Emenda.

As ressalvas contidas na parte final do dispositivo significam que não contrariam a regra da irredutibilidade as normas dos dispositivos constitucionais expressamente referidos, ou seja:

a) a irredutibilidade de vencimentos e subsídios não impede a observância do teto fixado pelo inciso XI; vale dizer que não se poderá invocar a irredutibilidade para manter remunerações que hoje superam o teto; a norma reforça-se com a do artigo 29 da Emenda, segundo a qual “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 decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título”; a norma fere, evidentemente, o preceito constitucional que protege os direitos adquiridos (art. 5º., XXXVI) ; é a vontade do poder constituinte derivado prevalecendo sobre a vontade do poder constituinte originário. A exigência de “respeito aos direitos adquiridos foi incluída na própria Constituição, entre os direitos que o constituinte originário considerou fundamentais. Se são fundamentais, é porque devem ser respeitados pelo legislador, qualquer que seja a natureza da norma a ser promulgada. Trata-se de princípio geral do direito, que diz respeito

à segurança jurídica e que existiria ainda que não previsto no corpo da Constituição;

b) também a irredutibilidade de vencimentos e subsídios não impede a aplicação da norma do inciso XIV segundo a qual “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”; isto significa que, embora o servidor estivesse percebendo vantagens pecuniárias calculadas por forma que se coadunava com a redação original do dispositivo, poderá sofrer redução para adaptar a forma de cálculo à nova redação;

c) a referência ao artigo 39, § 4º., seria desnecessária, porque ele manda respeitar o disposto no artigo 37, X e XI; o primeiro cuida da fixação dos subsídios por meio de lei; e o segundo cuida do teto, já referido com a menção ao inciso XI;

d) não fere a regra da irredutibilidade de vencimentos ou subsídios a aplicação do artigo 150, II, da Constituição, que veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”; como também não conflita com a irredutibilidade a incidência do imposto

de renda, previsto no artigo 153, II, ou a aplicação da norma do § 2º, I, do artigo 153, segundo a qual o imposto de renda será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei. Por outras palavras, o teto salarial corresponde ao valor bruto, não impedindo que o valor líquido seja inferior ao teto, em decorrência da incidência do imposto de renda.

13.4.5 Direito de greve e de livre associação sindical

A Constituição anterior vedava, no artigo 162, a greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei; silenciava quanto ao direito de associação sindical. Mas a CLT, no artigo 566, determinava: “não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais. Parágrafo único - Excluem-se da proibição constante deste artigo os empregados das sociedades de economia mista, da Caixa Econômica Federal e das Fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e dos Municípios”.

O artigo 37, incisos VI e VII, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº. 19, assegura ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve, que “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. O primeiro é auto-aplicável; o segundo depende de lei. Na redação original do inciso VII, exigia-se lei complementar para regulamentar o direito de greve; pela nova redação, exige-se lei específica.

Como a matéria de servidor público não é privativa da União, entende-se que cada esfera de Governo deverá disciplinar o direito de greve por lei própria.

O artigo 42, § 5º, proíbe a greve e a sindicalização para o servidor militar.

No que diz respeito aos sindicatos, a Constituição não estabelece normas disciplinadoras, à semelhança do que fez, para o trabalhador, no artigo 8º, o que permite inferir que são as mesmas para os servidores públicos, mesmo porque perfeitamente compatíveis.

Já com relação ao direito de greve, a situação é outra, porque o artigo 37, VII, exige expressamente lei específica que lhe defina os limites. O direito de greve do trabalhador, referido no artigo 9º. da Constituição, foi disciplinado pela Lei nº. 7.783, de 28-6-89, cujo artigo 16 estabelece que, “para os fins previstos no artigo 37, inciso II, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”; quis o legislador deixar bem claro que as disposições dessa lei não se aplicam aos servidores públicos.

Na realidade, não devem ser poucas as dificuldades que o legislador federal enfrentará para regulamentar a greve do servidor público; não é especialmente por se tratar de serviço público, cuja continuidade fica rompida com a paralisação; se fosse essa a dificuldade, poderia ser contornada da mesma forma por que o foi nos artigos 10 a 13 da Lei nº. 7.783, que cuida dos serviços considerados essenciais (a maior parte deles sendo serviços públicos) e estabelece normas que asseguram a sua continuidade em períodos de greve.

A dificuldade está no fato de que, tanto o direito de sindicalização como o direito de greve, cuja importância para os trabalhadores em geral diz respeito a assuntos relacionados com pretensões salariais, não poderão ter esse alcance com relação aos servidores públicos, ressalva feita aos das empresas estatais. Com esse objetivo, o exercício do direito de greve poderá, quando muito, atuar como pressão sobre o poder público, mas não poderá levar os servidores a negociações coletivas, com ou sem participação dos sindicatos, com o fito de obter aumento de remuneração.

A norma inserida no artigo 114 da Constituição pode, à primeira vista, dar impressão diferente; por meio dela, é dada competência à Justiça do Trabalho para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Além disso, o artigo 39, § 2º., manda aplicar aos servidores públicos o disposto no artigo 7º., inciso VI, que assegura a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Estes dispositivos, no entanto, têm que ser entendidos de maneira que se tornem compatíveis com outras normas da Constituição: em primeiro lugar os dissídios individuais de competência da Justiça do Trabalho compreendem apenas os que envolvem servidores regidos pela CLT, os quais existem atualmente na Administração direta e indireta e poderão continuar a existir nos entes políticos que optarem por esse regime jurídico único para seus servidores; além disso, continuarão, necessariamente, a existir nas empresas públicas e sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica (art. 173 da Constituição); os dissídios coletivos somente são possíveis nessas mesmas empresas e nas fundações de direito privado, já que os servidores da administração direta, fundações públicas e autarquias têm seus cargos criados por lei, que fixa os respectivos vencimentos (art. 61, § 1º., II, da Constituição) com todas as limitações já examinadas, referentes ao teto, à paridade, ao reajuste igual para todos, aos limites de despesa com pessoal, à previsão na lei orçamentária.

Não poderia o servidor de uma categoria participar de negociação coletiva que lhe assegurasse vencimentos superiores aos definidos em lei e que ainda contrariasse as normas do artigo 37.

Quer dizer que o direito de greve, com a possibilidade de participar negociação coletiva, por meio de sindicato, dificilmente poderá alterar a remuneração ou qualquer direito do servidor público que seja definido em lei; mesmo que União, Estados e Municípios optem pelo regime da CLT para seus servidores, ele terá que ser adotado com todas as derivações previstas no artigo 37 e seguintes da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº. 492-1, do Distrito Federal, julgou inconstitucionais as alíneas “d” e “e” do artigo 240 da Lei nº. 8.112/90 (que instituiu o regime único dos servidores da União), que versam sobre o direito dos servidores à negociação coletiva e ao ajuizamento, na Justiça do Trabalho, de dissídios individuais e coletivos que envolvam as relações por ela regidas.

13.4.6 Proibição de acumulação de cargos

Nos termos do artigo 37, XVI, da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº. 19, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado, em qualquer caso, o disposto no inciso XI (teto de vencimento ou subsídio) :

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico.

E o inciso XVII do mesmo dispositivo, também alterado pela Emenda, estende a vedação a autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. A alteração introduzida pela Emenda teve por objetivo acabar com a discussão sobre a incidência da proibição sobre os empregados de outras empresas estatais, não enquadráveis no conceito de sociedade de economia mista ou empresa pública. Pela nova redação, são alcançados pela norma todos os servidores de empresas nas quais o Estado tenha participação acionária, seja diretamente, seja por meio de suas entidades da Administração indireta.

E importante assinalar que: a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados; as exceções somente admitem dois cargos, empregos ou funções, inexistindo qualquer hipótese de triplice acumulação, a não ser que uma das funções não seja remunerada; as exceções somente são possíveis quando haja compatibilidade de horário, tendo desaparecido a exigência de correlação de matérias constante da Constituição anterior; as fundações foram incluídas na regra de acumulação, o que não ocorria na Constituição de 1967 (art. 99, § 2º.); o dispositivo não faz referência a empresas sob controle acionário do Estado, só abrangendo sociedades de economia mista e empresas públicas.

Além dessas normas, existem outras referentes a acumulação de cargo na Constituição:

1. o artigo 38, III, admite a possibilidade do servidor investido em mandato de Vereador continuar no exercício de seu cargo, emprego ou função, desde que haja compatibilidade de horários, hipótese em que perceberá as vantagens correspondentes a sua condição de servidor e de vereador;

2. o artigo 95, parágrafo único, inciso I, veda aos juízes “exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”;

3. o artigo 128, § 5º., II, d, veda também aos membros do Ministério Público “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”.

A norma é mais restritiva para o juiz do que para o promotor público; primeiro, além das funções de seu cargo, só pode exercer uma função de Magistério, seja pública ou privada; o Promotor Público pode exercer outra função pública de magistério, nenhuma restrição havendo quanto ao magistério particular.

Cabe uma referência ao servidor aposentado. A Constituição de 1967, no artigo 99, § 4º., estabelecia que “a proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”.

Além dessas três hipóteses de acumulação permitidas, ainda era pacífico o entendimento segundo o qual o servidor que, em atividade, acumulasse cargos, empregos ou funções, poderia, na inatividade, acumular os proventos correspondentes.

A Constituição de 1988 não repetiu a norma, de modo que deu margem a que se reabrissem as mesmas controvérsias já lavradas na vigência da Constituição de 1946, em que também não havia, como na atual, norma expressa coibindo a acumulação de proventos com vencimentos de outro cargo ou função.

Na esfera administrativa federal prevaleceu o entendimento contrário à acumulação. O Decreto nº. 35.956, de 3-8-54, no artigo 12, admitia que aposentado ocupasse cargo em comissão ou participasse de órgão de deliberação coletiva, porém, enquanto exercesse a comissão, perderia os proventos da aposentadoria, salvo se por estes optasse. Além disso, houve orientação fixada pelo Presidente da República, publicada no Diário Oficial de 9-10-64, aprova do parecer da Consultoria Geral da República, proferido por Adroaldo Mesquita, no sentido de que “a vedação constitucional, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, impede tanto a acumulação de exercício como a acumulação de remuneração. Por conseguinte, também se aplica aos inativos que continuam percebendo os proventos de inatividade e são beneficiados pela atualização periódica dos mesmos por força de lei”.

No Estado de São Paulo, depois de muitas controvérsias, acabou por prevalecer o entendimento favorável à acumulação, consagrado no artigo 448 do Decreto nº. 42.850, de 28-10-63, em consonância, com o qual não se compreende na proibição de acumular a percepção de vencimentos, remunerações ou salários com proventos de inatividade ou pensões civis ou militares.

Na jurisprudência houve decisões, em um e outro sentido, dentro do próprio STF; em sentido favorável, cite-se acórdãos publicados in RTJ-3/99, 40/657, 40/104, 42/505, 54/780 e RDA 52/152; em sentido contrário, RDA 127/247 e RTJ 71/10, 53/126 e 47/131.

Segundo entendemos, a Constituição de 1946 não criava, como a atual não cria, restrição ao exercício de outro cargo ou função, de qualquer natureza, por parte do funcionário aposentado por tempo de serviço. A de 1967 é que restringiu, ao estabelecer as hipóteses em que essa acumulação era permitida ao aposentado.

Note-se que a Constituição atual veda a acumulação de “cargo” e não se pode ampliar o sentido desse vocábulo de tal modo que abranja a situação do aposentado; o termo foi empregado, no artigo 37, I, em sentido preciso, de modo a não confundir-se com função e emprego. Também nos incisos XVI e XVII, a sua utilização foi feita em sentido técnico: o primeiro veda a acumulação de cargos públicos; o segundo estende a proibição a empregos e funções, repetindo a mesma distinção feita no inciso I. Não há menção à acumulação de proventos. Cabe aqui a aplicação do princípio geral de direito em decorrência do qual as normas que impõem restrições ao exercício de direitos devem ser interpretadas restritivamente: *exceptiones sunt strictissimae interpretationes*.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº. 163.204-6-SP decidiu, em 9-11-94, que “a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida na Constituição”. Decisão semelhante foi proferida pelo mesmo Tribunal ao apreciar o Mandado de Segurança nº. 22.182-8.

Na linha desse entendimento, a Lei nº. 9.527, de 10-12-97, que altera a Lei nº. 8.112/91, incluiu um § 3º. ao artigo 118, para considerar “acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade”. Como se vê, a proibição somente atinge os ocupantes de cargos efetivos, deixando as portas abertas para que os aposentados acumulem proventos com os vencimentos de cargo em comissão.

Na mesma data, foi baixado o Decreto nº. 2.027, de 11-10-96, estabelecendo normas sobre a nomeação de servidor aposentado.

Pela Emenda Constitucional nº. 20, de 15-12-98, foi acrescentado um § 10 ao artigo 37 da Constituição, consagrando aquilo que já era entendimento do Supremo Tribunal Federal e que constava da Lei nº. 8.112, com a redação dada pela Lei nº. 9.527, de 10-12-97. Com efeito, o dispositivo veio tornar expressa a vedação de percepção simultânea de proventos de aposentadoria de correntes do artigo 40 (servidores civis), do artigo 42 (servidores militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios) e do artigo 142 (servidores militares das Forças Armadas) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivo e os cargos em comissão declarados em lei de livre exoneração. Fica, portanto, vedada a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de outro cargo efetivo, salvo naqueles casos em que a própria Constituição admite a acumulação, previstos nos artigos 37, inciso XVI, 95, parágrafo único, inciso I, e 128, § 5º., inciso II, d.

No entanto, a Emenda Constitucional nº. 20 resguardou, no artigo 11, os direitos dos que já vinham acumulando proventos com vencimentos de outro cargo efetivo, apenas proibindo que percebam duas aposentadorias com base no artigo 40 da Constituição e impondo o teto salarial previsto no artigo 37, XI, à soma dos proventos com os vencimentos do cargo.

Quanto à acumulação de mais de uma aposentadoria, somente é possível nos casos em que o servidor esteve, em atividade, em situação de acumulação lícita. É o que consta expressamente do artigo 40, § 6º. Nesse caso, a soma dos proventos está sujeita ao teto previsto no artigo 37, XI. A norma já decorria desse dispositivo, na redação dada pela Emenda nº. 19, mas foi repetida no § 11 do artigo 40, introduzido pela Emenda Constitucional nº. 20.

13.4.7 Aposentadoria

13.4.7.1 REGIME PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória voluntária.

Do ponto de vista formal, aposentadoria é o ato pelo qual a Administração Pública concede esse direito ao servidor público.

Dependendo do regime adotado, a aposentadoria do servidor público pode, em tese, apresentar-se como direito de natureza previdenciária, dependente de contribuição, ou como direito vinculado ao exercício do cargo público, financiado inteiramente pelo poder público, sem contribuição do servidor.

Tradicionalmente, a primeira hipótese era reservada apenas aos servidores contratados pelo regime da CLT, ficando, os demais, livres de qualquer contribuição. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao alterar o artigo 40, § 6º., da Constituição, já havia previsto recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores.

Agora, pela Emenda Constitucional nº. 20, de 15-12-98, que estabeleceu a reforma da previdência social, o regime previdenciário é imposto a todas as categorias de servidores, porém com duas modalidades um pouco diversas: alguns estão sujeitos ao

regime geral da previdência social, estabelecido no artigo 201 e seguintes, em tudo igual ao do trabalhador privado, enquanto outros estão sujeitos ao regime previdenciário próprio do servidor, previsto no artigo 40. A primeira modalidade está disciplinada pela Lei nº. 8.212, de 24-7-91, e, a segunda, pela Lei nº. 9.717, de 27-1-98, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal; essa lei limita-se a estabelecer normas gerais obrigatórias para todos os níveis de governo, ficando para cada qual a competência para instituir o respectivo regime previdenciário, já que se trata de matéria de competência concorrente, em que a União estabelece apenas as normas gerais e os Estados exercem a competência suplementar (art. 24, XII, e parágrafos da Constituição); os Municípios também podem legislar supletivamente com base no artigo 30, II. Para os servidores federais, a matéria está disciplinada pela Lei nº. 9.783, de 28-1-99, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União.

Nos dois regimes está presente a idéia de previdência social (como encargo do poder público, em oposição à previdência privada), que funciona à semelhança do contrato de seguro, em que o segurado paga determinada contribuição, com vistas à cobertura de riscos futuros. Os segurados contribuem compulsoriamente, mas nem todos usufruem dos benefícios, porque nem sempre se concretiza a situação de risco coberta pela previdência social.

No caso do servidor vinculado ao regime geral da previdência social, a sua aposentadoria, tal como a do trabalhador privado, integra-se, nos termos do artigo 195 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20, de 15-12-98, no regime da previdência social mantido com a participação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além das seguintes contribuições sociais:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: (a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviços, mesmo sem vínculo empregatício; (b) a receita ou faturamento; e (c) o lucro;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Quanto ao regime previdenciário do servidor público, previsto no artigo 40, a Constituição não estabelece a sua fonte de custeio; apenas fala em regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, não deixando dúvidas quanto à contribuição por parte do servidor. Contudo, a Lei nº. 9.717 prevê a contribuição do Poder Público e do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas (art. 1º, inciso III).

Há que se observar que a contribuição dos inativos e pensionistas não está prevista na Emenda Constitucional nº. 20/98, mas apenas na Lei nº. 9.717 (aplicável a todos os níveis do governo) e na Lei nº. 9.783 (aplicável somente à União). Como não há previsão constitucional expressa sobre a forma como será mantido o regime previdenciário do servidor, tem-se que aplicar a regra do artigo 40, § 12, da Constituição, introduzida pela referida Emenda, segundo a qual “o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”;

assim é que, para o regime geral de previdência social, o artigo 195, ao definir normas sobre o financiamento da seguridade social, expressamente veda a incidência de contribuição “sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201”. Não há dúvida de que essa norma se insere entre as que devem ser aplicadas ao regime previdenciário do servidor, dentro da expressão “no que couber “, contida no artigo 40, § 12.

Além disso, ainda que se aceite a contribuição do inativo, ela não poderá ser igual à do servidor em atividade, já que este contribuirá para aposentadoria e pensão e, o aposentado, apenas para a pensão. Quanto à instituição de contribuição para o pensionista, não existe qualquer fundamento jurídico, tendo em vista que o pagamento de contribuição, pelo próprio conceito de previdência social, supõe a cobertura de algum tipo de risco; e o pensionista, nessa qualidade, não enfrenta qualquer tipo de risco e, em consequência não faz jus a qualquer outro benefício além da pensão que recebe em decorrência da contribuição de servidor já falecido e que contribui para garantir esse benefício a seus descendentes. O pensionista tem a condição de beneficiário da previdência social; jamais de contribuinte.

Pelo sistema instituído pela Emenda nº. 20, a vinculação dos servidores públicos ao regime previdenciário será feita da seguinte maneira:

a) os ocupantes de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações, submetem-se ao artigo 40, ou seja, ao regime previdenciário próprio do servidor público e não ao regime geral de previdência previsto no artigo 201 e seguintes, embora o § 12 do mesmo artigo 40 determine que aos servidores se aplicam “no que couber os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”; a norma é extremamente vaga e terá que ser definida pela legislação infraconstitucional;

b) para o servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social (§ 13 do art. 40). A referência ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão tem por objetivo distinguir essa situação daquela em que o servidor ocupa cargo em comissão, mas é titular de cargo efetivo nos quadros da Administração Pública; este se enquadra no regime previdenciário próprio do servidor:

Verifica-se que não houve qualquer referência ao regime previdenciário dos servidores que exercem função. Seria de indagar-se se foi intenção do legislador constituinte excluí-los de qualquer regime previdenciário. A resposta só pode ser negativa. E, se houve essa intenção, ela certamente ficará frustrada e a omissão terá que ser corrigida pela legislação infraconstitucional ou pela via de interpretação, tendo em vista que o artigo 6º. da Constituição, inserido no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, inclui nessa categoria os direitos sociais, abrangendo, dentre outros, a previdência social.

Conforme visto no item 13.3, a Constituição faz referência, em vários dispositivos, a cargo, emprego e função; esta última abrange pelo menos duas modalidades com fundamento constitucional; a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, e as funções de confiança referidas no artigo 37, V.

Para as funções de confiança, é justificável a omissão quanto ao seu regime previdenciário, porque, pelo inciso V do artigo 37, com a redação dada pela Emenda

Constitucional nº. 19, as mesmas só podem ser exercidas por servidor ocupante de cargo efetivo e este, como visto, está necessariamente inserido no regime previdenciário previsto no artigo 40.

Quanto aos servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, tem-se que incluí-lo, por analogia, no regime geral da previdência, já que o artigo 40, § 13, faz referência a “outro cargo temporário”. Trata-se de aplicação do princípio geral de direito, segundo o qual ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio (onde existe a mesma razão deve aplicar-se o mesmo dispositivo), que justifica a aplicação da lei por analogia.

Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original.

Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada função-atividade, com base na Lei nº. 500, de 13-11-74, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante processo seletivo. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o caput do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no § 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante a dos servidores efetivos, na medida em que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e de precariedade da forma de provimento e exoneração, presente nos casos previstos no § 13, não existe com relação a esses servidores. A eles deve aplicar-se, por analogia, o caput do artigo 40.

Além disso, os servidores que foram admitidos, a qualquer título, antes da Emenda Constitucional nº. 20 (ressalvados os celetistas, que já eram vinculados ao regime previdenciário geral), tinham a sua aposentadoria regida da pelos dispositivos constitucionais relativos aos servidores públicos. O artigo 40 da Constituição não fazia qualquer distinção quanto ao tipo de servidor, fosse ele ocupante de cargo ou função; apenas remetia para a legislação a disciplina legal sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Fora essas duas hipóteses, todos os demais servidores faziam jus às modalidades de aposentadoria previstas no artigo 40 e continuam sujeitos a esse dispositivo, já que tiveram os seus direitos preservados pela regra do artigo 3º., § 3º., da Emenda nº. 20. Esse dispositivo manteve, expressamente, “todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no artigo 37, XI, da Constituição Federal”.

Para atender ao objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensão, a Emenda Constitucional nº. 20 permite, nos artigos 249 e 250, acrescidos à Constituição, a instituição de fundos a serem constituídos por lei com recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza. O primeiro dispositivo trata do regime previdenciário dos servidores e, portanto, a lei instituindo o fundo terá que ser da competência de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O segundo trata do regime geral de previdência social, hipótese em que a instituição do fundo é de competência exclusiva da União, conforme está expresso no dispositivo. Note-se que os dispositivos não

obrigam a instituição dos fundos, deixando a sua instituição à decisão discricionária de cada nível de governo.

Os fundos não têm personalidade jurídica própria e caracterizam-se por serem constituídos por receitas vinculadas a determinados fins. A Lei federal nº. 4.320, de 17-3-64, que estabelece normas gerais de direito financeiro, define os fundos como “o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação” (art. 71). Como os fundos não têm personalidade, jurídica própria, normalmente ficam vinculados a determinado órgão, encarregado de sua administração. No caso específico de que se trata, a receita será a decorrente da própria contribuição previdenciária, além de bens direitos e ativos de qualquer natureza. A forma de sua administração será definida na lei instituidora.

Quanto à aplicação dos recursos provenientes das contribuições sociais, há norma expressa na Emenda Constitucional nº 20 proibindo a sua utilização para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social (art.167, XI).

13.4.7.2 MODALIDADES DE APOSENTADORIA

À vista da dualidade de regimes previdenciários para os servidores públicos, em função do tipo de vínculo que os une à Administração Pública, a aposentadoria rege-se também por normas diversas. Todos têm direito à aposentadoria por invalidez, compulsória e voluntária. Porém, o valor dos proventos varia conforme o tipo de regime previdenciário, como também variam os requisitos exigidos para a outorga do benefício.

Para o servidor vinculado ao regime previdenciário geral, aplicam-se as mesmas normas aplicáveis aos empregados do setor privado (art. 201 e seguintes). A Constituição não especifica as modalidades de aposentadoria, deixando a matéria para a legislação ordinária. Porém, no artigo 201, I, exige que, entre outros benefícios, sejam cobertos obrigatoriamente pela previdência social os eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada e, no § 7º, indica os requisitos para a aposentadoria voluntária, a saber:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Além disso, o § 8º. reduz em cinco anos o tempo de contribuição para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício em funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Além dessa aposentadoria especial, a Emenda prevê também a possibilidade de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria nos casos de “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar” (art. 210, § 1º). Qualquer outra forma de aposentadoria especial foi expressamente vedada por esse parágrafo.

Verifica-se, portanto, que, para a aposentadoria voluntária, combinam-se os critérios de tempo de contribuição e de idade mínima.

Quanto ao montante dos proventos, a Constituição nada estabelece, deixando a sua fixação para a legislação ordinária. Porém, o artigo 14 da Emenda Constitucional nº. 20 determina que “o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00, devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.

A Emenda também estabelece um limite mínimo para os proventos de aposentadoria e para os benefícios em geral, correspondente ao valor mensal do salário mínimo (art. 210, § 2º.).

Para o servidor público vinculado ao regime previdenciário referido no artigo 40, caput, são previstas, no § 1º., três modalidades de aposentadoria:

1. por invalidez;
2. compulsória;
3. voluntária.

Na aposentadoria por invalidez permanente, os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; embora a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20 dê a impressão de que a regra é a proporcionalidade, na realidade, a regra é a integralidade dos proventos, já que poucas são as hipóteses de invalidez que não se enquadram nas exceções referidas no dispositivo; a proporcionalidade só ocorrerá se a invalidez decorrer de alguma doença não especificada em lei ou se decorrer de acidente não relacionado com o serviço.

A Lei nº. 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único na esfera federal, indica, no artigo 186, § 1º., as doenças que ensejam a aposentadoria por invalidez, com proventos integrais.

No artigo 212, parágrafo único, da mesma lei está definido o acidente em serviço como “o dano físico ou mental sofrido pelo servidor que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido, equiparando-se ao mesmo a agressão sofrida e não provocada pelo funcionário no exercício do cargo e o sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa”.

A aposentadoria por invalidez é precedida de licença para tratamento de saúde por período não excedente a 24 meses (art.188, § 1º., da Lei nº. 8.112/90).

A aposentadoria compulsória (em que a invalidez é presumida) ocorre aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Em consequência, somente dará direito a proventos integrais se o funcionário já tiver completado o tempo de contribuição exigido para a aposentadoria voluntária, ou seja, 35 anos, para o homem, e 30 para a mulher.

Nos termos do artigo 187 da Lei nº. 8.112, a aposentadoria compulsória é automática e será declarada por ato com vigência a partir do dia seguinte àquele em que o funcionário atingir a idade-limite. Justifica-se a norma uma vez que a idade de 70 anos cria uma presunção juris et de jure de incapacidade para o serviço público. Aliás, orientação nesse sentido foi firmada pela Formulação nº. 78, do antigo DASP (Departamento Administrativo do Pessoal Civil), em consonância com a qual “a aposentadoria compulsória deriva de presunção absoluta de incapacidade”.

Além disso, pela Formulação nº. 96, do mesmo órgão, ficou definido que “a vacância do cargo decorrente de aposentadoria compulsória ocorre no dia imediato ao em que o funcionário atingir a idade-limite”. Tais formulações ainda têm aplicação, porque inteiramente compatíveis com o direito positivo atualmente em vigor.

O mesmo se diga em relação às Formulações 187, 188 e 270. A primeira firmou o entendimento de que “a aposentadoria compulsória se rege pela lei vigente no dia em que o funcionário completa os 70 anos”; a segunda estabelece que “a aposentadoria compulsória do funcionário implica, também, na exoneração do cargo em comissão”; por último, a de nº. 270 firmou a tese de que “o tempo que o funcionário permanece em atividade após completar 70 anos de idade não é computável para nenhum efeito”.

A aposentadoria voluntária ocorre a pedido desde que cumprido 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 anos de idade e trinta de contribuição se mulher; (b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Conforme se verifica pelo artigo 40, § 1º., com a nova redação, passaram a ser quatro os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos integrais:

- a) tempo de efetivo serviço público: 10 anos; b) tempo de serviço no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria: 5 anos; c) idade mínima: 60 anos, para o homem, e 55, para a mulher; d) tempo de contribuição: 35 anos para o homem e 30 para a mulher.

Para aposentadoria voluntária com proventos proporcionais, mantêm-se os dois primeiros requisitos, referentes ao tempo de serviço público e ao tempo no cargo efetivo, com alterações quanto aos dois outros requisitos: a idade mínima passa a ser de 65 anos para o homem e 60 para a mulher; não se exige um tempo mínimo de contribuição, porém os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

As hipóteses de aposentadoria especial mantidas pela Emenda Constitucional nº. 20 referem-se apenas aos “casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar” (art. 40, § 4º.) e às funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, em que os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos. Também não foram mantidas as aposentadorias especiais dos membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Ministros do Tribunal de Contas; suas aposentadorias passaram a reger-se pelas normas do artigo 40, conforme redação dada pela Emenda ao artigo 73, § 3º., e 93, inciso VI, da Constituição, este último aplicado ao Ministério Público por força do artigo 129, § 4º.

Ao contrário do servidor vinculado ao regime geral da previdência, que tem seus proventos limitados a R\$ 1.200,00, o servidor vinculado a regime de previdência instituído pelo artigo 40 tem os seus proventos e também a pensão 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, §§ 3º. e 7º.). Com a referência à remuneração do “cargo efetivo em que se der a aposentadoria”, quis o legislador deixar claro que, se o servidor estiver, no momento da aposentadoria, exercendo cargo em comissão ou função de confiança, a aposentadoria ocorrerá com os proventos do cargo efetivo. Por sua vez, a expressão “na forma da lei”, constante do dispositivo, não significa que a lei poderá estabelecer proventos menores do que a

remuneração, mas se justifica tendo em vista que existem algumas vantagens pecuniárias que o servidor percebe quando em atividade, em razão de circunstâncias excepcionais e transitórias e que, por isso mesmo, não se incorporam à remuneração para fins de aposentadoria.

Também não pode o servidor perceber, na aposentadoria, importância maior do que a que percebia em atividade. A mesma norma, que consta do artigo 40, § 2º., também se aplica para a concessão de pensão aos dependentes do servidor falecido.

É evidente que, nas hipóteses de proventos proporcionais ao tempo de contribuição, o seu valor não corresponderá à totalidade da remuneração recebida no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria, mas a proporcionalidade incidirá sobre esse montante global.

Com a cautela de mandar observar o teto salarial previsto no artigo 37, XI, a Emenda Constitucional nº. 20, no § 8º. do artigo 40, mantém a norma segundo a qual “os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificam 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”.

13 .4. 7. 3 DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

A Emenda Constitucional nº. 20, que introduziu inúmeras alterações no regime previdenciário, em especial o do servidor público, trouxe em seu bojo algumas normas de transição, que visam assegurar tratamento diferenciado aos servidores e aos segurados do regime geral de previdência social que já estivessem em atividade na data da entrada em vigor da Emenda. A maior parte das normas não assegura direitos que já tivessem sido adquiridos anteriormente, mas protege, na realidade, expectativas de direito, exatamente para evitar a mudança brusca e sempre traumática para aqueles que, ao entrarem em atividade, contavam com regime previdenciário diverso. As principais normas de transição são as seguintes:

- a) o artigo 3º., que assegurou o direito à concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação da Emenda, tivessem completado os requisitos para obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente; nesse caso, a norma é supérflua, porque está protegendo direitos adquiridos já protegidos pela norma do artigo 5º., XXXVI, da Constituição; tem, contudo, o condão de evitar qualquer tipo de controvérsia a esse respeito; nesse caso, os proventos são calculados de acordo como as normas vigentes à época em que foi completado o requisito para aposentadoria ou pensão (art. 3º., § 2º.);
- b) o § 1º. do artigo 3º., que prevê isenção da contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria contidas no artigo 40, § 1º., III, a, ao servidor nas condições do artigo 3º. que opte por continuar em atividade (§ 1º. do art. 3º.); como a Constituição ampliou os requisitos para a aposentadoria com proventos integrais, houve por bem o legislador constituinte outorgar um incentivo consistente em isenção de contribuição, para que o servidor que já tenha completado o tempo para

aposentadoria segundo as normas anteriores continue a trabalhar até completar os novos requisitos;

- c) o § 3º. do artigo 3º., que mantém todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data da publicação da Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, anistiados e ex-combatentes, e aos que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no artigo 37, XI, da Constituição Federal; vale dizer que os direitos são respeitados, porém com observância do teto previsto no artigo 37, XI;
- d) o artigo 4º., que permite a contagem, como tempo de contribuição, do tempo de serviço considerado para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, com a única ressalva para a contagem de tempo de contribuição fictício, vedada pelo artigo 40, § 10; como a Emenda está incluindo requisito novo para aposentadoria, referente ao tempo de contribuição, foi preciso considerar como tal o tempo de serviço já prestado anteriormente pelo servidor, sob pena de impor-se ao mesmo condições que, em determinadas situações de longo tempo de serviço já prestado, tornariam difícil ou mesmo inviável a aposentadoria; apenas se vedou seja considerado como tempo de contribuição o tempo de serviço ficto;
- e) o artigo 8º., caput, que, ressalvado o direito à opção pela aposentadoria segundo as novas regras do artigo 40, assegura ao servidor que tenha ingressado em cargo público efetivo antes da publicação da Emenda, mas que ainda não tenha completado os requisitos para aposentadoria, o direito de aposentar-se com proventos integrais desde que observados os seguintes requisitos cumulativamente;

1º.) tenha 53 anos de idade, o homem, e 48, a mulher;

2º.) tenha 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

3º.) conte tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (a) 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e (b) um período adicional de contribuição equivalente a 25% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; para esse fim, é aplicado o artigo 4º. da Emenda, que considera como tempo de contribuição o tempo de serviço público já cumprido.

Para o segurado filiado ao regime geral da previdência social, o mesmo direito é assegurado pelo artigo 9º. com os mesmos requisitos de idade e de tempo de contribuição; só não há a exigência, estabelecida para o servidor, de 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria, tendo em vista, como é óbvio, que para o segurado da previdência social os proventos são calculados em função do salário de contribuição, sendo irrelevante a função que exercia por ocasião da aposentadoria. Também para o professor filiado a esse regime previdenciário, a norma de transição estabelecida no § 2º. do artigo 9º. é igual à estabelecida para o professor filiado ao regime previdenciário do servidor ocupante de cargo efetivo.

- f) o artigo 8º. § 1º. que assegura ao servidor nas condições mencionadas no item anterior, o direito à aposentadoria com proventos proporcionais correspondentes a 70% do valor da aposentadoria integral, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma do tempo de contribuição e da idade, desde que preencha os seguintes requisitos:

SERVIDORES PÚBLICOS 457

1º.) 53 anos de idade, o homem, e 48, a mulher;

2º.) 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

3º.) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (a) 30 anos de contribuição, o homem, e 25, a mulher; e (b) um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; para esse fim, também é aplicado o artigo 4º. da Emenda;

g) os §§ 2º. e 3º. do artigo 8º., que asseguram os mesmos direitos previstos nos dois itens anteriores aos Magistrados, Membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, com a diferença de que o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda será contado com o acréscimo de 17%, se se tratar de homem (art. 8º., §§ 2º. e 3º.) ; a diferença de tratamento para o homem se justifica porque, antes da Emenda, o tempo de serviço para aposentadoria era de 30 anos para os servidores de ambos os sexos; para a mulher mantém-se o mesmo período de 30 anos (agora de contribuição) e, para o homem, eleva-se em 5 anos;

h) O § 4º. do artigo 8º., segundo o qual o professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação da Emenda, tenha ingressado regularmente em cargo efetivo de magistério e opte pela aposentadoria na forma do disposto no caput do artigo 8º., terá o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda contado com o acréscimo de 17 %, se homem, e de 20%, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério; por outras palavras, o servidor público que já ocupasse, antes da Emenda nº. 20, cargo efetivo de Professor, tem as seguintes opções, se ainda não havia completado o tempo de aposentadoria voluntária previsto no artigo 40 da Constituição, em sua redação original: (1ª) tem direito de aposentar-se com proventos integrais, quando cumpridos os requisitos previstos no artigo 8º., I, II e III, hipótese em que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda é contado com acréscimo de 17% para homem e 20% para mulher; (2ª) opta pela nova aposentadoria tal como prevista no artigo 40, §§ 1º. e 4º., hipótese em que ficará isento de contribuição a partir do momento em que completar os requisitos do artigo Só e até o momento em que completar os requisitos do artigo 40, § 1º., III, a (art. 8º., § 5º.).

Para o professor vinculado ao regime geral de previdência social, o artigo 9º., § 2º., repete a norma constante do artigo 5º., § 4º., com o mesmo acréscimo de 17% e 25% do tempo de serviço, conforme se trate de homem ou de mulher, e com igual exigência de que a aposentadoria se dê exclusivamente com tempo de efetivo exercício de atividade no magistério.

13 .4. 7.4 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A Emenda Constitucional nº. 20, no artigo 40, § 14, veio outorgar à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade de instituir regime de previdência complementar para os seus servidores titulares de cargo efetivo, ou seja, para os que se sujeitam ao regime do artigo 40. Nesse caso, poderão tais servidores ficar sujeitos ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201, seja para os proventos de aposentadoria, seja para a pensão por morte. O limite máximo é o estabelecido no artigo 14 da Emenda, no montante de R\$ 1.200,00.

A idéia é de que a previdência social, como encargo do poder público, remanesça apenas para cobrir os benefícios limitados a esse valor, ficando para a previdência

complementar a cobertura de valores maiores. A competência para legislar a respeito foi atribuída, pelo § 15 do artigo 40, à União, mediante lei complementar; Estados e Municípios ficarão com a competência supletiva.

Essa previdência complementar deverá ser instituída para os servidores que ingressarem no serviço público após a instituição do novo regime; para os demais, a aplicação do mesmo dependerá de sua expressa opção (art. 40, § 16).

O § 15 do artigo 40 manda que a lei complementar que venha a dispor sobre a matéria observe o artigo 202. Pelas várias normas contidas nesse positivo e em seus parágrafos, tiram-se as seguintes conclusões, aplicáveis ambos os regimes previdenciários:

- a) trata-se de regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral previdência social;
- b) a instituição do regime será facultativa, baseando-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar;
- c) as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais referentes ao regime complementar não integram o contrato de trabalho; apenas os benefícios concedidos integram a remuneração;
- d) União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades públicas não podem aportar recursos às entidades de previdência privada, salvo na qualidade de patrocinador, hipótese em que sua contribuição não poderá exceder a do segurado; neste caso, a relação entre os entes públicos e as entidades de previdência privada será regulada por lei complementar, que estabelecerá também os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação; essa lei complementar aplicar-se-á, no que couber, às empresas permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

13.4.7.5 CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA

Quanto à contagem de tempo, o artigo 40, § 9º., determina 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”. A diversidade de redação no que se refere à contagem para aposentadoria e para disponibilidade permite a conclusão de que, para a primeira, só pode ser computado o tempo de contribuição e, para a segunda, o tempo de serviço público, independentemente de contribuição.

A distinção se justifica porque a aposentadoria passou a ser benefício de natureza previdenciária, o mesmo não ocorrendo com a disponibilidade, que constitui garantia do servidor estável, em caso de extinção ou desnecessidade do cargo, assegurada com remuneração proporcional ao tempo de serviço, nos expressos termos do artigo 41, § 3º.

O § 10 do artigo 40, acrescentado pela Emenda Constitucional nº. 20, determina que “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”. É comum a legislação estabelecer como tempo de serviço público aquele exercido em atividades que não têm essa natureza, como o tempo de estágio, de advocacia em caráter privado, de serviço considerado relevante etc. Essa contagem não está proibida pelo novo dispositivo constitucional; o que ele veda é que seja considerado

esse tempo como sendo de contribuição; para o requisito referente ao tempo de contribuição a contagem ficta não é admitida.

Ainda sobre a contagem de tempo, há a norma do artigo 201, § 9º, da Constituição, segundo a qual “para efeito de aposentadoria é assegurada a contagem recíproca do 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, segundo critérios estabelecidos em lei”.

Essa contagem já era prevista na legislação ordinária (Lei nº. 6.226, de 14-7-75), com alterações posteriores, cujos interstícios desapareceram com a entrada em vigor da Constituição. A Lei nº. 8.112/90, no artigo 103, inciso V determina que será contado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade “o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência”, nenhuma exigência fazendo quanto a interstício.

A Lei nº. 9.711, de 20-11-98 (Lei Orgânica da Previdência Social), alterou a redação do artigo 94 da Lei nº. 8.213, de 24-6-91, para determinar que “para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente”.

Diante das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 20, que exigem, para aposentadoria voluntária, 10 anos de efetivo exercício no serviço público (art. 40, § 1º, III), volta a haver o interstício; ou seja, para o servidor contar, para fins de aposentadoria voluntária, o tempo de contribuição na atividade privada, terá que ter completado 10 anos de efetivo exercício no serviço público. Essa condição não existe nas aposentadorias por invalidez e compulsória.

13.4.8 Estabilidade

Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias). O benefício somente alcançou os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, da Administração direta, autarquias e fundações públicas. Excluiu, portanto, os empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implicou efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso; a conclusão se confirma pela norma do § 1º. do mesmo dispositivo, que permite a contagem de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, “como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei”.

O dispositivo excluiu do direito a essa estabilidade os professores universitários, os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, além dos que a

lei declara de livre exoneração; no entanto, o tempo de serviço em cargo ou função de confiança poderá ser contado para fins de estabilidade, desde que seu ocupante seja servidor.

Isto significa que a Administração Pública possui dois tipos de servidores estáveis: os que foram nomeados por concurso público e cumpriram o período de estágio probatório de dois anos; e os que adquiriram a estabilidade excepcional, independentemente de concurso, em decorrência de benefício concedido pelas várias Constituições. As duas categorias têm igual garantia de permanência no serviço público: só podem perder seus cargos, empregos ou funções por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que tenham assegurada ampla defesa.

A Emenda Constitucional nº.19/98 trouxe algumas alterações nessa sistemática, a saber:

a) a estabilidade somente se adquire após três anos de efetivo exercício (art. 41, caput), ressalvado, para os que já eram servidores na data da promulgação da Emenda, o direito a adquirirem estabilidade no prazo de dois anos (art. 28 da Emenda);

b) previu mais duas hipóteses de perda do cargo pelo servidor estável: 1ª) uma que ocorrerá mediante “procedimento administrativo de avaliação de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, III) ; o dispositivo não é auto-aplicável, uma vez que depende de lei complementar que discipline a matéria; portanto, a perda da estabilidade, até que saia essa lei, continua a depender de sentença judicial ou procedimento disciplinar, em que seja assegurada ampla defesa; 2ª) outra que ocorrerá se não for cumprido o limite com despesa de pessoal previsto no artigo 169 (§ 4º.); a perda do cargo, nesse caso, só poderá ocorrer depois que houver a redução em 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, exoneração dos servidores não estáveis e exoneração dos que adquiriram estabilidade sem concurso (art. 33 da Emenda nº. 19); adotadas essas medidas, se as mesmas se revelarem insuficientes para reduzir a despesa aos limites previstos em lei complementar, aí sim poderá ser exonerado o servidor que tenha adquirido estabilidade mediante concurso; nesse caso, a exoneração dependerá de que “ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal” (art. 169, § 4º.); o servidor fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (art.169, § 5º.) e o cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos (art. 169, § 6º.). Essa hipótese de perda do cargo também não é auto-aplicável, porque o § 7º. do artigo 169 exige que lei federal disponha sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.;

c) tornou expresso, no caput do artigo 41, que a estabilidade só beneficia os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, pondo fim ao entendimento defendido por alguns doutrinadores de que os servidores celetistas, sendo contratados mediante concurso público, também faziam jus ao benefício;

d) incluiu na Constituição o artigo 247, estabelecendo que “as leis previstas no inciso III do § 1º. do artigo 41 e no § 7º. do artigo 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”. A lei terá, certamente, que enfrentar a difícil tarefa de definir quais sejam as atividades exclusivas de Estado, podendo-se adiantar que abrangerão, certamente, pelo menos, as carreiras institucionalizadas pela Constituição (Magistratura, Ministério Público, Advocacia

Pública, Defensoria Pública, Polícia), além de outras atividades inerentes ao próprio conceito de Estado, como diplomacia, polícia, controle, fiscalização.

Em resumo, até que sejam editadas as leis referidas no artigo 41, § 1º, inciso III, no § 7º. do artigo 169 e no artigo 247, a maior parte das inovações sobre estabilidade introduzidas pela Emenda Constitucional não tem condições de ser aplicadas.

Apenas o período de três anos para aquisição da estabilidade pode ser desde logo aplicado. Com efeito, no caso de servidor nomeado por concurso, a estabilidade somente se adquire depois de três anos; o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de estágio probatório e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência. Pelo § 4º, acrescentado ao artigo 41 pela Emenda 19, além do cumprimento do estágio probatório, deve o servidor, para adquirir estabilidade, submeter-se a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

No caso de servidor nomeado por concurso, a estabilidade somente se adquire depois de três anos; o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de estágio probatório e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência.

Não confirmados os requisitos, caberá exoneração ex officio, desde que assegurado ao interessado o direito de defesa, consoante entendimento consagrado pelo SFT na Súmula nº. 21: “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

A mesma exigência está implícita no artigo 5º, LV da Constituição, que assegura aos acusados em geral, nos processos judiciais e administrativo, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Constituem decorrência da estabilidade os direitos à reintegração, à disponibilidade e ao aproveitamento (art. 41, §§ 2º. e 3º., da Constituição).

Reintegração é o reingresso do funcionário demitido, quando seja invalidada por sentença judicial a sua demissão, sendo-lhe assegurado ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo.

Se outra pessoa ocupava o cargo e também já for estável, será reconduzida ao cargo de origem, sem direito à indenização, aproveitado em outro cargo (se já era servidor anteriormente) ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. É o que determina o § 2º. do artigo 41, alterado pela Emenda Constitucional nº. 19.

Embora a Constituição se refira à reintegração como decorrente de anulação da demissão por sentença judicial, ela pode ocorrer também quando a anulação decorra de ato da própria Administração, pois, como o ato nulo não gera efeitos jurídicos, a anulação retroagirá, garantindo ao funcionário o direito de ser reintegrado no cargo.

A disponibilidade é a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade.

Pela nova redação do § 3º. do artigo 41 (Emenda Constitucional nº. 19) a disponibilidade dar-se-á com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

O aproveitamento é o reingresso, no serviço público, do funcionário em disponibilidade, quando haja cargo vago de natureza e vencimento compatíveis com o anteriormente ocupado.

Tanto a reintegração como o aproveitamento dependem de inspeção de saúde, dando direito à aposentadoria por invalidez, se verificada a incapacidade definitiva do funcionário.

13.4.9 Afastamento para exercício de mandato eletivo

O artigo 38 da Constituição assegura ao servidor público em exercício de mandato o direito de ficar afastado do cargo, emprego ou função, computando esse tempo para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento. Apenas no caso de eleição para Vereador há a previsão de exercício simultâneo do cargo, emprego ou função com o mandato (hipótese de acumulação obrigatória), desde que haja compatibilidade de horários; nesse caso, o servidor fará jus às vantagens do cargo, emprego ou função e à remuneração do cargo eletivo.

Quando se tratar de eleição para Prefeito ou para Vereador (no caso em que não haja compatibilidade de horário), o interessado poderá optar pela melhor remuneração.

13.4.10 Direitos sociais

O artigo 39, § 3º., alterado pela Emenda Constitucional nº 19, estende aos servidores ocupantes de cargos públicos os seguintes direitos sociais previstos, no artigo 7º, para os trabalhadores urbanos e rurais:

1. salário mínimo que atenda a todas as exigências indicadas no artigo 7º., IV;
2. garantia do salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
3. 13º. salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; essa vantagem é chamada de gratificação natalina pelo artigo 201, § 6º., da Constituição, não se justificando a pretensão de alguns servidores, que já se começa a esboçar depois da nova Constituição, no sentido de que o 13º. salário não se confunde com a gratificação de Natal já assegurada pela legislação ordinária, podendo-se perceber as duas cumulativamente;
4. remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
5. salário-família para os dependentes;
6. duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
7. repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
8. remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal;
9. gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; há que se entender que “salário normal” é tudo o que o servidor recebe, habitualmente, a título de remuneração ou vencimento, ressalvadas aquelas vantagens não permanentes, vinculadas ao exercício de cargo, função ou emprego em condições

especiais, como as decorrentes de horas extras, de participação em órgãos colegiados, ou as que são pagas a título de representação, quando em função ou missão fora do Estado;

10. licença à gestante, sem prejuízo do emprego ou do salário, com a duração de 120 dias;
11. licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
12. proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
13. redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de saúde, higiene e segurança;
14. proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir (conforme art. 39, § 3º, parte final).

13. 5 PROVIMENTO

Provimento é o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função.

Pode ser originário ou derivado. O primeiro é o que vincula inicialmente o servidor ao cargo, emprego ou função; pode ser tanto a nomeação como a contratação, dependendo do regime jurídico de que se trate.

Provimento derivado é o que depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração; a legislação anterior à atual Constituição compreendia (com pequenas variações de um Estatuto funcional para outro) a promoção (ou acesso), a transposição, a reintegração, a readmissão, o aproveitamento, a reversão e a transferência.

Com a nova Constituição, esse rol ficou bem reduzido em decorrência do artigo 37, II, que exige a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967:

1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em cargo público, a atual impõe a mesma exigência para cargo e emprego; só não faz referência à função, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso;
2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão ex officio, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão adiante exposta.

A readmissão era o ato discricionário pelo qual o funcionário exonerado e, segundo alguns Estatutos, também o demitido, reingressava no serviço público.

A reversão era o ato pelo qual o funcionário aposentado reingressava no serviço público; podia ser a pedido ou ex officio, esta última hipótese ocorrendo quando

cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez.

A transposição (ou ascensão, na esfera federal) era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno; no Estado de São Paulo, está prevista nos artigos 22 a 28 da Lei Complementar nº. 180, de 12-5-78.

Nos três institutos, o provimento independe de concurso público, não podendo ser considerado como tal o procedimento de seleção utilizado na transposição, uma vez que, nesta, as vagas são destinadas a essa forma de provimento, excluindo a participação de terceiros, como o exigiria o concurso público.

Portanto, deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, neste último caso, a reversão ex officio, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria (art. 35, § 6º., do Estatuto funcional de São Paulo - Lei nº. 10.261, de 28-10-68). O servidor reassume para poder completar os requisitos para aposentadoria.

A respeito da ascensão, a Consultoria Geral da República adotou o entendimento de que “com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional”. No corpo do parecer, da lavra do Consultor José Márcio Monsão Mollo, está dito que “estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para a qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, inerentes ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas, sim, sucessão de cargos ascendentes” (Parecer nº. CS- 56, de 16-9-92, aprovado pelo Consultor Geral da República, conforme publicado no DOU de 24-9-92, p.13.386-89).

No mesmo sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º. do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (ADIN-245, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 13-8-92, p. 12.157).

Pelo mesmo fundamento, o STF considerou inconstitucional o instituto da transferência previsto nos artigos 8º., IV e 23 da Lei nº. 8.112, de 11-12-90, ambos suspensos pela Resolução nº. 46, de 23-5-97, do Senado Federal.

Quanto à promoção e ao acesso, existe diferença de terminologia entre a esfera federal e a estadual, pois o que a Lei nº. 8.112 chama de promoção equivale ao acesso, no Estatuto estadual; neste existe, além do acesso, também a promoção, mas esta não constitui forma de provimento. Além disso, as Leis Orgânicas

da Magistratura, do Ministério Público e da Procuradoria Geral do Estado, no Estado de São Paulo, falam em promoção no mesmo sentido que a lei Federal citada e que é também o sentido em que aparece em dispositivos na Constituição.

Promoção (ou acesso, no Estatuto Paulista) é forma de provimento pela qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence. Constitui uma forma de ascender na carreira. Distingue-se da transposição porque, nesta, o servidor passa para cargo de conteúdo ocupacional diverso, ou seja, para cargo que não tem a mesma natureza de trabalho.

A Emenda Constitucional nº. 19 trouxe uma novidade ao exigir, como requisito para promoção, a participação em cursos de formação e aperfeiçoamento em escolas de governo. Estabelece o § 2º. do artigo 39 que “a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados”.

A norma cria certa perplexidade, por diversas razões, em especial pelo fato de constar da Constituição, impondo um ônus a Estados e Municípios que lutem, muitas vezes, para manter até mesmo o ensino fundamental. Ela tem que ser interpretada com o bom-senso que faltou ao legislador. Em primeiro lugar, ela tem que ser entendida como norma programática a ser cumprida a longo prazo; em segundo lugar, a exigência de participação em curso de tipo como requisito para promoção só pode ser imposta a partir do momento em que as chamadas escolas de governo estejam à disposição de todos os servidores, ou pela criação da escola ou pela celebração do convênio previsto na parte final do dispositivo; caso contrário, a promoção se tornará inviável exatamente em momento em que o Governo apregoa a valorização do servidor público.

Quanto à promoção, tal como definida no Estatuto paulista, não constitui modalidade de provimento; corresponde à passagem do funcionário ou servidor de um grau a outro da mesma referência; sem mudar o cargo e a referência, o servidor passa para outro grau, razão pela qual se diz que a promoção se dá no plano horizontal, enquanto o acesso se dá no plano vertical.

A Constituição dá origem a outra forma de provimento, prevista no artigo 41, § 2º.; trata-se da recondução, que ocorre como consequência da reintegração, hipótese em que o servidor que ocupava o cargo do reintegrando tem o direito de ser reconduzido a seu cargo de origem. O artigo 29 da Lei nº. 8.112/90 prevê também a recondução no caso de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo.

O provimento ainda pode ser classificado, quanto à sua durabilidade, em efetivo, vitalício e em comissão, classificação essa somente aplicável aos cargos.

Provimento efetivo é o que se faz em cargo público, mediante nomeação por concurso público, assegurando ao servidor, após três anos de exercício, o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial, por processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ou por procedimento de avaliação periódica de desempenho, também assegurado o direito à ampla defesa (conforme art. 41, § 1º., da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional 19).

Provimento vitalício é o que se faz em cargo público, mediante nomeação, assegurando ao funcionário o direito à permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial transitada em julgado.

Somente é possível com relação a cargos que a Constituição federal define como de provimento vitalício, uma vez que a vitaliciedade constitui exceção à regra geral da estabilidade, definida no artigo 41. A lei ordinária não pode ampliar os cargos dessa natureza.

Na Constituição de 1988, são vitalícios os cargos dos membros da Magistratura (art. 95, I), do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º.) e do Ministério Público (art.128, § 5º., a).

Tanto a estabilidade como a vitaliciedade não impedem a aposentadoria compulsória do funcionário que tenha completado a idade limite; com relação à vitaliciedade, houve

pretensões desse tipo perante o Poder Judiciário, por parte de titulares de cargos de Justiça aos quais a Constituição de 1946 outorgou essa garantia; argumentava-se que vitaliciedade significa perpetuidade; no entanto, esse entendimento não foi acolhido pelo STF, que, pela Súmula nº. 36, deixou expresso que “servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade”.

Enquanto o provimento efetivo se dá sempre por concurso público, o vitalício nem sempre depende dessa formalidade; na Magistratura de primeiro grau, essa exigência consta do artigo 93, I, da Constituição; nos Tribunais, o provimento se faz por promoção dos juizes de carreira ou por nomeação, sem concurso, pelo Chefe do Poder Executivo (art. 84, XIV e XVI, da Constituição).

Nesse último caso, a vitaliciedade é adquirida independentemente de estágio probatório; este só existe para os juizes de carreira, nomeados por concurso, hipótese em que a perda do cargo, nesse período, exige deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado (art. 95, I).

Provimento em comissão é o que se faz mediante nomeação para cargo público, independentemente de concurso e em caráter transitório. Somente é possível com relação aos cargos que a lei declara de provimento em comissão.

O provimento é, em regra, ato do Poder Executivo (art. 84, XXV); mas a atual Constituição estabeleceu algumas competências especiais distribuídas entre vários órgãos:

1. o Poder Executivo tem competência para nomear os seus próprios funcionários (art. 84, XIV, da Constituição) e mais: os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador Geral da República, o Presidente e os Diretores do Banco Central, todos eles após aprovação do Senado (art. 84, XIV); os Ministros do Tribunal de Contas, sendo 1/3 de sua própria escolha, mediante aprovação pelo Senado, e 2/3 de escolha do Congresso Nacional (art. 84, XV e art. 73, § 2º.); os magistrados não nomeados por concurso (arts. 84, XVI, e 94) e o Advogado-geral da União (art. 84, XVI); os membros do Conselho da República indicados no art. 89, VII;
2. aos Tribunais foi conferida competência para prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição e os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei (art. 96, I, c e e);
3. o Ministério Público é competente para prover os cargos de seus membros e os dos serviços auxiliares (art. 127, § 2º.).

13. 6 VACÂNCIA

Vacância é o ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função.

Decorre de exoneração, demissão, aposentadoria, promoção e falecimento. O artigo 33 da Lei nº. 8.112/90 prevê ainda a ascensão, a transferência, a readaptação e a posse em outro cargo inacumulável.

A exoneração não é penalidade; ela se dá a pedido ou ex officio, neste último caso quando se tratar de cargo em comissão ou, no caso de cargo efetivo, quando não satisfeitas as exigências do estágio probatório ou quando, tendo tomado posse, o

servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido (arts. 34 e 35 da Lei nº. 8.112/90).

Já a demissão constitui penalidade decorrente da prática de ilícito administrativo; tem por efeito desligar o servidor dos quadros do funcionalismo.

A promoção é, ao mesmo tempo, ato de provimento no cargo superior e vacância no cargo inferior. O mesmo efeito produz a ascensão, a qual, no entanto, não encontra fundamento na Constituição vigente, por se realizar mediante concurso interno e infringir, em consequência, a norma do artigo 37, II, da Constituição Federal (v item 12.5).

A readaptação, segundo artigo 24 da Lei nº. 8.112/90, “é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica”.

13.7 DIREITOS E DEVERES

Os direitos do servidor público estão consagrados, em grande parte, na Constituição Federal (arts. 37 a 42) ; não há impedimento, no entanto, para que outros direitos sejam outorgados pelas Constituições Estaduais ou mesmo nas leis ordinárias dos Estados e Municípios.

Os direitos e deveres do servidor público estatutário constam do Estatuto do Servidor que cada unidade da Federação tem competência para estabelecer, ou da CLT, se o regime celetista for o escolhido para reger as relações de emprego. Em qualquer hipótese, deverão ser observadas as normas da Constituição Federal.

Os estatutos promulgados antes da atual Constituição consignam os direitos e deveres do funcionário. Do mesmo modo o faz a Lei nº. 8.112/90.

Dentre os direitos, incluem-se os concernentes a férias, licenças, vencimento ou remuneração e demais vantagens pecuniárias, assistência, direito de petição, disponibilidade e aposentadoria, alguns deles já analisados no item concernente às normas constitucionais.

Com relação à retribuição pecuniária (direito ao estipêndio), já foi visto que a Emenda Constitucional nº. 19/98 introduziu, ao lado do regime de remuneração ou vencimento, o sistema de subsídio. Para estes, o estipêndio compõe-se de uma parcela única, vedado acréscimo de vantagens outras de qualquer espécie. Para os servidores em regime de remuneração, continuam a existir as vantagens pecuniárias acrescidas ao padrão fixado em lei.

A legislação ordinária emprega, com sentidos precisos, os vocábulos vencimento e remuneração, usados indiferentemente na Constituição. Na lei federal, vencimento é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício de cargo, correspondente ao padrão fixado em lei (art. 40 da Lei nº. 8.112) e remuneração é o vencimento e mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei (art. 41). Provento é a retribuição pecuniária a que faz jus o aposentado. E pensão é o benefício pago aos dependentes do servidor falecido.

Com relação às vantagens pecuniárias, Hely Lopes Meirelles (1989:400) faz uma classificação que já se tornou clássica; para ele, “vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do funcionário, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o

serviço (propter laborem), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações de serviço e gratificações pessoais”.

São exemplos de adicionais por tempo de serviço os acréscimo devidos por quinquênio e a sexta parte dos vencimentos, previstos na Constituição paulista (art.129). Eles aderem ao vencimento e incluem-se nos cálculos dos proventos de aposentadoria.

Os adicionais de função são pagos em decorrência da natureza especial da função ou do regime especial de trabalho, como as vantagens de nível universitário e o adicional de dedicação exclusiva. Em regra, também se incorporam aos vencimentos e aos proventos desde que atendidas as condições legais.

A gratificação de serviço é retribuição paga em decorrência das condições anormais em que o serviço é prestado; como exemplo; podem ser citadas as gratificações de representação, de insalubridade, de risco de vida e saúde.

As gratificações pessoais correspondem a acréscimos devidos em razão de situações individuais do servidor, como o salário-esposa e o salário-família.

Embora a classificação citada seja útil, até para fins didáticos, o critério distintivo - incorporação dos adicionais aos vencimentos e não incorporação das gratificações - nem sempre é o que decorre da lei; esta é que define as condições em que cada vantagem é devida e calculada e estabelece as hipóteses de incorporação.

É freqüente a lei determinar que uma gratificação (por exemplo, a de risco de vida e saúde) se incorpore aos vencimentos depois de determinado período de tempo. É evidente, contudo, que, no silêncio da lei, tem-se que entender que a gratificação de serviço somente é devida enquanto perdurarem as condições especiais de sua execução, não havendo infringência ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimento na retirada da vantagem quando o servidor deixa de desempenhar a função que lhe conferir o acréscimo.

Esse princípio diz respeito ao padrão de cada cargo, emprego ou função e às vantagens pecuniárias já incorporadas; não abrange as vantagens transitórias, somente devidas em razão de trabalho que está sendo executado em condições especiais; cessado este, suspende-se o pagamento do acréscimo, correspondente ao cargo, emprego ou função.

Os vencimentos do servidor público (empregada a palavra em sentido amplo, para abranger também as vantagens pecuniárias) têm caráter alimentar e, por isso mesmo, não podem ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, consoante artigos 649, IV 821 e 823 do CPC. Pela mesma razão, o artigo 100 da Constituição e o artigo 33 de suas disposições transitórias, ao excluírem os créditos de natureza alimentar do processo especial de execução contra a Fazenda Pública, estão sendo interpretados de modo a incluir, na ressalva, os vencimentos devidos aos servidores públicos. Esse entendimento foi adotado no Estado de São Paulo pelo Decreto nº. 29.463, de 19-12-88, e pelo artigo 57, § 3º., de sua Constituição.

Ainda com relação aos direitos dos funcionários, é importante lembrar que muitos deles correspondem a benefícios previstos para os integrantes da Previdência Social ou, mais amplamente, da Seguridade Social (que abrange previdência, saúde e assistência).

Com efeito, em relação aos servidores, o poder público pode determinar a sua inclusão na previdência social (ressalvados aqueles direitos, como aposentadoria e disponibilidade, que constituem encargos que a Constituição atribui ao Estado) ou

assumi-los como encargos próprios. A primeira opção normalmente é utilizada para os servidores contratados pela legislação trabalhista e, a segunda, para os estatutários.

Assim, examinando-se os Estatutos funcionais, normalmente ali se encontram vantagens como a licença para tratamento de saúde, licença-gestante, licença ao funcionário acidentado ou acometido de doença profissional e auxílio funeral, dentre outras. Na esfera federal, com a Lei nº. 8.112/90, essas vantagens passaram a ter caráter previdenciário (art.185).

Os deveres dos servidores públicos vêm normalmente previstos nas leis estatutárias, abrangendo, entre outros, os de assiduidade, pontualidade, descrição, urbanidade, obediência, lealdade. O descumprimento dos deveres enseja punição disciplinar.

13.8 RESPONSABILIDADE

O servidor público sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras, ele pode praticar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo.

13.8.1 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil é de ordem patrimonial e decorre do artigo 159 do Código Civil, que consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Analisando-se aquele dispositivo, verifica-se que, para configurar-se o ilícito civil, exige-se:

1. ação ou omissão antijurídica;
2. culpa ou dolo; com relação a este elemento, às vezes de difícil comprovação, a lei admite alguns casos de responsabilidade objetiva (sem culpa) e também de culpa presumida; uma e outra constituem exceções à regra geral de responsabilidade subjetiva, somente sendo cabíveis diante de norma legal expressa;
3. relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado;
4. ocorrência de um dano material ou moral.

Quando o dano é causado por servidor público, é necessário distinguir duas hipóteses:

1. dano causado ao Estado;
2. dano causado a terceiros.

No primeiro caso, a sua responsabilidade é apurada pela própria Administração, por meio de processo administrativo cercado de todas as garantias de defesa do servidor, conforme artigo 5º., inciso LV da Constituição. As leis estatutárias em geral estabelecem procedimentos auto-executórios (não dependentes de autorização judicial), pelos quais a Administração desconta dos vencimentos do servidor a importância necessária ao ressarcimento dos prejuízos, respeitado o limite mensal fixado em lei, com vistas à preservação do caráter alimentar dos estímulos. Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, o artigo 462, § 1º., da CLT só permite o desconto com a concordância do empregado ou em caso de dolo.

O desconto dos vencimentos, desde que previsto em lei, é perfeitamente válido e independe do consentimento do servidor, inserindo-se entre as hipóteses de auto-executoriedade dos atos administrativos; isto não subtrai a medida ao controle judicial, que sempre pode ser exercido mediante provocação do interessado, quer como medida cautelar que suste a decisão administrativa, quer a título de indenização, quando o desconto já se concretizou.

Em caso de crime de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito do servidor, ele ficará sujeito a seqüestro e perdimento de bens, porém com intervenção do Poder Judiciário, na forma do Decreto-lei nº. 3.240, de 8-5-41, e Lei nº. 8.429, de 2-6-92 (arts.16 a 18). Esta última lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. É a chamada lei de improbidade administrativa, que disciplina o art. 37, § 4º., do Estatuto.

Quando se trata de dano causado a terceiros, aplica-se a norma do artigo 37, § 6º., da Constituição Federal, em decorrência da qual o Estado responde objetivamente, ou seja, independentemente de culpa ou dolo, mas fica com o direito de regresso contra o servidor que causou o dano, desde que este tenha agido com culpa ou dolo.

13.8.2 Responsabilidade administrativa

O servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que apresentam os mesmos elementos básicos do ilícito civil: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano.

Nesse caso, a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do artigo 5º., inciso LV da Constituição.

Os meios de apuração previstos nas leis estatutárias são os sumários, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar, impropriamente denominado inquérito administrativo.

Comprovada a infração, o servidor fica sujeito a penas disciplinares.

Na esfera federal, a Lei nº. 8.112/90 prevê, no artigo 127, as penas de advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria; e define, nos artigos subseqüentes, as hipóteses de cabimento de cada uma delas.

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal; a maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções

Isto significa que a Administração dispõe de discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, o que ainda mais se amplia pelo fato de a lei (art.128 da lei federal e 256 do Estatuto paulista) determinar que na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

É precisamente essa discricionariedade que exige a precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração. Normalmente essa motivação consta do relatório da comissão ou servidor que realizou o procedimento; outras vezes, consta de pareceres proferidos por órgãos jurídicos preopinantes aos quais se remete a autoridade julgadora; se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressivamente motivar a sua decisão.

Como medidas preventivas, a Lei nº. 8.112/90, no artigo 147, estabelece o afastamento preventivo por 60 dias, prorrogáveis por igual período, quando o afastamento for necessário para que o funcionário não venha a influir na apuração da falta cometida. Isto sem falar no seqüestro e perdimento de bens, já referidos.

13.8.3 Responsabilidade penal

O servidor responde penalmente quando pratica crime ou contravenção. Existem, no ilícito penal, os mesmos elementos caracterizadores dos demais tipos de atos ilícitos, porém com algumas peculiaridades:

1. a ação ou omissão deve ser antijurídica e típica, ou seja, corresponder ao tipo, ao modelo de conduta definido na lei penal como crime ou contravenção;
2. dolo ou culpa, sem possibilidade de haver hipóteses de responsabilidade objetiva;
3. relação de causalidade;
4. dano ou perigo de dano: nem sempre é necessário que o dano se concretize; basta haver o risco de dano, como ocorre na tentativa e em determinados tipos de crime que põem em risco a incolumidade pública.

A responsabilidade criminal do servidor é apurada pelo Poder Judiciário. De acordo com o artigo 229 da Lei nº 8.112/90, é assegurado auxílio-reclusão à família

do servidor ativo, nos seguintes valores: dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão; ou metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo.

Pelo Estatuto de São Paulo (art. 70), o funcionário perde, em qualquer hipótese, dois terços do vencimento.

13.8.4 Comunicabilidade de instâncias

Quando se analisa o tema, bastante complexo, da repercussão da decisão proferida pelo juiz criminal sobre a órbita administrativa, deve-se separar duas hipóteses profundamente diversas:

1. uma em que a infração praticada pelo funcionário é, ao mesmo tempo, definida em lei como ilícito penal e ilícito administrativo;
2. a outra em que a infração praticada constitui apenas ilícito penal.

Na primeira hipótese, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa.

A regra fundamental sobre a matéria está contida no artigo 1.525 do Código Civil, em cujos termos não se poderá questionar mais sobre “a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”. Em consonância com esse dispositivo, o artigo 126 da Lei nº. 8.112/90 determina que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou da sua autoria”.

Por sua vez, o artigo 65 do Código de Processo Penal determina que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. E o artigo 66 estabelece que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o artigo 1.525 do Código Civil.

Quando a sentença for pela absolvição, há que se distinguir os seus vários fundamentos, indicados no artigo 386 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

“Artigo 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;
- VI - não existir prova suficiente para a condenação.

Repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias baseadas nos incisos I e V; no primeiro caso, com base no artigo 1.525 do Código Civil e, no segundo, com esteio no artigo 65 do Código de Processo Penal.

Não repercutem na esfera administrativa:

1. a hipótese do inciso III, porque o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime;
2. as hipóteses dos incisos II, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo. A respeito do assunto, farta é a jurisprudência administrativa e judicial. O DASP na esfera federal, já emitiu algumas Formulações a esse respeito:

“nº. 30 - A absolvição judicial só repercute na esfera administrativa se negar a existência do fato ou afastar do acusado a respectiva autoria”.

“nº. 71- A Administração pode demitir funcionário por corrupção Passiva com base, apenas, no inquérito administrativo”.

“nº. 278 - A absolvição do réu-funcionário, por não provada a autoria, não importa em impossibilidade da aplicação de pena disciplinar”.

Merecem ser citadas também algumas decisões judiciais, extraídas da obra de José Armando da Costa (1978:242):

“Absolvição criminal fundada em ausência de prova no tocante à autoria não exclui a punição administrativa de funcionário público baseada em inquérito”

(STF, RE 85.314, DJ 2-06-1978, p. 3.031).

“Demissão de servidor público. Legalidade do ato, o qual não se afeta pela absolvição criminal do servidor por carência de melhor prova do fato denunciado”

(TFR, AC. 20.188, DJ 16-05-1979, p. 3.784).

“O autor não foi denunciado no juízo criminal por nenhum dos fatos consignados no relatório e que serviram de base à punição administrativa. A instância administrativa no livre exercício de seu poder legal, julgou a prova colhida no inquérito suficiente para a condenação à pena de demissão, que impôs. E o autor não trouxe para os autos provas capazes de ilidirem aquelas que serviram de esteio ao ato administrativo impugnado. Nem demonstrou sua não-conformidade com o direito

escrito” (TFR, AC. 29.542, DJ 3-12-1979, p. 9.120).

Todas essas decisões referem-se a hipóteses em que o funcionário incidiu, pelo mesmo ato, simultaneamente em falta disciplinar e em crime. É exatamente a hipótese a que se refere o artigo 136 da Constituição do Estado, pelo qual “o servidor público civil demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado ao serviço público, com todos os direitos adquiridos”. Essa norma tem que ser interpretada à luz dos dispositivos do CC e CPP já mencionados, não significando que, em qualquer hipótese, a decisão judicial repercute sobre a administrativa; ela repercute apenas nas hipóteses já mencionadas pois, a aceitar-se outra interpretação, estar-se-ia pondo fim à independência entre as instâncias penal e administrativa, com manifesta ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Totalmente diversa é a situação se o funcionário público for processado na esfera penal por fato que constitui crime mas não corresponde a ilícito administrativo.

Nesse caso, quer-nos parecer que a decisão absolutória proferida pelo juiz criminal, qualquer que seja a fundamentação da sentença, repercute sobre a esfera administrativa, porque, nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário; o funcionário só pode ser punido pela Administração se, além daquele fato pelo qual foi absolvido, houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa, ou seja, a chamada falta residual a que se refere a Súmula nº. 18 do STF, in verbis: “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

Não havendo falta residual, a absolvição na esfera criminal tem que ser reconhecida na órbita administrativa. Nesse sentido é o pensamento de José Armando da Costa (1987:237), quando afirma: “sem embargo, acentue-se que toda sentença penal absolutória repercute na instância disciplinar quando a falta funcional, em sua definição legal, se escudar exata e precisamente num tipo penal. Nesses casos, o decisório criminal definitivo, qualquer que seja o seu fundamento, constituirá res judicata no âmbito disciplinar”.

Além da Súmula nº 18, merecem ser citados alguns acórdãos em que esse entendimento é reiterado pelos Tribunais:

Desde que o servidor foi absolvido em processo criminal e nenhum resíduo restou sob o aspecto administrativo, não se justifica a sua demissão (TJSP in RDP 16/249).

“A absolvição no crime produz efeito na demissão do funcionário desde que não haja resíduo a amparar o processo administrativo” (STF, in RDA 51/177).

“Se a decisão absolutória proferida no juízo criminal não deixa resíduo a ser apreciado na instância administrativa, não há como subsistir a pena disciplinar” (STF, in RDA 123/216).

“Se o inquérito administrativo se baseia tão-só em fato previsto como crime, a absolvição faz desaparecer o motivo do procedimento administrativo, se do fato não restou resíduo para a pena disciplinar” (STF, in RDP 34/131).

Na esfera federal, ficou devidamente reconhecida a dependência da esfera administrativa em relação à criminal, quando o funcionário esteja indiciado apenas por crime. Com efeito, o artigo 207 do Estatuto (Lei nº. 1.711, de 28-10-52) indicava as hipóteses de aplicação da pena de demissão, mencionando, no inciso I, “o

crime contra a administração pública”. Pois bem, o DASP já definiu que “não pode haver demissão com base no inciso I do artigo 207 do Estatuto dos Funcionários, se não a precede condenação criminal” (Formulação nº. 128). E justifica: “a única hipótese em que a Administração está adstrita a aguardar a prestação jurisdicional é a do inciso I do artigo 107, onde se fala genericamente do crime contra a Administração Pública. Em todas as outras, a Administração não necessita aguardar o desfecho do procedimento criminal, vez que a previsão do fato criminoso como ilícito disciplinar autônomo a autoriza a agir desde logo, aplicando a pena que o Estatuto cominar” (parecer no Processo nº. 1.485, de 6-04-67, apud José Armando da Costa, 1987:240). A Lei nº. 8.112, de 1990, no artigo 132, I, repete a mesma norma que constava do artigo 207 do Estatuto anterior.

É verdade que a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo. Daí alguns estatutos incluírem, entre os deveres funcionais, o de “proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública” e punirem com demissão o funcionário que “for convencido de incontinência pública e escandalosa”. Pela mesma razão, alguns consideram que o “procedimento irregular”, punível com demissão, pode abranger o mau procedimento na vida privada ou na vida funcional (cf. Carlos S. de Barros Júnior, 1972:109).

Quanto à incontinência pública e escandalosa, não é qualquer crime que pode ser enquadrado como tal. Consoante ensinamento de A.A. Contreiras de Carvalho (1955, v. 2:156), ela “consiste na falta de abstenção de prazeres sensuais, ou melhor, na prática destes em termos imoderados, expondo quem os pratica e se de modo público e escandaloso, ao ridículo e à condenação da sociedade”.

Também Themístocles Brandão Cavalcanti (1958, t. II:258) dá idéia do que seja essa infração, ao afirmar que “todas essas faltas são apenas manifestações públicas e ostensivas, com manifesto escândalo, pelo grau e pela freqüência, de hábitos contrários a uma vida ordenada, nos moldes de um comportamento adequado aos hábitos de nossa sociedade”.

Quanto ao “procedimento irregular de natureza grave”, não definido legalmente, não nos parece que possa abranger, indiferentemente, qualquer tipo de má conduta do funcionário na vida privada. Carlos S. de Barros Júnior

(1972:108), discorrendo sobre o tema, assim se manifesta: “de qualquer forma, como à Administração não pode deixar de interessar, pelo que ficou dito, a má conduta fora do cargo, devem as autoridades, principalmente aqui, gozar de liberdade de incriminação, para considerar, de modo discricionário, os fatos dessa natureza, que lhes sejam submetidos. Basta atentar, por exemplo, para a circunstância de que o juízo sobre o mau procedimento dependerá muito, não só da categoria do funcionário, como da natureza de suas atribuições, sendo certo que, sob esse aspecto, muito mais estritos serão os deveres de um juiz ou professor, por exemplo, do que os de um agente de pequena categoria ou operário do Estado”.

É de se lembrar também que existem defensores da tese de que o “procedimento irregular” somente se caracteriza quando se trate de ilícito funcional. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “o procedimento irregular, previsto no Estatuto, é relativo à atividade funcional do servidor público e não à sua conduta na vida privada” (RDA 52/188). Em defesa desse entendimento, o acórdão cita a lição de Themístocles Brandão Cavalcanti,

que considera como tal “o procedimento escandaloso, no sentido de sua desconformidade entre o procedimento funcional e a falta de cumprimento dos deveres do cargo”. E cita também o entendimento adotado pelo DASP no sentido de que o procedimento irregular é aquele “oposto à justiça ou à lei, e contrário aos princípios de moral com que se deve conduzir o funcionário no desempenho do cargo ou função pública”.

Entendendo coerente essa posição, quer-nos parecer que a má conduta na vida privada, para caracterizar-se como ilícito administrativo, tem que ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, sob pena de tudo, indiscriminadamente, poder ser considerado “procedimento irregular” e ensejar demissão.

Finalmente, é importante ressaltar que no próprio Código Penal houve uma evolução no sentido de limitar os reflexos da conduta do funcionário fora do cargo sobre a situação funcional. Antes da alteração da Parte Geral, procedida pela Lei nº. 7.209, de 11-7-84, a perda da função pública constituía pena acessória quando o servidor fosse condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado com violação de dever inerente à função pública, ou condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou detenção por mais de quatro anos; neste último caso, a perda decorria automaticamente da sentença, ainda que não houvesse declaração expressa (arts. 82, I, 83 e 87).

A partir da alteração decorrente daquela lei, a perda do cargo, função pública ou mandato deixou de ser pena acessória e passou a constituir efeito da condenação apenas nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e desde que a pena aplicada seja superior a quatro anos; além disso, esse efeito não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença (art. 92, I e parágrafo único).

Mais recentemente, a Lei nº. 9.268, de 1º.-4-96, alterou o artigo 92 do Código Penal, passando a prover a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo em duas hipóteses: (a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. Manteve-se a exigência do parágrafo único.

Os próprios Estatutos dos Funcionários Públicos admitem, em regra, possibilidade de continuar o funcionário como titular do cargo, não obstante condenado em processo criminal, determinando que, no caso de condenação se esta não for de natureza que

acarrete a demissão do funcionário, ele seja considerado afastado até o cumprimento total da pena, com direito a receber parte do vencimento ou remuneração. Mais um argumento para reforçar a tese de que o ilícito penal, só por si, não enseja punição disciplinar.

Capítulo 14 - Processo Administrativo

14.1 PROCESSOS ESTATAIS

O vocábulo processo, etimologicamente, tem o sentido de marcha para a frente, avanço, progresso, desenvolvimento; seria, na linguagem de José Frederico Marques, um “fenômeno em desenvolvimento”. O processo é sempre forma, instrumento, modo de proceder.

Assim, pode-se falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado - Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, confere-lhes prerrogativas, impõe-lhes obrigações, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição.

Cada um dos processos estatais está sujeito a determinados princípios próprios, específicos, adequados para a função que lhes incumbe. Não pode ser igual o processo legislativo, o processo judicial e um e outro não podem ser iguais ao processo administrativo.

Porém todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, da formalidade, da predominância do interesse público sobre o particular, o que permite falar na existência de uma teoria geral do processo.

Partindo-se do processo, nesse sentido amplo, em que se apresenta como uma série de atos coordenados para a realização dos fins estatais, pode-se fazer uma primeira classificação, separando-se, de um lado, o processo legislativo, pelo qual o Estado elabora a lei, e, de outro, os processos judicial e administrativo, pelos quais o Estado aplica a lei.

Cumprido, pois, distinguir esses dois processos de aplicação da lei.

O processo judicial se instaura sempre mediante provocação de uma das partes (o autor) que, por ser titular de um interesse conflitante com o de outra parte (o réu), necessita da intervenção de terceira pessoa (o juiz), o qual, atuando com imparcialidade, aplica a lei ao caso concreto, compondo a lide: a relação jurídica é trilateral: as partes (autor e réu) e o juiz.

O processo administrativo, que pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração, estabelece uma relação bilateral, “inter partes”, ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei.

Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos. Justamente por isso alguns autores preferem falar em “interessados” e não em “partes”; no entanto, partindo-se do conceito de “parte” como aquele que propõe ou contra quem se propõe uma pretensão, é possível falar em “parte” nos processos administrativos em que se estabelecem controvérsias entre Administração e administrado.

Dessa posição da Administração como parte interessada decorre a gratuidade do processo administrativo, em oposição à onerosidade do processo judicial. Neste, o

Estado atua como terceiro, a pedido dos interessados; movimenta-se toda a máquina do Poder Judiciário para resolver um conflito de interesse particular. Naquele, o Estado atua, ainda quando provocado pelo particular, no interesse da própria Administração. Daí não caber no processo administrativo a aplicação do princípio da sucumbência.

Pela mesma razão, não pode a Administração proferir decisões com força de coisa julgada, pois ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo ou ninguém pode ser juiz em causa própria. Aliás, é essa precisamente a distinção fundamental entre a função administrativa e a função jurisdicional.

14.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO

A expressão processo administrativo, na linguagem corrente, é utilizada em sentidos diferentes:

1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;
4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.

14.3 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Nem sempre a lei estabelece procedimentos a serem observados necessariamente pela Administração; neste caso, ela é livre na escolha da forma de atingir os seus objetivos, o que normalmente ocorre quando se trata de fase interna de desenvolvimento do processo, não atingindo direitos dos administrados. Em outras hipóteses, a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final; nesse caso, existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando

esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos, nos processos disciplinares.

É evidente, contudo, que todos os processos que envolvem solução de controvérsia ou que resultem em alguma decisão por parte da Administração compreendem, pelo menos, três fases: instauração, instrução e decisão. A Lei nº 9.784, de 29-1-99, que estabelece normas sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, sem estabelecer qualquer procedimento a ser rigorosamente seguido nos processos administrativos em geral, estabelece normas pertinentes àquelas três fases.

Quanto à instauração, estabelece que pode dar-se de ofício (em atendimento ao princípio da oficialidade, analisado no item 14.5.2) ou a pedido do interessado (art. 5º); indica os requisitos a serem observados no requerimento do interessado (art. 6º); veda a recusa imotivada de documentos (art. 6º, parágrafo único); prevê a possibilidade de elaboração de modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes (art. 7º); e admite a possibilidade de serem formulados em um único requerimento pedidos iguais de uma pluralidade de interessados, salvo preceito legal em contrário (art. 8º).

No que diz respeito à instrução, a lei contém o princípio da oficialidade no que diz respeito às atividades de instrução, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias (art. 29); veda as provas obtidas por meios ilícitos (art. 30); atribui ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado (art. 36), sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e sem prejuízo da aplicação da norma do artigo 37, que atribui ao órgão competente para a instrução do processo o dever de providenciar, de ofício, a obtenção de documentos ou respectivas cópias, quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo; prevê a possibilidade de o interessado juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38); proíbe a recusa de provas propostas pelo interessado, salvo se as mesmas forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (art. 38, § 2º); estabelece o prazo de quinze dias para elaboração de parecer, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo (art. 42); prevê a possibilidade de ser adotada, motivadamente, medida acautelatória, sem a prévia manifestação do interessado, em caso de risco iminente (art. 45).

Quanto à decisão, a lei impõe à Administração o dever de decidir (art. 48), estabelecendo o prazo de até 30 dias para fazê-lo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

14.4 MODALIDADES

Nos países que admitem a dualidade de jurisdição, ou seja, a existência de um contencioso administrativo ao lado da jurisdição comum, é possível falar em dois tipos de processo administrativo: o gracioso e o contencioso.

No processo gracioso, os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolvem decisão sobre pretensão do particular. Para chegar à prática do ato final pretendido pela Administração, pratica-se uma série de atos precedentes necessários para apuração dos fatos, averiguação da norma legal aplicável, apreciação dos aspectos concernentes à oportunidade e conveniência. Essa série de

atos constitui o processo, que vai culminar com a edição de um ato administrativo. É nesse sentido que se fala em processo administrativo no direito brasileiro.

O processo administrativo contencioso é o que se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre Administração e administrado. Esse tipo de processo administrativo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo; nos demais, essa fase se desenvolve perante o Poder Judiciário, porque só este pode proferir decisão com força de coisa julgada; a Administração Pública, sendo “parte” nas controvérsias que ela decide, não tem o mesmo poder, uma vez que ninguém pode ser juiz e parte simultaneamente.

No direito brasileiro, a Constituição de 1967 previu o contencioso administrativo para decidir litígios decorrentes de relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais (art.111), bem como para a decisão de questões financeiras e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes do trabalho (art. 203). No entanto, esse contencioso, que não chegou a ser instituído, apenas tinha o mesmo nome que o instituto adotado em outros países, pois que suas decisões não teriam força de coisa julgada (art. 203), por serem incompatíveis com o princípio da unidade de jurisdição previsto no artigo 153, § 4º. A sua instituição apenas teria significado a instituição do princípio da exaustão das vias administrativas para ingresso em juízo, conforme constava expressamente do último dispositivo citado.

A Constituição de 1988 não prevê o contencioso administrativo e mantém, no artigo 5º, XXXV a unidade de jurisdição, ao determinar, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, no direito brasileiro, falar em processo administrativo significa falar em processo gracioso.

Ainda se pode falar em duas outras modalidades de processo administrativo: o técnico e o jurídico.

Essa classificação, que é adotada por Guimarães Menegale (in RDA 2, fasc. 2:473), parte da idéia de que naqueles processos que são provocados por iniciativa da própria Administração, existem, em regra, duas fases: a decisória e a executória. A primeira é uma fase de escolha de meios, é uma operação técnica, como a que ocorre com os estudos que antecedem a realização de uma obra pública; a segunda coloca a Administração frente aos administrados, sendo, por isso mesmo, uma fase jurídica, porque exige adaptação da vontade da Administração aos interesses dos administrados; surgem relações jurídicas, e a escolha dos meios de ação deve ser feita de acordo com a lei. Na primeira fase, que é interna e corresponde ao processo técnico, apenas o interesse público está em jogo; na segunda, que é externa, acrescenta-se o interesse do particular atingido pela execução do ato administrativo.

Alguns autores restringem o conceito de processo administrativo para abranger somente os que envolvem interesses de particulares, criando controvérsia entre Administração e administrado. Hely Lopes Meirelles (1996:591), por exemplo, só considera como processos administrativos propriamente ditos “aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor”; os demais, ele designa de processos de expediente, “que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados”.

No entanto, partindo-se da idéia de processo como instrumento indispensável para exercício da função administrativa, não há como deixar de enquadrar os processos

técnicos e os chamados “de expediente”, por aquele autor, entre os processos administrativos, considerados em seu sentido mais amplo. Nem sempre, quando o particular deduz uma pretensão perante a Administração, surge uma controvérsia; nem por isso deixa de haver um processo administrativo.

O processo administrativo está hoje disciplinado, no âmbito federal, pela Lei nº 9.784, de 29-1-99. Ela estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando à “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Estados e Municípios que queiram dispor sobre a matéria deverão promulgar as suas próprias leis. No Estado de São Paulo, a matéria está disciplinada pela Lei nº 10.177, de 30-12-1998.

A lei federal contém normas referentes aos processos administrativos em geral, que tramitam perante a Administração Pública Federal, direta e indireta, abrangendo, além do Poder Executivo, também os órgãos administrativos demais Poderes, conforme artigo 1º, § 1º. Porém, teve o cuidado de respeitar as normas que disciplinam os processos específicos, aos quais a nova lei se aplicará apenas subsidiariamente (art. 69). Assim, por exemplo, as normas legais que disciplinam o processo disciplinar, o processo de licitação ou o processo administrativo tributário prevalecem, nessas matérias, sobre as normas da Lei nº 9.784.

A lei federal contém normas sobre os princípios da Administração Pública, direitos e deveres do administrado, competência, impedimento e suspeição, forma, tempo e lugar dos atos do processo, comunicação, instrução, decisão, motivação, anulação, revogação e convalidação, recursos administrativos e prazos. Em regra, o que a lei faz é colocar no direito positivo conceitos, regras, princípios já amplamente defendidos pela doutrina e jurisprudência. Define algumas questões controvertidas, como a dos prazos para a Administração praticar determinados atos, proferir decisões, emitir pareceres, anular atos administrativos. As normas da lei serão mencionadas nos itens pertinentes temas nela tratados.

14.5 PRINCÍPIOS

Existem alguns princípios comuns aos processos administrativo e judicial e que constituem objeto de estudo da teoria geral do processo: tais são os princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial, da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei. E existem outros princípios que são próprios do direito administrativo, como o da oficialidade, o da gratuidade, o da atipicidade.

A Lei nº 9.784 menciona, no artigo 2º, caput, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além disso, embora não referidos especificamente nesse dispositivo, outros princípios decorrem implicitamente da lei, como o da impessoalidade e o da participação do administrado nos atos do processo. A maior parte desses princípios, por serem informadores de todo o direito administrativo, estão tratados no item 3.3 deste livro. Os que são mais especificamente referidos à matéria processual são tratados neste capítulo.

14.5.1 Princípio da publicidade

Esse princípio, agora previsto expressamente no artigo 37, caput, da Constituição, aplica-se ao processo administrativo. Por ser pública a atividade da Administração, os processos que ela desenvolve devem estar abertos ao acesso dos interessados.

Esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial; neste, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição.

É evidente que o direito de acesso não pode ser exercido abusivamente, sob pena de tumultuar o andamento dos serviços públicos administrativos; para exercer esse direito, deve a pessoa demonstrar qual o seu interesse individual, se for o caso, ou qual o interesse coletivo que pretende defender.

O direito de acesso ao processo não se confunde com o direito de “vista”, que somente é assegurado às pessoas diretamente atingidas por ato da Administração, para possibilitar o exercício de seu direito de defesa.

O direito de acesso só pode ser restringido por razões de segurança da sociedade e do Estado, hipótese em que o sigilo deve ser resguardado (art. 5º, XXXIII, da Constituição); ainda é possível restringir-se a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX).

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, estabelece, no parágrafo único do artigo 2º, a exigência de “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição” (inciso V) e a “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”. Além disso, o artigo 3º, inciso II, inclui entre os direitos do administrado, o de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”.

14.5.2 Princípio da oficialidade

Esse princípio também é mais amplo no processo administrativo. No processo judicial, ele só existe depois de instaurada a relação processual, cabendo ao juiz movimentar o procedimento em suas várias fases até a decisão final.

No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução.

Essa executoriedade, sendo inerente à atuação administrativa, existe mesmo que não haja previsão legal; como a Administração Pública está obrigada a satisfazer o interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins.

Na Lei nº 9.784/99, está previsto, como um dos critérios a serem observados nos processos administrativos, a “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados”. No artigo 5º, está expresso que o processo pode

iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado, e o artigo 29 contém a determinação de que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. A lei ainda permite que nos processos administrativos de que resultem sanções a revisão se faça a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, ficando expressamente vedado o agravamento da sanção.

Embora a lei só faça referência à revisão de ofício nos processos de que resultem sanção, é evidente que tal possibilidade existe em relação a qualquer ato da Administração, um vez reconhecido ter ele sido praticado com inobservância da lei. Trata-se de aplicação do poder de autotutela sobre os atos administrativos, reconhecido pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (v. itens 7.11.2.1 e 14.5.7) e que, em última análise, decorre do princípio da legalidade. Aliás, o artigo 63 da Lei consagra esse entendimento ao estabelecer, no § 2º do artigo 63, que “o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa”.

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

Portanto, a oficialidade está presente:

1. no poder de iniciativa para instaurar o processo;
2. na instrução do processo;
3. na revisão de suas decisões.

Em todas essas fases a Administração pode agir ex officio.

14.5.3 Princípio da obediência à forma e aos procedimentos

Quanto a este princípio, a sua aplicação é muito mais rígida no processo judicial do que no administrativo; por isso mesmo, em relação a este, costuma-se falar em princípio do informalismo.

Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo aquilo que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.

Às vezes, a lei impõe determinadas formalidades ou estabelece um procedimento mais rígido, prescrevendo a nulidade para o caso de sua inobservância. 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.

A necessidade de maior formalismo existe nos processos que envolvem interesses dos particulares, como é o caso dos processos de licitação, disciplinar e tributário. Nesses casos, confrontam-se, de um lado, o interesse público, a exigir formas mais simples e rápidas para a solução dos processos, e, de outro, o interesse particular, que requer formas mais rígidas, para evitar o arbítrio e a ofensa a seus direitos individuais.

É por isso que, enquanto inexitem normas legais estabelecendo o procedimento a ser adotado nos processos administrativos em geral, à semelhança do que ocorre nos judiciais, determinados processos especiais que dizem respeito a particulares estão sujeitos a procedimento descrito em lei.

O processo disciplinar, por exemplo, tem o seu procedimento descrito nas leis estatutárias; mas o artigo 310 do Estatuto paulista (Lei nº 10.261, de 28-10-68) quebra a rigidez do princípio, ao estabelecer que não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância.

Na realidade, o formalismo somente deve existir quando seja necessário ara atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares. É o que está expresso no artigo 2º, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/99, que exige, nos processos administrativos, a “observância dos formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” e a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito nos direitos dos administrados”. Trata-se de aplicar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em relação às formas.

Ainda na mesma linha do informalismo, o artigo 22 da lei estabelece que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Inclusive o reconhecimento de firma, salvo imposição legal para casos específicos, só pode ser exigido quando houver dúvida de autenticidade (§ 2º); e a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo próprio órgão administrativo (§ 3º).

14.5.4 Princípio da gratuidade

Sendo a Administração Pública uma das partes do processo administrativo, não se justifica a mesma onerosidade que existe no processo judicial (v. item 13.1).

A regra da gratuidade está agora expressa no artigo 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei nº 9.784, que proíbe “cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei”. A menos que haja leis específicas exigindo cobrança de determinados atos, a regra é a da gratuidade dos atos processuais.

14.5.5 Princípio da ampla defesa e do contraditório

Este princípio, amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência, na vigência de Constituições anteriores, está agora expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988: “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”. Especificamente com relação a servidores estáveis, o mesmo direito está assegurado no artigo 41, § 1º, que permite a perda do cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Na Lei nº 9.784, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão mencionados no artigo 2º, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do artigo 5º, LV da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os “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”.

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige:

1. notificação dos atos processuais à parte interessada;
2. possibilidade de exame das provas constantes do processo;
3. direito de assistir à inquirição de testemunhas;
4. direito de apresentar defesa escrita.

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei nº 9.784 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art. 3º, incisos II, III e IV). O artigo 46 da lei repete, em termos semelhantes, a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressaltando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Além disso, a mesma lei impõe a intimação do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligências (art. 26); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a apresentação de provas (art. 39), para apresentar alegações, em caso de interposição de recurso (art. 62). A intimação deve ser feita com antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento (§ 2º do art. 26) ou para apresentação de prova ou realização de diligência (art. 41), podendo ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado (§ 3º do art. 26); no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial (§ 4º do art. 26).

A inobservância da lei no que diz respeito à intimação é causa de nulidade, porém o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade (§ 5º do art. 26). Além disso, o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (art. 27).

Na fase de instrução, o interessado pode juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38); terminada a instrução, ele tem o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 44).

14.5.6 Princípio da atipicidade

Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público.

Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena.

14.5.7 Princípio da pluralidade de instâncias

O princípio da pluralidade de instâncias decorre do poder de autotutela de que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos; esse poder está reconhecido pelo STF, conforme Súmulas n.º 346 e 473.

Levando em conta que é dado ao superior hierárquico rever sempre os atos dos seus subordinados, como poder inerente à hierarquia e independente de previsão legal, haverá tantas instâncias administrativas quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica. O administrado que se sentir lesado em decorrência de decisão administrativa, pode ir propondo recursos hierárquicos até chegar à autoridade máxima da organização administrativa. Na esfera federal, esse direito de recorrer foi limitado a “três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa”, conforme artigo 57 da Lei n.º 9.784. Isto significa que o administrado pode recorrer apenas a três níveis de decisão dentro da organização hierárquica, ressalvadas as hipóteses em que a lei específica sobre determinadas matérias disponha de modo diverso, quer para ampliar quer para restringir: O que não se pode impedir é o direito de recorrer, já que ele é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição, como inerente ao direito de defesa e ao contraditório.

Também quanto ao princípio da pluralidade de instâncias existem algumas diferenças entre o processo civil e o administrativo; neste último é possível (e naquele não):

- a) alegar em instância superior o que não foi argüido de início;
- b) reexaminar a matéria de fato;
- c) produzir novas provas.

Isto porque o que se objetiva, com a possibilidade de reexame, é a preservação da legalidade administrativa.

Só não há possibilidade de pluralidade de instâncias quando a decisão já partiu da autoridade máxima, hipótese em que caberá apenas pedido de reconsideração; se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial.

14.5.8 Princípio da economia processual

Há que se ter sempre presente a idéia de que o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso mesmo, devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento e que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa. Desse princípio decorre outro, que é o do aproveitamento dos atos processuais, que admite o saneamento do processo quando se tratar de nulidade sanável, cuja inobservância não prejudique a Administração ou o Administrado. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo prescreve que não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância (art. 310). Na esfera federal, a Lei nº 8.112/90 apenas determina, no artigo 169, § 1º, que “o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade de processo”.

14.5.9 Princípio da participação popular

O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito, referido no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamado em seu artigo 1º e reafirmado no parágrafo único, com a regra de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”; além disso, decorre implicitamente de várias normas consagradoras da participação popular em diversos setores da administração pública, em especial na parte referente à ordem social.

Na idéia de participação inserem-se, por exemplo:

1. participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art.10) ;
2. participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art.187);
3. participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art.194);
4. caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art.194, VII), reafirmado com relação à saúde (art.198, III) e à assistência social (art. 204, II) ;
5. gestão democrática do ensino público (art. 206, VI);
6. colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º).

Essas são modalidades de participação na gestão da atividade administrativa do Estado. Como instrumentos de controle, podem ser mencionados, dentre outros:

1. direito à informação (art. 5º, XXXIII), com o que se assegura ao cidadão a possibilidade de conhecer os assuntos que estão sendo tratados no âmbito da Administração Pública;

2. mandado de injunção, instituído precisamente para suprir a omissão do Poder Público na regulamentação de normas constitucionais (art. 5º, LXXI);
3. ação popular, como meio posto nas mãos do cidadão para provocar o controle jurisdicional na defesa do interesse coletivo (art. 5º, LXXIII) ;
4. direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º).

Além disso, encontram-se na legislação infraconstitucional inúmeras normas consagrando diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, sistemas de “disque-denúncia”, audiências públicas, consulta pública e tantas outras.

Na Lei nº 9.784/99, embora não mencionada a participação do cidadão como princípio da Administração Pública, estão disciplinados vários instrumentos que facilitam a participação, como o direito à informação, a motivação, as regras sobre publicidade, já analisadas nos itens pertinentes. Estão também previstas a consulta pública (art. 31), a audiência pública (art. 32) e a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 33).

A consulta pública não é prevista, nessa lei, como obrigatória para a Administração Pública, mas como faculdade a ser exercida, mediante despacho motivado, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral e desde que não cause prejuízo à parte interessada. A consulta é divulgada por meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixado-se prazo para oferecimento de alegações escritas (§ 3º do art. 31); pelo § 2º do mesmo dispositivo, o comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

A audiência pública também não é prevista em caráter obrigatório, ficando a sua realização a critério da autoridade quando se tratar de matéria relevante; o objetivo é o de permitir debates sobre a matéria.

Outros meios de participação poderão ser instituídos pelos órgãos administrativos, quando se tratar de matéria relevante (art. 33).

Além dessa lei, outras existem que prevêm medidas semelhantes, a exemplo da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (lei de licitações e contratos), que exige, em caráter obrigatório, a realização de audiência pública na hipótese referida no artigo 39, que trata de contratos acima de determinado valor. Também as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras estão prevendo a realização de audiência pública; tal é o caso da Lei nº 9.478, de 6-8-97, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP tornando obrigatória a realização de audiências públicas anteriormente às iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.

Todos esses exemplos servem para demonstrar a presença do princípio da participação do administrado na Administração Pública, dentro de um objetivo maior de descentralizar as formas de sua atuação e de ampliar os instrumentos de controle.

14.6 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Carlos Schmidt de Barros Júnior indica três sistemas pelos quais se pode fazer a repressão disciplinar (1972:158):

1. o sistema hierárquico, em que o poder disciplinar é exercido exclusivamente pelo superior hierárquico; ele apura a falta e aplica a pena; é o sistema que se usa às vezes para a apuração de faltas leves ou para aplicação do princípio da verdade sabida;
2. o sistema de jurisdição completa, no qual a falta e a pena são estritamente determinadas em lei e a decisão cabe a um órgão de jurisdição que funciona segundo regras de procedimento jurisdicional; este sistema não existe no direito brasileiro;
3. sistema misto ou de jurisdicionalização moderada, em que intervêm determinados órgãos, com função geralmente opinativa, sendo a pena aplicada pelo superior hierárquico; além disso, mantém-se certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicável; é o sistema adotado no Brasil relativamente aos processos administrativos disciplinares.

No direito brasileiro, os meios de apuração de ilícitos administrativos são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, que compreendem a sindicância e a verdade sabida.

O processo administrativo disciplinar é obrigatório, de acordo com o artigo 41 da Constituição, para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. A Lei nº 8.112/90 exige a realização desse processo para aplicação das penas de suspensão por mais de trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão (art.146); o artigo 100 do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67 (Reforma Administrativa federal) ainda exige o mesmo processo para a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

No Estatuto paulista, o processo administrativo é exigido nas infrações que possam ensejar pena de demissão (art. 270).

O processo é realizado por comissões disciplinares (comissões processantes), sistema que tem a vantagem de assegurar maior imparcialidade na instrução do processo pois a comissão é órgão estranho ao relacionamento entre o funcionário e o superior hierárquico.

Para garantir essa imparcialidade, tem-se entendido, inclusive na jurisprudência, que os integrantes da comissão devem ser funcionários estáveis e não interinos ou exoneráveis ad nutum.

O processo desenvolve-se nas seguintes fases: instauração, instrução, defesa, relatório e decisão.

O processo tem início com despacho de autoridade competente, determinando a instauração, assim que tiver ciência de alguma irregularidade; ela age ex officio, com fundamento no princípio da oficialidade.

Não havendo elementos suficientes para instaurar o processo, determinará previamente a realização de sindicância.

Determinada a instauração e já autuado o processo, é este encaminhado à comissão processante, que o instaura, por meio de portaria em que conste o nome dos servidores

envolvidos, a infração de que são acusados, com descrição sucinta dos fatos e indicação dos dispositivos legais infringidos.

A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados.

Se, além da infração administrativa, a fato constituir ilícito penal, deve a comissão processante comunicar às autoridades policiais, fornecendo os elementos de instrução de que dispuser.

A instrução rege-se pelos princípios da oficialidade e do contraditório, este último essencial à ampla defesa. Com base no primeiro, a comissão toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgue necessárias a essa finalidade. O princípio do contraditório exige, em contrapartida, que a comissão dê ao indiciado oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas.

Concluída a instrução, deve ser assegurado o direito de “vista” do processo e notificado o indiciado para a apresentação de sua defesa. Embora esta fase seja denominada de defesa, na realidade as normas referentes à instauração e à instrução do processo já têm em vista propiciar a ampla defesa ao servidor. Nesta terceira fase, deve ele apresentar razões escritas, pessoalmente ou por advogado de sua escolha; na falta de defesa, a comissão designará funcionário, de preferência bacharel em direito, para defender o indiciado.

A citação do indiciado deve ser feita antes de iniciada a instrução e acompanhada de cópia da portaria para permitir-lhe pleno conhecimento da denúncia; além disso, é permitido a ele assistir a inquirição das testemunhas e reperguntar às mesmas, por intermédio da comissão, podendo comparecer acompanhado de seu defensor.

Terminada a instrução, será dada vista dos autos a indiciado e aberto o prazo para a defesa. O princípio do contraditório é, pois, assegurado em toda a sua extensão.

Terminada a defesa, a comissão apresenta o seu relatório, no qual deve concluir com proposta de absolvição ou de aplicação de determinada penalidade, indicando as provas em que baseia a sua conclusão. O relatório é peça apenas opinativa, não obrigando a autoridade julgadora, que poderá, analisando os autos, apresentar conclusão diversa.

A fase final é a de decisão, em que a autoridade poderá acolher a sugestão da comissão, hipótese em que o relatório corresponderá à motivação; se não aceitar a sugestão, terá que motivar adequadamente a sua decisão, apontando os elementos do processo em que se baseia. É comum a autoridade julgadora socorrer-se de pareceres de órgãos jurídicos antes de adotar a sua decisão.

A autoridade julgadora deve fazer exame completo do processo para verificar a sua legalidade, podendo declarar a sua nulidade, determinar o saneamento do processo ou a realização de novas diligências que considere essenciais à prova. Tudo com base no princípio da oficialidade.

Concluído o processo, pela absolvição ou aplicação de penalidade, cabem, neste último caso, o pedido de reconsideração e os recursos hierárquicos, além da revisão admitida na legislação estatutária.

14. 7 PROCESSO SUMÁRIO

14. 7.1 Sindicância

Segundo José Cretella Júnior (1969, v. 6:153), etimologicamente, no idioma de origem, os elementos componentes da palavra sindicância, de origem grega, são o prefixo syn (junto, com, juntamente com) e dic (mostrar, fazer ver, pôr em evidência), ligando-se este segundo elemento ao verbo deiknymi, cuja acepção é mostrar, fazer ver. Assim, sindicância significa, em português, à letra, “a operação cuja finalidade é trazer à tona, fazer ver, revelar ou mostrar algo, que se acha oculto”.

O mesmo autor define a sindicância administrativa como “o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável”. Nesse conceito, a sindicância seria uma fase preliminar à instauração do processo administrativo; corresponderia ao inquérito policial que se realiza antes do processo penal.

Com esse sentido, a sindicância é prevista no artigo 270, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo: “o processo será precedido de sindicância, quando não houver elementos suficientes para se concluir pela existência da falta ou de sua autoria”.

Mas a sindicância ainda é prevista, na mesma lei, como meio sumário de apuração de faltas puníveis com penalidades outras que não a demissão (multa, repreensão e suspensão).

A Lei Federal nº. 8.112/90 prevê sindicância para apuração de irregularidade (art.143), dela podendo resultar: arquivamento do processo; aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; e instauração do processo disciplinar (art. 145).

A lei não estabelece procedimento para a realização da sindicância, que pode ser realizada por funcionário ou por comissão de funcionários; mas o Estatuto paulista prevê portaria, instrução (com audiência de testemunhas e coleta de provas) e defesa (art. 275).

14.7.2 Verdade sabida

Verdade sabida é o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para aplicar a pena. É o conceito que consta do artigo 271, parágrafo único, do Estatuto paulista. Pelo caput do dispositivo, é possível aplicar-se a pena pela verdade sabida, quando se tratar de repreensão e suspensão.

Esse dispositivo estatutário não mais prevalece, diante da norma do artigo 5º., LV da Constituição, que exige o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Mesmos antes da atual Constituição, já se entendia que o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 153, § 16, para o processo penal, era aplicável às esferas civil e administrativa.

A lei federal não prevê a aplicação da pena pela verdade sabida.

Capítulo 15 - Responsabilidade Extracontratual do Estado

15.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com Relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.

A referência à responsabilidade extracontratual é necessária para restringir o tema tratado neste capítulo a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade contratual, que se rege por princípios próprios, analisados no capítulo referente aos contratos administrativos.

A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do poder público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

15.2 EVOLUÇÃO

O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço; inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada, por muito tempo, foi a da irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo.

As várias teorias que serão analisadas são adotadas preferencialmente no sistema europeu-continental, graças, em especial, ao trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês. Em outros direitos, filiados ao sistema anglo-saxão, a orientação é

diversa e não será aqui aprofundada, por não exercer grande influência no direito brasileiro.

As teorias sobre o tema compreendem:

1. teoria da irresponsabilidade;
2. teorias civilistas;
 - teoria dos atos de impérios e de gestão; e
 - teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva;
3. teorias publicistas;
 - teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; e
 - teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

Antes de analisar cada uma dessas teorias, cabe assinalar que existe muita divergência de terminologia entre os autores, o que torna difícil a colocação da matéria; o que alguns chamam de culpa civil outros chamam de culpa administrativa; alguns consideram como hipóteses diversas a culpa administrativa e o acidente administrativo; alguns subdividem a teoria do risco em duas modalidades, risco integral e risco administrativo.

15.2.1 Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*; *le roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações.

Os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do Federal Tort Claim Act, de 1946, e Crown Proceedings Act, de 1947, respectivamente.

Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias.

Trata-se de responsabilidade subjetiva.

Na Inglaterra, a partir do Crown Proceedings Act, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda

pessoa comum tem em relação à propriedade. A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

15. 2. 2 Teorias civilistas

Foi no século XIX que a tese da irresponsabilidade ficou superada. Porém, ao admitir-se, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do direito civil, apoiados na idéia de culpa; daí falar-se em teoria civilista da culpa.

Numa primeira fase, distinguia-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar - the king can do no wrong), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

A doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil Brasileiro, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

15.2.3 Teorias publicistas

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a

responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir daí começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Sem abandonar essa teoria, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo (cf. Cretella Júnior, v. 8:69-70).

Segundo Hely Lopes Meirelles (1996:562) a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; à primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.

No entanto, a maior parte da doutrina não faz distinção, considerando as duas expressões - risco integral e risco administrativo - como sinônimos ou falando em risco administrativo como correspondendo ao acidente administrativo.

Mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitem as causas excludentes da responsabilidade.

Hussein Said Cahali (1995:40), criticando a distinção feita por Hely Lopes Meirelles, diz que “a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção”. E acrescenta que “deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco - risco integral, risco administrativo, risco proveito - aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”.

Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

15.3 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro; mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação.

As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que prevísse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções.

Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio.

Com o Código Civil, promulgado em 1916, entende-se que teria sido adotada a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, à vista do disposto em seu artigo 15: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

A expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei” conduzia à idéia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse. No entanto, a redação imprecisa do dispositivo permitiu que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário. Nos termos de seu artigo 171, os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. A mesma norma se repetiu no artigo 158 da Constituição de 1937.

Com a Constituição de 1946 é que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com seu artigo 194, “as pessoas jurídicas de direito público interno são

civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Pelo parágrafo único, “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda nº. 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina 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”.

Entende-se que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da idéia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário.

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo artigo 37, § 6º, da Constituição:

1. que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quanto se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos), já que mencionadas, no artigo 107 da Constituição de 1967, apenas as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias);
2. que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; assim é que, em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicará a regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado, quando não desempenharem serviço público;
3. que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito;
4. que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço;
5. que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

15.4 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do

risco integral, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público.

São apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima.

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior.

No entanto, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do poder público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público (cf. acórdãos in RTJ 70/704, RDA 38/328, RTJ 47/378).

A mesma regra se aplica quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, como na anterior, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado. Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima (RTJ 55/50, RT 447/82 e 518/99).

15.5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

A regra que prevalece em relação a atos legislativos é a da irresponsabilidade.

Vários argumentos são invocados em defesa desse entendimento:

1. o Poder Legislativo atua no exercício da soberania, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.

A isso responde-se que:

1. mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais;
2. nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais;
3. ao terceiro argumento, responde-se que a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais.

Com relação às leis inconstitucionais, a tese da responsabilidade do Estado é aceita, entre outros, por Amaro Cavalcanti (1957:313), Guimarães Menegale (1957:50), Cretella Júnior (1970; v. 8:253), Diógenes Gasparini (1989:403), Juarez C. Silva (1985:292).

Este último autor coloca o tema da responsabilidade do Estado de forma unitária, que abrange atos dos três Poderes. O fundamento que ele aponta, nos três casos, é o princípio do Estado de Direito, vale dizer, o da plena submissão de toda a atividade estatal ao Direito, concebendo-se este como criado pelo Estado, senão como algo que se coloca acima do Estado”.

A responsabilidade por leis inconstitucionais depende, no entanto, da prévia declaração do vício pelo Supremo Tribunal Federal.

Note-se que a regra é a mesma para atos normativos editados pelo Poder Executivo (regulamentos, resoluções, portarias). Se reconhecida a sua inconstitucionalidade ou mesmo a sua ilegalidade, poderá ensejar a responsabilidade do Estado, porque o dano é causado por ato emitido contra a lei, portanto fora do exercício das competências constitucionais.

Com relação às leis de efeitos concretos, que atingem pessoas determinadas, incide a responsabilidade do Estado, porque, como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não.

Há alguns autores que aceitam a responsabilidade do Estado mesmo em se tratando de leis constitucionais quando, embora com o propósito de editar normas gerais e abstratas, acabe por atingir diretamente um grupo delimitado de pessoas. É a opinião de Cretella Júnior (1970, v 8:255-261), para quem “o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número restritíssimo de administrados.” Lembra ele que às vezes o próprio legislador insere na lei um dispositivo atenuante, prevendo uma indenização pelo dano.

Yussef Said Cahali (1995:664-674), citando a doutrina estrangeira e nacional existente sobre o assunto, mostra que “a lei, produto da vontade soberana do órgão competente, perfeita constitucionalmente, pode causar um dano injusto aos particulares”. Menciona, como situações mais freqüentemente discutidas na doutrina: o caso em que o particular desfruta de certas vantagens econômicas asseguradas por um ato legislativo, e sendo

este modificado ou revogado, resulta para ele a supressão ou diminuição daquelas vantagens; também a hipótese em que o Estado estabelece a seu benefício um monopólio industrial ou comercial de certa atividade, que assim fica interdita ao particulares, sofrendo aqueles que a exerciam a sua privação.

Ainda o mesmo autor transcreve acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em que foi acolhida a tese de responsabilidade do Estado por lei estadual que criou a reserva florestal do Vale do Paraíba, afetando totalmente o direito de propriedade do autor. Nesse acórdão foi feita com precisão a diferença entre limitação administrativa e o sacrifício que decorre da lei para pessoas determinadas; no primeiro caso, o princípio da solidariedade determina que todos os componentes do grupo social têm o dever de suportar um sacrifício gratuito em benefício da coletividade; no segundo caso, quando o sacrifício passa a ser particular, surge o direito à indenização.

15.6 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Com relação aos atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício função jurisdicional, também existem divergências doutrinárias.

Os que refutam essa responsabilidade alegam que:

1. o Poder Judiciário é soberano;
2. os juízes têm que agir com independência no exercício das funções sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado;
3. o magistrado não é funcionário público;
4. a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria;

regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei.

Com relação à soberania, o argumento seria o mesmo para os demais Poderes; a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é una, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - não são soberanos, porque devem obediência à lei em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por ato praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade.

A idéia de independência do Judiciário também é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. O mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo e o Legislativo.

Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo agente para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.

O argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarretaria ofensa à coisa julgada.

No direito brasileiro, a força da coisa julgada sofre restrições na medida em que se admite a ação rescisória e a revisão criminal.

Neste último caso, dúvida inexistente quanto à responsabilidade do Estado, prevista no artigo 630 do Código de Processo Penal e, agora, no artigo 5º, LXXV da Constituição:

“o Estado indenizará o condenado por erros judiciários, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

As divergências que ocorrem abrangem outras hipóteses que não a de revisão criminal provida. Nos casos em que a ação rescisória não soluciona o assunto, ou porque prescreveu, ou porque foi julgada improcedente, a decisão se torna imutável. A admitir-se a indenização por dano decorrente da sentença, estar-se-ia infringindo a regra da imutabilidade da coisa julgada; esta tem em seu bojo uma presunção de verdade que não admite contestação.

Edmir Netto de Araujo (1981:137-143), mostrando as divergências doutrinárias a respeito do assunto, coloca de modo adequado a questão, dizendo que “uma coisa é admitir a incontestabilidade da coisa julgada, e outra é exigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano”. Acrescenta que “o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada”. Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

A própria presunção de verdade atribuída às decisões judiciais aparece enfraquecida num sistema judiciário como o nosso, em que o precedente judiciário não tem força vinculante para os magistrados; são comuns decisões contrárias e definitivas a respeito da mesma norma legal; uma delas afronta, certamente, a lei.

A jurisprudência brasileira não aceita, no entanto, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.

Maria Emília Mendes Alcântara (1986:75-79) menciona varias hipóteses em que o ato jurisdicional deveria acarretar a responsabilidade do Estado: prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não-concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado. Apenas para o caso de dolo, fraude, recusa, omissão, retardamento injustificado de providências por parte do juiz, o artigo 133 do CPC prevê a sua responsabilidade pessoal por perdas danos.

As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.

Com relação a atos judiciais que não impliquem exercício de função jurisdicional, é cabível a responsabilidade do Estado, sem maior contestação, porque se trata de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo.

15. 7 REPARAÇÃO DO DANO

A reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.

Caso contrário, o prejudicado deverá propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.

Pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa

Não obstante a clareza do dispositivo, muita controvérsia tem gerado na doutrina e na jurisprudência. As principais divergências giram em torno da aplicação, a essa hipótese, do artigo 70, III, do CPC, que determina seja feita a denunciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Contrários à denunciação à lide, merecem menção os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:598), Lúcia Ualle Figueiredo (1994:177), Vicente Greco Filho (Justitia, v 94, p. 9-17), Weida Zancaner (1981:64-65). Os principais argumentos contra a denunciação são os seguintes: (a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; (b) essa diversidade de fundamento retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria, com a denunciação à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre vítima e Estado; (c) o inciso III do artigo 70 do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional.

Yussef Said Cahali (1995:186) faz, no entanto, uma distinção entre duas hipóteses, e que nos parece relevante para o deslinde da questão:

1. de um lado, a hipótese em que a ação é proposta contra a pessoa jurídica com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano: neste caso, se a pessoa jurídica fizesse a denunciação da lide, estaria incluindo novo fundamento não invocado pelo autor, ou seja, a culpa ou dolo do funcionário; nas palavras de Cahali, seria “imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para inovar a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e visto que só este pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para o reembolso”;
2. de outro lado, há a hipótese em que a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposos do funcionário; aqui, então, deve ser feita a denunciação da lide ao funcionário, com aplicação do artigo 70, III, do CPC, que em nada contraria a Constituição; antes, pelo contrário, visa disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização. Aceitando essa doutrina, citem-se acórdãos in RT 526/221, RT 500/103. O mesmo

autor admite, ainda, que a ação seja proposta ao mesmo tempo contra o funcionário e a pessoa jurídica, constituindo um litisconsórcio facultativo; ou apenas contra o funcionário, hipótese também admitida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1992:358); para ele, o dispositivo constitucional “visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado”.

Quanto à possibilidade de litisconsórcio, Cahali, menciona acórdão do STF (in RT 544/260), em que o Tribunal Pleno entendeu que propositura da ação ao mesmo tempo contra a Administração e o funcionário não traz qual quer prejuízo a um ou a outro e mais se coaduna com os princípios que disciplinam a matéria. “Isto porque a administração, sobre não poder nunca isentar de responsabilidade seus servidores, vez que não possui disponibilidade sobre o patrimônio público, não se prejudica com a integração do funcionário na lide já que a confissão dos fatos alegados pelo autor, por parte do funcionário, afetava apenas sua defesa, e não a da Administração, cuja responsabilidade se baseia no risco administrativo”.

Em resumo:

1. quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúncia não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não argüida pelo autor;
2. quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com argüição de culpa do agente público, a denúncia da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente contra o agente público.

Na esfera federal, a Lei nº 4.619, de 28-4-65, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República. A propositura da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda Pública, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a contar da data em que transitar em julgado a sentença condenatória.

A Lei nº 8.112/90 determina, no artigo 122, § 2º que “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”, afastando quer a denúncia à lide quer o litisconsórcio.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê um “procedimento de reparação de danos” na esfera administrativa (arts. 65 e 66).

O interessado deve requerer a indenização, indicando o montante atualizado da indenização pretendida; a decisão incumbe ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente de entidade descentralizada; acolhido o pedido, total o parcialmente, será feita, em 15 dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado; a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos. Os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica.

Nas indenizações pagas não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

A mesma lei estabelece normas sobre a reparação do dano pelo agente público responsável (arts. 67 a 70). O artigo 67 exige que, em caso de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade. Recebida a comunicação, o Procurador Geral do Estado, no prazo de 10 dias, determinará a instauração de procedimento administrativo para apurar a responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo. Se a indenização foi paga administrativamente, o Procurador Geral do Estado instaurará de ofício o procedimento para apuração de responsabilidade de agente público. Comprovada a responsabilidade, será intimado o agente para, em 30 dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente. Vencido esse prazo, sem pagamento, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito.

Capítulo 16 - Bens Públicos

16.1 EVOLUÇÃO

Já no direito romano se fazia referência aos bens públicos, constando da divisão das coisas apresentadas por Caio e Justiniano nas Institutas. Falava-se, então, em *res nullius*, como coisas *extra commercium*, dentre as quais se incluíam as *res communes* (mares, portos, estuários, rios, insuscetíveis de apropriação privada), as *res publicae* (terras, escravos, de propriedade de todos e subtraídas ao comércio jurídico) e *res universitatis* (fórum, ruas, praças públicas).

As *res publicae* pertenciam ao povo.

Na Idade Média, ensina Cretella Júnior (1984:24) que “sob o domínio dos bárbaros, repartem-se as terras conquistadas entre o rei e os soldados, deixando-se uma parte aos vencidos (*allodium*). A parte que coube aos soldados combatentes, dada primeiro como prêmio por tempo determinado (*beneficium*), passou depois a vitalícia e, finalmente, a hereditária, originando o “feudo”.

Quer dizer que, nessa época, os bens públicos eram considerados propriedade do rei, e não mais do povo, como ocorria no direito romano. No entanto, logo foi formulada outra teoria que, com base nos textos romanos, voltava a atribuir ao povo a propriedade desses bens, reconhecendo ao rei apenas o exercício do poder de polícia sobre os mesmos.

Enquanto se considerou o bem como propriedade da Coroa, não houve distinção de regime jurídico segundo as várias espécies de bens. No entanto, quando se passou à segunda teoria, que fala em poder de polícia do rei, foram dados os primeiros passos no sentido de uma classificação. Assim é que, já nos séculos XVII e XVIII, alguns autores consideravam duas categorias de bens públicos:

1. as coisas públicas, que eram afetadas ao uso público, como os cursos d'água, rios, estradas etc.; sobre tais bens o rei não tinha direito de propriedade, mas apenas um direito de guarda ou poder de polícia;
2. os bens integrados no domínio da coroa, sobre os quais o monarca detinha a propriedade.

Com o Estado Moderno e o desenvolvimento da idéia de Estado como pessoa jurídica, este assumiu a propriedade dos bens públicos, em substituição ao príncipe.

16.2 CLASSIFICAÇÃO

Não houve de início, uma classificação dos bens públicos. No Código Civil de Napoleão, de 1804, apenas se declarava que certos bens, como rios, estradas etc., eram insuscetíveis de propriedade privada. Segundo alguns, estaria aí o germe da divisão dos bens em duas grandes categorias: os do domínio público e os do domínio privado do Estado.

Deve-se, no entanto, a Pardessus a primeira classificação: para ele, existe, de um lado, o domínio nacional, suscetível de apropriação privada e produtor de renda; e, de

outro, o domínio público, consagrado, por natureza, ao uso de todos e ao serviço geral, sendo inalienável, imprescritível e insuscetível de servidão.

Distinção semelhante foi adotada por Proudhon, que divide os bens em duas categorias, que ainda hoje se adotam no direito francês: os bens de domínio público e os bens do domínio privado do Estado.

Na Itália, distingue-se o demanio (domínio público), que corresponde aos bens de uso comum do povo, e os bens patrimoniais, que se subdividem em bens do patrimônio disponível e bens do patrimônio indisponível.

No direito brasileiro, a primeira classificação metódica dos bens públicos, ainda hoje subsistente, foi feita pelo Código Civil, sendo pobre, antes disso, a doutrina a respeito do assunto.

O Código Civil adotou terminologia própria, peculiar ao direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, conforme o regime jurídico adotado.

No artigo 66, o Código faz uma divisão tripartite, distinguindo:

I - os bens de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas, e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;

III - os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

O critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis.

Já se nota, por essas características, um ponto comum - a destinação pública - nas duas primeiras modalidades, e que as diferencia da terceira, sem destinação pública. Por essa razão, sob o aspecto jurídico, pode-se dizer que há duas modalidades de bens públicos:

1. os do domínio público do Estado, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial;
2. os do domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais.

Quando se estuda esse tema, no direito estrangeiro, verifica-se que os autores tratam, em geral, em capítulos à parte, dos bens do domínio público e dos bens do domínio privado, precisamente pela diversidade de regimes jurídicos que os caracteriza.

No direito brasileiro, nem sempre se nota a mesma preocupação. Principalmente quando se trata da transferência de uso de bens públicos ao particulares, cuida-se dos vários institutos como se fossem os mesmos para as várias modalidades, quando, na realidade, existem sensíveis diferenças, principalmente no direito positivo federal.

Cretella Júnior (1984:21), referindo-se ao domínio público e ao domínio privado da Administração, preocupa-se em ressaltar a diversidade dos respectivos regimes jurídicos, ao afirmar que, “junto a relações jurídicas reais, que coincidem substancialmente com as que se passam entre os sujeitos particulares e as coisas que lhes pertencem, outras existem submetidas a um regime especial, distinto, portanto, do comum”.

Outra classificação dos bens públicos é a que consta do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, aprovado pelo Decreto nº 15. 783, de 8-11-22, o qual, embora empregando, no artigo 803, a mesma terminologia utilizada no artigo 66 do Código Civil, faz melhor distinção, no artigo 807, chamando os bens de uso especial de patrimoniais indisponíveis e, os dominicais, de patrimoniais disponíveis. Daí já resulta mais clara a natureza alienável dos bens dominicais e a inalienabilidade dos demais, que são indisponíveis, ou por se destinarem ao uso coletivo ou por estarem destinados ao uso direto ou indireto da Administração, para consecução de seus fins.

Essa classificação segue a do direito italiano e baseia-se no critério da natureza, patrimonial ou não, do bem. Os de uso comum não são suscetíveis de valoração patrimonial, de avaliação econômica; os demais têm um valor patrimonial; só que uns (os de uso especial ou do patrimônio indisponível) são inalienáveis, por terem afetação pública; os outros (dominicais ou do patrimônio disponível) são alienáveis, por não terem igual afetação.

Os bens públicos ainda podem ser classificados, quanto à titularidade, em federais, estaduais e municipais.

16.3 BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO DO ESTADO

16.3.1 Conceito

A expressão domínio público é equívoca, no sentido de que admite vários significados:

1. em sentido muito amplo, é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias);
2. em sentido menos amplo, utilizado na referida classificação do direito francês, designa os bens afetados a um fim público, os quais, no direito brasileiro, compreendem os de uso comum do povo e os de uso especial;
3. em sentido restrito, fala-se em bens do domínio público para designar apenas os destinados ao uso comum do povo, correspondendo ao demanio do direito italiano; como não eram considerados, por alguns autores, como pertencentes ao poder público, dizia-se que estavam no domínio público; o seu titular seria, na realidade, o povo.

Usaremos, aqui, a expressão no segundo sentido assinalado abrangendo os bens de uso comum do povo e os de uso especial. Embora a designação de “bens do domínio público” não seja perfeita, porque pode dar a idéia de bens cujo uso pertence a toda a coletividade, preferimos utilizá-la como forma de contrapor o regime jurídico dos bens de uso comum e de uso especial, submetidos ao direito público, ao regime dos bens do domínio privado do Estado (bens dominicais), que é parcialmente público e parcialmente privado.

Com efeito, embora a classificação adotada pelo artigo 66 do Código Civil abranja três modalidades de bens, quanto ao regime jurídico existem apenas duas.

Com relação aos bens de uso comum e de uso especial, não existe diferença de regime jurídico, pois ambos estão destinados a fins públicos; essa destinação pode ser inerente à própria natureza dos bens como ocorre com os rios, estradas, praças, ruas) ou pode decorrer da vontade do poder público, que afeta determinado bem ao uso da Administração para realização de atividade que vai beneficiar a coletividade, direta ou indiretamente.

Segundo a definição de Cretella Júnior (1984:29), bens do domínio público são “o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum”.

Estão presentes nessa definição os seguintes elementos:

1. conjunto de bens móveis e imóveis;
2. a idéia de pertinência à Administração (diríamos melhor “Estado”), que afasta a tese de que o poder público não exerce sobre os bens públicos o direito de propriedade;
3. a afetação ao uso coletivo ou ao uso da Administração, que representa um traço distintivo entre os bens dessa categoria e os dominicais; aliás, esse traço revela a maior abrangência do vocábulo “bem” no direito público, em relação ao direito privado; neste, interessam as coisas suscetíveis de avaliação econômica e que possam ser objeto de posse ou propriedade exclusiva pelo homem; no direito administrativo, os bens têm sentido mais amplo, porque abrangem não apenas as coisas que podem ser objeto de posse e propriedade exclusivas, mas também aquelas que são destinadas ao uso coletivo ou ao uso do próprio poder público;
4. regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, não se aplicando a essas modalidades de bens os institutos regidos pelo direito privado.

16.3.2 Natureza jurídica

Muitas controvérsias já se lavraram a respeito da natureza do direito das pessoas públicas sobre os bens do domínio público.

No século XIX, boa parte da doutrina, partindo da idéia de propriedade, própria do direito civil, entendia que as pessoas públicas não tinham sobre esses bens um direito de propriedade. Proudhon, por exemplo, apegado conceito romano de propriedade como direito exclusivo, entendia que os bens afetados ao uso de todos não apresentava essa característica de exclusividade. Para Ducroq, faltavam os três atributos: uso, fruto e disponibilidade.

Essa tese justificava-se, em suas origens, como uma reação contra as teorias elaboradas à época das monarquias absolutas, que atribuíam à coroa a propriedade de todos os bens públicos e que eram consideradas perigosas para a proteção do patrimônio público. Posteriormente, a mesma tese foi retomada por outros autores que viam no domínio público um conjunto de bens insuscetíveis de propriedade (Ducroq e Berthélemy) ou que negavam, de modo geral, a existência do direito de propriedade (Leon Duguit e Gaston Jèze). Construíram-se, assim, diversas teorias que explicam o poder do Estado

sobre os bens do domínio público como sendo os de depósito, de administração, de soberania, de polícia, de guarda etc.

Na época contemporânea, no início deste século, os autores, liderados por Maurice Hauriou, passaram a afirmar a tese da propriedade administrativa sobre o domínio público, mas uma propriedade regida pelo direito público. Ela tem pontos de semelhança e de diferença com a propriedade privada: assim é que a Administração exerce sobre os bens do domínio público os direitos de usar ou de autorizar a sua utilização por terceiros; o de gozar, percebendo os respectivos frutos, naturais ou civis; o de dispor, desde que o bem seja previamente desafetado, ou seja, desde que o bem perca a sua destinação pública. Por outro lado, a Administração sofre certas restrições também impostas ao particular (como transcrição no Registro de Imóveis, além de outras próprias do direito público (como as normas sobre competência, forma, motivo, finalidade etc.) ; e dispõe de prerrogativas que o particular não tem, como poder de polícia que exerce sobre seus bens.

Em razão disso, foram afastadas as doutrinas que viam na propriedade do Estado um direito de propriedade privada ou que negavam a existência desse direito em relação aos bens do domínio público. Passou-se a adotar a tese da propriedade pública; esta, segundo Hauriou, não é, em sua essência, diferente da propriedade privada, mas a existência da afetação dos bens lhe imprime características particulares.

16.3.3 Modalidades

São bens do domínio público os de uso comum do povo e os de uso especial. Consideram-se bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.

Dentre eles, citem-se as ruas, praças, estradas, águas do mar, rios navegáveis, ilhas oceânicas.

Bens de uso especial são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins.

A expressão “uso especial”, para designar essa modalidade de bem, não é muito feliz, porque se confunde com outro sentido em que é utilizada, quer no direito estrangeiro, quer no direito brasileiro, para indicar o uso privativo de bem público por particular e também para abranger determinada modalidade de uso comum sujeito a maiores restrições, como pagamento de pedágio e autorização para circulação de veículos especiais.

É mais adequada a expressão utilizada pelo direito italiano e pelo Código de Contabilidade Pública, ou seja, bens do patrimônio indisponível; por aí se ressalta o caráter patrimonial do bem (ou seja, a sua possibilidade de ser economicamente avaliado) e a sua indisponibilidade, que resulta, não da natureza do bem, mas do fato de estar ele afetado a um fim público.

Quando se fala que o bem de uso especial está afetado à realização de um serviço público, como o faz o artigo 66, II, do Código Civil, tem-se que entender a expressão “serviço público” em sentido amplo, para abranger toda atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou sob fiscalização do poder público; nem sempre se destina ao uso direto da Administração, podendo ter por objeto o uso por particular, como ocorre

com o mercado municipal, o cemitério, o aeroporto, a terra dos silvícolas etc. Para alguns autores, esse tipo de bem não utilizado diretamente pela Administração não se enquadra em qualquer das categorias previstas no Código Civil. É o pensamento, por exemplo, de Raimundo Nonato Fernandes, que chama a atenção para o fato de que nessa modalidade, conjugam-se vários tipos de usos: o uso comum do povo e o uso especial da Administração (repartições e serviços administrativos ali instalados) e o uso exclusivo de particulares (RDA 118/1).

No entanto a dificuldade se contorna se se der ao vocábulo serviço o sentido amplo, já referido, e desde que se leve em conta que, quanto ao regime jurídico, esses bens em nada diferem daqueles utilizados direta e exclusivamente pela Administração para execução dos serviços públicos.

São exemplos de bens de uso especial os imóveis onde estão instaladas repartições públicas, os bens móveis utilizados pela Administração, museus, bibliotecas, veículos oficiais, terras dos silvícolas, cemitérios públicos, aeroportos, mercados e agora, pela nova Constituição, as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Os bens de uso comum do povo e de uso especial (da mesma forma, aliás, que os dominicais) repartem-se entre União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Na Constituição Federal existe a especificação dos bens da União (art. 20) e dos Estados (art. 26), sem distinguir a natureza dos bens. Também o Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, que dispõe sobre os bens imóveis da União, indica aqueles que pertencem à União (art. 1º). No que diz respeito às águas públicas, o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-34) também as reparte entre União, Estados e Municípios (art. 29).

16.3.4 Regime jurídico

Em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer que, enquanto mantiverem essa afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, penhor, comodato, locação, posse ad usucapionem etc. Se isto já não decorresse da própria afetação desses bens, a conclusão seria a mesma pela análise dos artigos 67, 69 e 756 do Código Civil. O primeiro estabelece sua inalienabilidade, nos casos e forma que a lei prescrever, o segundo determina serem coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis; e o terceiro dispõe que só as coisas alienáveis podem ser objeto de penhor anticrese ou hipoteca. A tudo isso acrescenta-se o artigo 100 da Constituição Federal, que exclui a possibilidade de penhora de bens públicos, ao estabelecer processo especial de execução contra a Fazenda Pública.

São, portanto, características dos bens das duas modalidades integrantes do domínio público do Estado a inalienabilidade e, como decorrência desta, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

A inalienabilidade, no entanto, não é absoluta, a não ser com relação àqueles bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis; os que sejam inalienáveis em decorrência de destinação legal e sejam suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade, desde que percam a destinação pública, o que ocorre pela desafetação, definida, por José Cretella Júnior (1984:160-161) como o “fato ou a manifestação de vontade do poder

público mediante a qual o bem do domínio público é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado, do Estado ou do administrado”.

Também a alienabilidade não é absoluta, pois aqueles que têm esse caráter, por não terem qualquer destinação pública (os bens dominicais ou bens do domínio privado do Estado) podem perdê-la pelo instituto da afetação, definida, pelo mesmo autor (1984:152), como “o fato ou pronunciamento do Estado que incorpora uma coisa à dominialidade da pessoa jurídica” ou, por outras palavras, o ato ou o fato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público.

Pelos conceitos de afetação e desafetação, verifica-se que uma e outra podem ser expressas ou tácitas. Na primeira hipótese, decorrem de ato administrativo ou de lei; na segunda, resultam de atuação direta da Administração sem manifestação expressa de sua vontade, ou de fato da natureza. Por exemplo, a Administração pode baixar decreto estabelecendo que determinado imóvel, integrado na categoria dos bens dominicais, será destinado à instalação de uma escola; ou pode simplesmente instalar essa escola no prédio, sem qualquer declaração expressa. Em um e outro caso, o bem está afetado ao uso especial da Administração, passando a integrar a categoria de bem de uso especial. A operação inversa também pode ocorrer, mediante declaração expressa ou pela simples desocupação do imóvel, que fica sem destinação.

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores a respeito da possibilidade de a desafetação decorrer de um fato (desafetação tácita), e não de uma manifestação de vontade (desafetação expressa) ; por exemplo rio que seca ou tem seu curso alterado; um incêndio que provoca a destruição dos livros de uma biblioteca ou das obras de um museu. Alguns acham que mesmo nesses casos seria necessário um ato de desafetação. Isto, no entanto, constitui excesso de formalismo se se levar em consideração o fato de que o bem se tornou materialmente inaproveitável para o fim ao qual estava afetado.

O que é inaceitável é a desafetação pelo não uso, ainda que prolongado, como, por exemplo, no caso de uma rua que deixa de ser utilizada. Em hipótese como essa, torna-se necessário um ato expresso de desafetação, pois inexistente a fixação de um momento a partir do qual o não uso pudesse significar desafetação. Sem essa restrição, a cessação da dominialidade pública poderia ocorrer arbitrariamente, em prejuízo do interesse coletivo.

16.4 BENS DO DOMÍNIO PRIVADO DO ESTADO OU BENS DOMINICAIS

16.4.1 Conceito

Os bens do domínio privado do Estado, chamados bens dominicais pelo Código Civil, e bens do patrimônio disponível pelo Código de Contabilidade Pública, são definidos legalmente como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades” (art. 66, III, do Código Civil).

E o Código de Contabilidade os define como “os bens do Estado, qualquer que seja a sua proveniência, dos quais se possa efetuar a venda, permuta ou cessão ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições legais especiais de autorização “ (art. 810).

Segundo Cretella Júnior (1984:336), “dominical” é vocábulo bem formado, designando o tipo de coisa ou bem que pertence ao dominus, senhor ou proprietário. Por isso mesmo, ele usa a expressão para designar “a parcela de bens que pertence ao Estado em sua qualidade de proprietário”.

16.4.2 Características

Tradicionalmente, apontam-se as seguintes características para os bens dominicais:

1. comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração;
2. submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado.

Hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial; a sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral. Com efeito, os bens do domínio privado são freqüentemente utilizados como sede de obras públicas e também cedidos a particulares para fins de utilidade pública. Por exemplo, no direito brasileiro, é prevista a concessão de direito real de uso para fins de urbanização, industrialização, cultivo e também a sua cessão, gratuita ou onerosa, para fins culturais, recreativos, esportivos. E mesmo quando esses bens não são utilizados por terceiros ou diretamente pela Administração, podem ser administrados no benefício de todos, como as terras públicas onde se situem florestas, mananciais ou recursos naturais de preservação permanente.

Além disso, a própria administração financeira constitui objetivo apenas imediato, pois, em uma perspectiva mais ampla, atende a fins de interesse geral.

Esse novo modo de encarar a natureza e função dos bens dominicais leva alguns autores a considerar a sua administração como serviço público sob regime de gestão privada. O duplo aspecto dos bens dominicais justifica a sua submissão a regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público.

16.4.3 Regime jurídico

Comparando os bens do domínio público com os do domínio privado do Estado, pode-se traçar a seguinte regra básica quanto ao regime jurídico a que se submetem: os primeiros, ao direito público, e, os segundos, no silêncio da lei, ao direito privado. O mesmo pensamento encontra-se em Pontes de Miranda (1954, v. 2:136): “na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos stricto sensu (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público”.

Se nenhuma lei houvesse estabelecido normas especiais sobre essa categoria de bens, seu regime jurídico seria o mesmo que decorre do Código Civil para os bens pertencentes aos particulares. Sendo alienáveis, estariam inteiramente no comércio jurídico de direito privado (art. 69) ; em consequência, poderiam ser objeto de usucapião e de direitos reais, inclusive os de garantia (art. 756); como também poderiam

ser objeto de penhora e de contratos como os de locação, comodato, permuta, arrendamento.

No entanto, o fato é que as normas do direito civil aplicáveis aos bens dominicais sofreram inúmeros “desvios” ou derivações impostos por normas publicísticas.

Em primeiro lugar, o artigo 100 da Constituição, que estabelece processo especial de execução contra a Fazenda Pública, excluindo, implicitamente, a penhora sobre qualquer tipo de bem público pertencente à União, Estados, Municípios e respectivas autarquias.

Com relação ao usucapião, depois de larga divergência doutrinária e jurisprudencial, o Decreto nº 22.785, de 31-5-33, veio expressamente proibí-lo, seguindo-se norma semelhante no Decreto-lei nº 710, de 17-9-38 e, depois, no Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (este último concernente apenas aos bens imóveis da União). O Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 340, consagrou o entendimento de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. No entanto, tem havido exceções, como a prevista nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, que previam o chamado usucapião pro labore, cujo objetivo era assegurar o direito de propriedade àquele que cultivasse a terra com o próprio trabalho e o de sua família; a Constituição de 1967 não mais contemplou essa modalidade de usucapião, porém valorizava ainda o trabalho produtivo do homem do campo, permitindo que lei federal estabelecesse as condições de legitimação de posse e de preferência para aquisição, até 100 ha, de terras públicas por aqueles que as tornassem produtivas com o seu trabalho e o de sua família (art.171). As condições para essa legitimação estão contidas nos artigos 29 a 31 da Lei nº 6.383, de 7-12-76. A legitimação difere do usucapião porque, neste, a posse dá direito à aquisição, pura e simples, do imóvel pelo simples decurso do tempo; naquela, a posse dá direito de preferência para aquisição do imóvel pelo valor histórico, desde que comprovados os requisitos legais.

Embora não mais previsto na Constituição, havia até recentemente o usucapião especial disciplinado pela Lei nº 6.969, de 10-12-81, que incidia sobre terras devolutas situadas na área rural, após o período de cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, além de outros requisitos anteriormente estabelecidos para o usucapião pro labore: moradia e cultivo da terra com o próprio trabalho, inexistência de outro imóvel de que seja proprietário o interessado, área não superior a 25 ha.

A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art.183, § 3º), quer na área rural (art.191, parágrafo único), com o que revogou a Lei nº 6.969/81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.

A Constituição também não fala mais em legitimação de posse; mas também não a proíbe, razão pela qual o instituto continua a existir, com fundamento na legislação ordinária que o disciplina.

Com relação à instituição de direitos reais de garantia sobre os bens dominicais, formaram-se duas correntes, uma entendendo impossível essa oneração, tendo em vista a impenhorabilidade desses bens, e a outra considerando-a possível e enquadrando-a como uma das espécies de execução forçada contra a Fazenda Pública.

À primeira corrente pertence, entre outros, Hely Lopes Meirelles; a seu ver (1995:457), não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos das entidades estatais são insuscetíveis de penhora, sendo a penhora consectário legal da execução para a satisfação do crédito, objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de constituir-se penhor ou hipoteca sobre bens e rendas públicas de qualquer natureza ou procedência. Para a garantia de empréstimo, há o recurso à emissão de títulos e outros mais, postos à disposição da Administração pelo direito financeiro, sem necessidade de o Estado recorrer a institutos de direito civil, que impliquem execução direta sobre os bens vinculados à dívida.

Em posição contrária, coloca-se Seabra Fagundes (1984:168), que cita como hipótese de execução coativa contra o Estado aquela em que este seja condenado como devedor de crédito, com garantia real, pignoratícia ou hipotecária. “Uma vez que o Estado aquiesce em firmar penhor ou hipoteca, em benefício de credor seu abre mão, ao fazê-lo, da inalienabilidade reconhecida aos seus bens. É de notar, porém que essa renúncia à inalienabilidade peculiar dos bens públicos nem sempre é possível. Só os bens dominicais, que são facultativamente alienáveis, podem ser gravados de ônus real”.

Diante, porém de direito positivo brasileiro, essa tese não é defensável, pois o processo de execução contra a Fazenda Pública obedece a normas próprias estabelecidas no artigo 100 da Constituição Federal (repetidas nos arts. 730 e 731 do CPC) e que excluem qualquer possibilidade de penhora de bem público, seja qual for a sua modalidade. Não poderia a Fazenda Pública, nem mesmo com autorização legislativa, abrir mão da impenhorabilidade com que a própria Constituição quis proteger os bens públicos de qualquer natureza.

Além dessas restrições, que abrangem os bens públicos em geral, devem ser assinaladas algumas normas restritivas previstas na Constituição e na legislação ordinária, concernindo à utilização de bens dominicais:

1. A Constituição, no art.188, §§ 1º e 2º, exige prévia aprovação do Congresso Nacional para a alienação ou cessão de terras públicas com área superior a 2.500 ha, exceto para fins de reforma agrária. Na Constituição anterior, essa exigência se fazia para áreas superiores a 3.000 ha; agora, o artigo 51 das Disposições Transitórias da Constituição determina que Comissão mista do Congresso Nacional, nos três anos a contar da data da sua promulgação, reveja todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a 3.000 ha, realizadas no período de 1º-1-62 a 31-12-87; quanto às vendas, a revisão se fará com base em critério de legalidade (§ 1º) e quanto às concessões e doações, com base em critérios de legalidade e conveniência do interesse público (§ 2º) ; comprovada a ilegalidade ou havendo interesse público, as terras reverterão ao patrimônio da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (§ 3º).

2. Com relação às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, o artigo 231 da Constituição estabelece a sua inalienabilidade e imprescritibilidade e assegura aos silvícolas o direito de posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, exigindo autorização do Congresso Nacional para o aproveitamento dos recursos hídricos e riquezas minerais, ouvidas as comunidades afetadas e ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra. O § 6º do mesmo dispositivo considera nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das aludidas terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União.

Em relação aos interesses indígenas, parece que houve um retrocesso, pois a Constituição veio permitir a exploração de recursos naturais por terceiros, mediante autorização do Senado e deixou em aberto a possibilidade de utilização pela União, por motivo de relevante interesse público, segundo o que dispuser a lei complementar. Na Constituição anterior não havia tais normas.

3. Restrições são também estabelecidas para a faixa de fronteira, como tal definida a faixa interna de 150 Km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, considerada fundamental para defesa do Território Nacional, nos termos do artigo 20, § 2º, da Constituição Federal. Na legislação ordinária, a matéria está disciplinada pela Lei nº 6.634, de 2-5-79.

O artigo 91, § 1º, III, da Constituição confere ao Conselho de Defesa Nacional competência para 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 e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos cursos naturais de qualquer tipo.

A respeito da faixa de fronteira, o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 477, fixou o entendimento de que “as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante em relação aos posseiros”.

A Lei nº 6.634, que sob certos aspectos precisará ser adaptada à nova Constituição, contém algumas restrições: as empresas que atuam nessa área e que se dediquem às indústrias de interesse da Segurança Nacional ou às atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos naturais (salvo aqueles de imediata aplicação na construção civil) ou a colonização e loteamentos rurais terão que ter 51% do capital pertencente a brasileiros, 2/3 de trabalhadores brasileiros e a administração entregue à maioria de brasileiros, aos quais se assegurarão os poderes predominantes (art. 3º).

4. A exploração e a pesquisa no mar territorial e na plataforma continental estão sujeitas às normas estabelecidas pela Lei nº 8.617, de 4-1-93, que prevê três faixas: (a) o mar territorial, na faixa de 12 milhas marítimas de largura, onde é possível o “direito de passagem inocente”, assim considerado “desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida (arts. 1º a 3º); (b) a zona contígua, na faixa de 12 a 24 milhas marítimas, na qual o Brasil deverá tomar as medidas de fiscalização necessárias para “evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, no seu território ou no seu mar territorial”, bem como “reprimir as infrações às leis e aos regulamentos no seu território ou no seu mar territorial” (arts. 4º e 5º); (c) zona econômica exclusiva, na faixa entre 12 e 200 milhas marítimas, na qual o Brasil tem o “direito exclusivo de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marinho, bem como a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas”; a exploração científica marinha na zona econômica exclusiva só poderá ser conduzida por outros Estados com o consentimento prévio do Governo brasileiro (art. 8º e parágrafo único).

5. Com relação às terras públicas situadas na zona rural, o artigo 94 do Estatuto da Terra veda contrato de arrendamento ou parceria para sua exploração, permitindo-os excepcionalmente quando:

a) razões de segurança nacional o determinarem;

- b) áreas de núcleos de colonização pioneira, na sua fase de implantação, forem organizadas para fins de demonstração;
- c) forem motivo de posse pacífica e a justo título, reconhecida pelo poder público, antes da vigência da lei.

Posteriormente, a Lei nº 4.947, de 6-4-66, veio criar exceção a essa regra, consentindo na permissão, a título precário, da utilização de terras públicas sob qualquer das formas de uso temporário previstas na Lei nº 4.504, o que abrange arrendamento e parceria.

Ainda quanto aos imóveis rurais, não se aplicam as disposições sobre ocupação previstas nos artigos 127 a 133 do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, conforme artigo 32 da Lei nº 6.383, de 7-12-76 (que dispõe sobre processo discriminatório de terras devolutas da União).

6. O Decreto-lei nº 9.760 proíbe, no artigo 203, que fora dos casos expressos em lei, as terras devolutas sejam alienadas ou cedidas senão a título oneroso.

7. Restrições quanto à alienação de bens públicos são impostas pela Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 17 exige prévia avaliação, demonstração de interesse público, licitação (salvo nos casos expressamente indicados no dispositivo) e autorização legislativa, quando se trate de bens imóveis (ver item 9.5).

8. Pelo artigo 225, § 5º da Constituição, são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

16.5 ALIENAÇÃO

16.5.1 Alienação dos bens de uso comum e de uso especial

De acordo com o artigo 67 do Código Civil, os bens públicos das três categorias “só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever”.

Com relação aos bens de uso comum e de uso especial, nenhuma lei estabelece a possibilidade de alienação; por estarem afetados a fins públicos, estão fora do comércio jurídico de direito privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito civil, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, locação, comodato. Para serem alienados pelos métodos de direito privado, têm de ser previamente desafetados, ou seja, passar para a categoria de bens dominicais, pela perda de sua destinação pública. Vale dizer que a inalienabilidade não é absoluta.

No entanto, é possível a alienação por meio de institutos publicísticos. Dizer que um bem está fora do comércio jurídico significa excluí-lo do comércio jurídico de direito privado, mas não do comércio jurídico de direito público, caso contrário ficaria a Administração impedida de extrair dos bens do domínio público toda a sua potencialidade de utilização, em consonância com a função social que é inerente à própria natureza da propriedade pública.

Esse aspecto é realçado por Marcello Caetano (1969, v 2:825), ao afirmar que “quando se diz que uma coisa está no comércio jurídico ou é juridicamente comerciável, quer-se exprimir a suscetibilidade dessa coisa ser objeto de direitos individuais. As coisas fora do comércio não podem, por sua natureza ou por disposição legal, ser objeto de posse, nem sobre elas se podem fazer quaisquer contratos”. Acrescenta que “as coisas públicas

estão fora do comércio jurídico privado, o que significa serem insuscetíveis de redução à propriedade particular, inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e não oneráveis pelos modos de direito privado, enquanto coisas públicas”. Mas, continua o autor, “considerando agora a situação das coisas públicas à luz das normas do direito público, vemos que podem ser objeto de direito de propriedade por parte das pessoas coletivas (propriedade pública) e transferidas entre elas (transferências do domínio ou mutações dominiais); e admitem a criação dos direitos reais administrativos e de direitos administrativos de natureza obrigacional em benefício dos particulares (concessões) transmissíveis de uns a outros na forma da lei”.

O mesmo ensinamento encontra-se em Otto Mayer (1951, v. 3 :154).

Isto quer dizer que os bens de uso comum e de uso especial, enquanto mantiverem essa natureza, podem ser objeto de alienação de uma entidade pública para outra, segundo normas de direito público. Essa transferência se dá normalmente por lei. Se perderem essa natureza, pela desafetação, tornam-se disponíveis pelos métodos do direito privado.

16.5.2 Alienação dos bens dominicais

Os bens dominicais, não estando afetados a finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos do direito privado (compra e venda, doação, permuta) ou do direito público (investidura, legitimação de posse e retrocessão, esta última objeto de análise no capítulo concernente à desapropriação).

Tais bens estão, portanto, no comércio jurídico de direito privado e de direito público. Na esfera federal, os requisitos para alienação constam do artigo 17 da Lei nº 8.666, de 21-6-93, a qual exige demonstração de interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa, este último requisito somente exigível quando se trate de bem imóvel. A inobservância dessas exigências invalida a alienação. A Lei nº 9.636, de 5-5-98, exige para alienação de bens imóveis da União, autorização do Presidente da República (art. 22).

Além disso, a mesma lei estabelece algumas normas especiais, conforme a natureza, móvel ou imóvel, do bem.

Para os bens imóveis, a forma de licitação a ser adotada é a concorrência (arts.17, I, e 23, § 3º), ressalvada a hipótese prevista no artigo 19; ela é, no entanto, dispensável nos casos de dação em pagamento, doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo (v. item 9 .5), permuta por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do artigo 24 (destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia) e investidura (art.17, I), venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública, especificamente criados para esse fim (art.17, I, com as alterações Lei nº 8.883). A essas hipóteses pode-se acrescentar outras duas, em que a licitação é incompatível com a própria natureza do instituto: a legitimação de posse e a retrocessão.

Quando se trata de bens móveis, a autorização legislativa não é necessária e a modalidade de licitação a ser utilizada é o leilão (art. 22, § 5º).

Na hipótese de alienação realizada por institutos do direito privado, observam-se as normas do Código Civil, parcialmente derogadas pelo direito público, no que diz respeito às exigências de procedimento, forma, motivação competência, finalidade.

Com relação aos institutos de direito público, a licitação não é necessária, porque inexistente competição; é o que ocorre com a investidura, a retrocessão e a legitimação de posse.

A investidura vem definida no artigo 17, § 3º, da Lei nº 8.666 como sendo “a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% do valor constante da alínea a do inciso II do artigo 23 desta Lei”.

A legitimação de posse foi prevista, pela primeira vez, na Lei nº 601, de 18-9-1850 (Lei de Terras), cujo artigo 5º estabeleceu que seriam legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura, efetiva morada habitual do respectivo possessor, ou de quem o representasse.

Embora se fale em legitimação de posse, o instituto nasceu e se desenvolveu como forma de transferência de domínio. Por esse instituto, transforma-se uma situação de fato - a posse - em situação de direito - o domínio,

Na Constituição de 1967, a legitimação de posse foi prevista no artigo 171 (em substituição ao usucapião pro labore, assegurado nas Constituições de 1934, 1937 e 1946), segundo o qual “a lei federal disporá sobre as condições de legitimação de posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família”.

Disciplinando a matéria, foi promulgada a Lei nº 6.383, de 7-12-76, cujos artigos 29 a 31 estabelecem as condições para a legitimação de posse e preferência para aquisição. De acordo com a nova sistemática, a legitimação de posse passou a consistir na outorga de uma licença de ocupação, por um prazo máximo de quatro anos, ao possessor que ocupa área pública com até 100 ha e atenda aos requisitos de morada permanente, cultura efetiva, exploração direta e não seja proprietário rural. Findo o prazo de quatro anos e constatada a sua capacidade de desenvolver a área, terá ele preferência para adquiri-la, pelo valor histórico da terra nua.

De acordo com a Lei nº 6.383, a legitimação de posse reveste-se das seguintes características:

1. o ocupante é titular de direito subjetivo de natureza pública à posse do imóvel pelo prazo mínimo de quatro anos;
2. findo esse prazo, o ocupante adquire direito à preferência para a aquisição do imóvel, pelo valor histórico, desde que comprove morada permanente, cultura efetiva e capacidade para desenvolver a área ocupada;
3. a licença de ocupação pode ser cancelada, a qualquer momento, por motivo de necessidade ou utilidade pública, imitando-se a União na posse do imóvel e promovendo, sumariamente, a sua desocupação no prazo de 180 dias, hipótese em que deverá indenizar o ocupante pelas benfeitorias existentes e propiciar-lhe instalação em outra gleba de terra da União, computados os prazos de morada habitual e cultura efetiva da antiga ocupação (art.31) ;

4. a licença é intransferível inter vivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto (art.29, § 3º);

5. a licença dará acesso aos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural, sendo as obrigações assumidas pelo ocupante garantidas pelo INCRA; em caso de inadimplência, esse Instituto cancelará a licença de ocupação e alienará o imóvel para ressarcir-se do que houver assegurado (art.30).

No Estado de São Paulo, a legitimação de posse está disciplinada pela Lei nº 3.962, de 24-7-57, Decreto-lei nº 14.916, de 6-8-45, e Decreto nº 43.116, de 3-3-64. Entendemos que essa legislação, na parte referente à legitimação, ficou revogada a partir da Constituição de 1967, cujo artigo 171 previa lei federal que dispusesse sobre a matéria; assim, as legitimações feitas pelos Estados e Municípios deveriam obedecer à legislação federal. No entanto, pelo que sabemos, a legislação estadual continuou a ser aplicada. A questão perdeu relevância pelo fato de a atual Constituição não mais conter norma relativa ao instituto.

A legitimação de posse é, em regra, precedida de um processo de discriminação de terras devolutas, cujo objetivo é separar as terras públicas das terras particulares; concluído o processo, os posseiros que não tenham título legítimo de domínio mas que preenchem os requisitos para a legitimação recebem o título de domínio do poder público.

Como diz Messias Junqueira (1966:32), “o processo administrativo de legitimação de posse constitui a verdadeira finalidade a que visa o poder público, ao exercitar a atividade discriminatória de terras devolutas. Ao propor uma ação de discriminação de terras, o poder público não está animado de espírito privatista de adquirente de terras. O Estado não propõe discriminação de terras devolutas para enriquecer o seu próprio patrimônio, mas principalmente para regularizar a situação dos posseiros aí localizados. Somente as terras devolutas vagas, desocupadas, desqueridas ou ilegalmente ocupadas é que serão incorporadas ao patrimônio público para serem aplicadas nas diversas finalidades de interesse social”.

Quanto à concessão, que alguns autores incluem entre as formas de alienação de bens públicos, enquadra-se melhor entre as modalidades de utilização do domínio público pelo particular, uma vez que não confere título de propriedade. Assemelha-se, em determinadas hipóteses, ao instituto do aforamento ou enfiteuse e, nesse sentido, prende-se às origens do regime de terras no Brasil. Com efeito, após o descobrimento do Brasil, sendo este colônia de Portugal, todas as terras eram públicas e a sua transferência aos particulares se dava pelo sistema de concessão de cartas de sesmaria, sob um regime semelhante à enfiteuse, ou por meio de doação. Sesmaria era uma área desmembrada do domínio público e concedida ao particular, para que este fizesse a sua utilização econômica, conservando, no entanto, o monarca, a titularidade sobre o bem; o sesmeiro pagava ao rei determinados privilégios não cumprindo a sua obrigação, ocorria o comisso, perdendo o direito sobre a sesmaria.

Ainda hoje algumas leis e a própria Constituição fazem referência à concessão, mas como transferência de posse e não do domínio.

Nas palavras de Igor Tenório (1984:36), “quando se trata de concessão, o Estado não aliena a coisa, isto é, não se despe do domínio da terra; cede apenas para um determinado fim e, cumprida a finalidade para a qual fora feita a concessão a terra volta a integrar o patrimônio do Estado”.

É nesse sentido que o vocábulo é usado no Decreto nº 57.020, de 11-10-65 (que dispõe sobre a concessão de terra ao trabalhador rural da lavoura canavieira), no artigo 49, XVII, da Constituição e no artigo 51 e parágrafos de suas disposições transitórias.

16.6 USO DE BEM PÚBLICO POR PARTICULAR

Os bens públicos das três modalidades previstas no art. 66 do Código Civil - de uso comum, de uso especial e dominical - podem ser utilizados pela pessoa jurídica de direito público que detém a sua titularidade ou por outros entes públicos aos quais sejam cedidos, ou, ainda, por particulares (sobre o tema, v. Maria Sylvia Z. Di Pietro, 1983).

Estes últimos podem, por sua vez, exercer sobre os bens públicos diferentes formas de uso, que dão lugar à dupla classificação:

- a) pelo critério da conformidade ou não da utilização com o destino principal a que o bem está afetado, o uso pode ser normal ou anormal;
- b) pelo critério da exclusividade ou não do uso, combinado com o da necessidade ou não de consentimento expresso da Administração, o uso pode ser comum ou privativo.

16.6.1 Uso normal e uso anormal

O uso de bem público por particular nem sempre tem por objeto o mesmo fim a que ele se destina, embora deva ser sempre com ele compatível. Daí resulta a distinção, aceita por alguns autores, entre uso normal e anormal.

Uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem; e uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contradição com aquela destinação.

Se uma rua está aberta à circulação, tem uso comum normal; supondo-se que essa mesma rua seja utilizada, em período determinado, para realização de festejos, comemorações, desfiles, tem-se uso comum anormal, pois esses não são os fins a que normalmente se destinam tais bens.

Por outro lado, quando uma pessoa obtém permissão para ocupar determinado box em mercado municipal, tem-se uso privativo normal, já que essa é a finalidade precípua do bem; no entanto, se a permissão visa à instalação de terraço de café sobre a calçada, o uso privativo passa a ser anormal.

As utilizações anormais só devem ser consentidas na medida em que sejam compatíveis com o fim principal a que o bem está afetado, ou seja, desde que não impeçam nem prejudiquem o uso normal do bem. Seu exercício depende, em geral, de manifestação discricionária do poder público, podendo o ato de outorga ser a qualquer momento revogado, uma vez verificada a sua incompatibilidade com a utilização normal. O título jurídico mais adequado para esse tipo de uso privativo é a permissão de uso, em virtude da discricionariedade e precariedade que a caracterizam.

O uso privativo normal, que incide, em geral, sobre bens afetados a essa forma de uso, como mercados e cemitérios, tem disciplina legal uniforme para todos os usuários, de modo que sua outorga se faz àqueles que preencham os requisitos legais, sendo a concessão de uso o título mais adequado.

16.6.2 Uso comum

Uso comum é o que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade.

Trata-se, segundo Miguel S. Marienhoff [1955:62], “de um poder que pode ser exercido por todos os homens, por sua só condição de homens - quivis de populo - sem distinção entre nacionais e estrangeiros, e em cujo exercício usuário permanece sempre anônimo, indeterminado, não individualizado”.

O uso comum tem, em regra, as seguintes características:

1. é aberto a todos ou a uma coletividade de pessoas, para ser exercido anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento expresso e individualizado por parte da Administração;
2. é, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado; no direito brasileiro, o artigo 68 do Código Civil expressamente permite que o uso de bens públicos seja gratuito ou remunerado, conforme as leis da União, dos Estados, dos Municípios, a cuja administração pertencerem;
3. está sujeito ao poder de polícia do Estado, que compreende a regulamentação do uso, a fiscalização e a aplicação de medidas coercitivas, tudo com o duplo objetivo de conservação da coisa pública (coibindo e punindo qualquer espécie de ação danosa por parte dos administrados) e de proteção do usuário (garantindo-lhe a fruição do bem público de acordo com a sua destinação); no exercício desse encargo, que constitui verdadeiro poder-dever do Estado, a Administração não precisa necessariamente recorrer ao Poder Judiciário, pois dispõe de meios próprios de defesa do domínio público, que lhe permitem atuar diretamente; é o privilégio da Administração que José Cretella Júnior chama de autotutela administrativa (RDA 108/57).

O administrado, frente ao bem afetado ao uso comum do povo, pode estar em duas posições:

1. como membro da coletividade, participa do interesse coletivo na preservação do uso comum; mas esse interesse não tem a natureza de direito subjetivo, porque seus titulares não dispõem da faculdade de compelir quem o contraria a cessar a prática do ato danoso; eventualmente, o cidadão poderá propor ação popular desde que o dano decorra de ato da Administração, ou mesmo de omissão, quando esta deixe de exercer o seu poder de polícia, disso resultando prejuízo ao uso comum, causado pelo particular;
2. individualmente considerado, como usuário em concreto do bem de uso comum, o administrado pode ser titular de direito subjetivo público, defensável nas vias administrativa e judicial, quando sofrer cerceamento no livre exercício do uso comum, em decorrência de ato de terceiro ou da própria Administração. Tomando como exemplo a hipótese de fechamento de praias para utilização privativa, as pessoas que forem afetadas pelo ato de cerceamento serão titulares de verdadeiro direito subjetivo, tutelável por meio de ações judiciais, inclusive com vistas à indenização por perdas e danos. O direito do particular pode ser assegurado, também, por meio de mandado de segurança; o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que “todo aquele que satisfizer as exigências legítimas da Administração tem direito a utilizar-se dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial destinados ao público. Indevidamente obstado nesse propósito, poderá recorrer às vias ordinárias para consegui-lo, sendo o mandado de segurança remédio hábil para a efetivação desse direito” (RDP 15/212).

O uso comum admite duas modalidades: o uso comum ordinário e o uso comum extraordinário.

Com efeito, existem determinados casos de utilização de bem público por particular que, por sua peculiaridade, dão margem a controvérsias quanto a sua inclusão em uma ou outra modalidade de uso (comum ou privativo), havendo quem os inclua em terceira categoria.

Trata-se de utilizações que não se exercem com exclusividade (não podendo, por isso, ser consideradas privativas), mas que dependem de determinados requisitos, como o pagamento de prestação pecuniária ou de manifestação de vontade da Administração, expressa por meio de ato de polícia, sob a forma de licença ou de autorização. O uso é exercido em comum (sem exclusividade), mas remunerado ou dependente de título jurídico expedido pelo Poder Público.

Tome-se como exemplo o caso de determinados tipos de veículos que, por serem de altura elevada ou peso excessivo, dependem, para circular nas estradas, de consentimento do Poder Público; ou ainda a hipótese de realização de desfiles, comícios, festejos, nas ruas e praças públicas, que também dependem de outorga administrativa; finalmente, o exemplo das estradas abertas à circulação de todos, porém sujeitas a pagamento de pedágio.

Essas exigências constituem limitações ao exercício do direito de uso, impostas pela lei, com base no poder de polícia do Estado, sem desnaturar o uso comum e sem transformá-lo em uso privativo; uma vez cumpridas as imposições legais, ficam afastados os obstáculos que impediam a utilização. Tem-se, nesse caso, uso comum - já que a utilização é exercida sem o caráter de exclusividade que caracteriza o uso privativo - porém sujeito à remuneração ou ao consentimento da Administração. Essa modalidade é a que se denomina de uso comum extraordinário, acompanhando a terminologia de Diogo Freitas do Amaral (1972:108).

Parte ele do pressuposto de que o uso comum está sujeito a determinadas regras: a generalidade (porque pode ser exercido por todos); a liberdade (porque dispensa autorização); a igualdade (porque deve ser garantido a todos em igualdade de condições); e a gratuidade (porque dispensa pagamento de qualquer prestação pecuniária). Quando exercido em conformidade com essas regras, o uso comum é ordinário. Porém, cada uma dessas regras comporta exceções, subordinadas a regimes diversos; cada uma dessas exceções corresponde a uma modalidade de uso comum extraordinário.

O uso comum ordinário é aberto a todos indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária.

O uso comum extraordinário está sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa.

16.6.3 Uso privativo

16.6.3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Uso privativo, que alguns denominam de uso especial, é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.

Pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio.

O conteúdo do uso privativo é variável, podendo comportar faculdade de ocupação (como a instalação de bancas na calçada), poderes de transformação (construção de vestiários na praia) ou até poderes de disposição de uma parte da matéria [aproveitamento das águas públicas ou extração de areia].

Em qualquer hipótese, há duas características essenciais:

1. a exclusividade na utilização da parcela dominial, para a finalidade consentida;
2. a exigência de um título jurídico individual, pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercido.

Esses títulos jurídicos individuais podem ser públicos ou privados. Os primeiros, obrigatórios para o uso privativo de bens de uso comum e de uso especial, são a autorização, a permissão e a concessão de uso. Os títulos privados, somente possíveis, em determinadas hipóteses previstas em lei, para os bens dominicais, abrangem a locação, o arrendamento, o comodato, a enfiteuse, a concessão de direito real de uso.

Desde que se atente para o sentido do vocábulo precariedade, pode-se acrescentá-la como terceira característica do uso privativo.

José Cretella Júnior (1972:106), a propósito do uso privativo, aponta dois sentidos que pode reunir o vocábulo precariedade:

“a) revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, com ou sem indenização, e, nesse caso, tanto as permissões como as concessões são sempre precárias;

b) outorga para utilização privativa do bem público sem prazo fixo, revogável, pois, sem indenização.”

A precariedade que está presente em todas as modalidades de uso privativo corresponde àquele primeiro sentido, pois mesmo que a outorga seja feita por contrato, com prazo determinado, é possível a sua revogação por motivo de interesse público.

No segundo sentido, de outorga do uso privativo sem prazo estabelecido, somente a autorização e a permissão podem ser precárias. Nesse caso, a precariedade do uso encontra-se já na origem do ato de outorga; a Administração, ao consentir, por ato formal, a utilização privativa, já o faz com a nota da precariedade; o particular que recebe o consentimento já sabe que ele é dado a título precário, sem prazo estabelecido, e que por isso mesmo, pode ser retirado, a todo momento, pela Administração, sem direito a qualquer reparação pecuniária.

No caso de uso privativo estável, ou seja, outorgado com prazo estabelecido, a precariedade não existe no ato de outorga. A fixação do prazo cria para o particular uma expectativa de estabilidade, a justificar os maiores encargos que assumirá em decorrência do uso consentido; frustrada, pela revogação antecipada, essa expectativa que o poder público espontaneamente criou, tem o particular direito a compensação de natureza pecuniária.

A rigor, a autorização de uso e a permissão de uso são precárias, enquanto a concessão é estável. Na prática administrativa, tem-se admitido autorização e permissão com prazo (sendo chamadas de condicionadas ou qualificadas), o que confere ao beneficiário a mesma estabilidade que decorre da concessão e, portanto, o mesmo direito à

indenização, em caso de revogação do ato antes do prazo estabelecido. Confundem-se, nessas hipóteses, os institutos da autorização e permissão, de um lado, e a concessão, de outro.

16.6.3.2 INSTRUMENTOS ESTATAIS DE OUTORGA DE USO PRIVATIVO

Com relação aos instrumentos jurídicos de outorga do uso privativo ao particular, mais uma vez se torna relevante a distinção entre, de um lado, os bens de uso comum do povo e uso especial e, de outro, os bens dominicais, já que apenas estes últimos são coisas que estão no comércio jurídico de direito privado, sujeitos, portanto, a regime jurídico um pouco diverso quanto às formas de sua utilização.

Os bens das duas primeiras modalidades estão fora do comércio jurídico de direito privado, de modo que só podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito público; assim, para fins de uso privativo, os instrumentos possíveis são apenas a autorização, a permissão e a concessão de uso.

Trata-se de institutos sujeitos ao regime jurídico de direito público, com características próprias que decorrem da posição de supremacia da Administração sobre o particular. A sujeição a esse regime revela-se pela constituição do uso (por meio de ato administrativo ou contrato administrativo), pelo seu exercício (sujeito à fiscalização do poder público) e pela sua extinção (que se dá pelo término do prazo, pela caducidade, em caso de não utilização do bem; pela rescisão unilateral do contrato de concessão ou pela revogação unilateral da autorização e permissão).

Diversa é a situação dos bens dominicais, já que estes são coisas que estão no comércio jurídico de direito privado. Embora possam ser cedidos aos particulares por meio dos mesmos institutos de direito público já mencionados, também podem ser objeto de contratos regidos pelo Código Civil, como a locação, o arrendamento, o comodato, a concessão de direito real de uso, a enfiteuse.

16.6.3.3 AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO E CONCESSÃO

Autorização de uso é o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade.

Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato unilateral, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do poder público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser gratuita ou onerosa.

A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão.

Do fato de tratar-se de utilização exercida no interesse particular do beneficiário decorrem importantes efeitos:

1. a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão;
2. é outorgada, em geral, em caráter transitório;
3. confere menores poderes e garantias ao usuário;
4. dispensa licitação e autorização legislativa;
5. não cria para o usuário um dever de utilização, mas simples faculdade.

A autorização pode ser simples (sem prazo) e qualificada (com prazo).

O legislador brasileiro tem previsto a possibilidade de fixação de prazo, como ocorre com a derivação de águas, no interesse do particular, com fundamento no artigo 43 do Código de Águas, devendo a autorização ser dada por tempo não inferior a 30 anos.

No Município de São Paulo, a Lei Orgânica de 4-4-1990, no artigo 114, § 5º, apesar de imprimir natureza transitória à autorização, permite a fixação de prazo, até o máximo de 90 dias.

A fixação de prazo tira à autorização o caráter de precariedade, conferindo ao uso privativo certo grau de estabilidade; vincula a Administração à obediência do prazo e cria, para o particular, direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado; em consequência, se razões de interesse público obrigarem à revogação extemporânea, ficará o poder público na contingência de ter de pagar indenização ao particular, para compensar o sacrifício de seu direito. Manifesta é a inconveniência de estipulação de prazo nas autorizações.

A autorização é da competência do órgão a quem incumbe a administração do bem e pode assumir, no Estado de São Paulo, consoante artigo 3º do Decreto nº 1, de 11-7-72 (que estabelece normas para elaboração dos atos administrativos) a forma de decreto, resolução, deliberação ou portaria, conforme a autoridade competente seja, respectivamente, o Chefe do Executivo, Secretário de Estado, órgão colegiado ou outras autoridades inferiores. A exigência de portaria para a autorização só existe com relação aos municípios, com fundamento no artigo 114, § 5º, da respectiva lei orgânica, sendo, nesse caso, a forma exigida, qualquer que seja a autoridade expedidora do ato.

Permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.

A permissão pode recair sobre bens públicos de qualquer espécie.

Sendo ato precário, revela-se mais adequado nos chamados usos anormais em que a utilização privativa, embora conferida com vistas a fim de natureza pública, está em contraste com a afetação do bem ou com sua destinação principal. É o que ocorre, principalmente, nos casos de uso privativo incidente sobre bens de uso comum do povo. É precisamente esse contraste do uso privativo com a afetação que exige seja imprimida precariedade ao ato de outorga.

Aliás, o fato de tratar-se de bem destinado, por sua natureza ou destinação legal, ao uso coletivo, impede que o uso privativo seja permitido ou autorizado para fins de interesse exclusivo do particular; embora seja assegurada, com a permissão, determinada vantagem ao usuário, não auferida pela generalidade dos indivíduos, o uso por ele exercido deve proporcionar algum benefício de caráter geral. Por essa razão, também, embora o vocábulo “permissão” dê a idéia de faculdade que pode ser ou não exercida, na realidade o permissionário se obriga a utilizar o bem para o fim predeterminado, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe retirada a permissão.

O que acaba de ser exposto permite ser estabelecida mais nítida comparação entre autorização e permissão de uso. Ambas têm a natureza de ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Nas duas hipóteses, o uso pode ser gratuito ou oneroso, por tempo determinado (permissão ou autorização qualificada) ou indeterminado (permissão ou autorização simples).

Três diferenças podem ser assinaladas, em face do direito positivo brasileiro:

1. enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo;
2. dessa primeira diferença decorre outra, relativa à precariedade.

Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso da permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público;

3. a autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma faculdade de uso, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominantemente público, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.

Quanto à fixação de prazo na permissão, vale a mesma observação já feita para a autorização. Ao outorgar permissão qualificada ou condicionada de uso, a Administração tem que ter em vista que a fixação de prazo reduz a precariedade do ato, constituindo, em consequência, uma autolimitação ao seu poder de revogá-lo, o que somente será possível quando a utilização se tornar incompatível com a afetação do bem ou se revelar contrária ao interesse coletivo, sujeitando, em qualquer hipótese, a Fazenda Pública a compensar pecuniariamente o permissionário pelo sacrifício de seu direito antes do termo estabelecido.

A permissão qualificada é dotada da mesma estabilidade de que se reveste a concessão de uso, pois no ato de outorga não haverá o traço da precariedade; os dois instintos, nesse caso, se assemelham, no sentido de que o permissionário adquire, da mesma forma que o concessionário, direito subjetivo à indenização em caso de revogação, antes do prazo determinado. A diferença entre os dois institutos estará apenas na formação do ato, pois a permissão se constitui por ato unilateral e, a concessão, por contrato precedido de autorização legislativa e licitação. Quanto aos efeitos, não existe diferença porque em um e outro caso surgem obrigações recíprocas para ambas as partes: para o usuário, a obrigação de utilizar a coisa de acordo com as condições estabelecidas no ato de outorga e, para a Administração, a obrigação de respeitar o uso objeto da permissão qualificada por todo tempo previamente delimitado. Além disso, na concessão, é comum a outorga de maiores poderes de natureza pública ao concessionário. O que não é viável é utilizar-se a permissão, quando seria caso de concessão, apenas para burlar a exigência de autorização legislativa e licitação, não cabível na permissão.

Com referência à competência para permissão de uso, aqui no Estado de São Paulo cabe ao Governador, por meio de decreto, com base no artigo 19, V da Constituição Estadual, combinado com artigo 3º do Decreto nº 1, de 11-7-72, já referido.

Quanto à licitação, não é, em regra, necessária, a não ser que leis específicas sobre determinadas matérias o exijam, como ocorre no caso da permissão para instalação de bancas nas feiras livres. É verdade que a Lei nº 8.666, no artigo 2º, inclui a permissão entre os ajustes que, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação. Tem-se, no entanto, que entender a norma em seus devidos

termos. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal, no artigo 175, parágrafo único, I, refere-se a permissão de serviço público como contrato; talvez por isso se justifique a norma do artigo 2º da Lei nº 8.666. Em segundo lugar, deve-se considerar também que este dispositivo, ao mencionar os vários tipos de ajustes em que a licitação é obrigatória, acrescenta a expressão “quando contratados com terceiros”, o que faz supor a existência de um contrato. Além disso, a permissão de uso, embora seja ato unilateral, portanto excluído da abrangência do artigo 2º, às vezes assume a forma contratual, com características iguais ou semelhantes à concessão de uso; é o que ocorre na permissão qualificada, com prazo estabelecido. Neste caso, a licitação torna-se obrigatória. A Lei nº 8.666 parece ter em vista precisamente essa situação quando, no artigo 2º, parágrafo único, define o contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. Quer dizer: ainda que se fale em permissão, a licitação será obrigatória se a ela for dada a forma contratual, sendo dispensada a licitação na hipótese do art. 17, I, f, da Lei nº 8.666, alterada pela Lei nº 8.883, de 8-6-94.

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.

Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuitu personae.

A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Esta assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em consequência, a forma mais adequada é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixar as condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal que decorre da Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 57, § 3º, veda contrato com prazo indeterminado.

Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no seu conceito que o uso tem que ser feito de acordo com a destinação do bem. No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem que atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, de bens de uso especial, como os mercados e cemitérios, parcialmente afetados ao uso privativo, dos bens destinados à ocupação por concessionários de serviços públicos, e dos bens dominicais postos no comércio jurídico para fins de moradia, cultivo da terra, exploração agrícola ou industrial, reforma agrária.

Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isto porque, em decorrência da concessão, a parcela de bem público concedida fica com sua destinação desviada para finalidade diversa: o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, apenas naquela pequena parcela, pelo uso a ser exercido pelo concessionário. Além disso, como a concessão é outorgada sob forma contratual e, em geral, por prazos mais prolongados, dela decorre estabilidade para o concessionário, uma vez que não pode ser despojado de seu direito

de utilização privativa antes do termo estabelecido, a não ser por motivo de interesse público relevante e mediante justa indenização. Tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem. A utilização que ele exercer terá que ser compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo.

A concessão exige licitação, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.666, que silencia quanto à modalidade a ser utilizada, ao contrário do Decreto-lei nº 2.300, que exigia concorrência. Talvez o silêncio do legislador se justifique pela norma do artigo 121, parágrafo único, segundo a qual os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com alterações posteriores. Só que, além de esse decreto-lei não cuidar da concessão de uso e sim da cessão de uso (que é uma das modalidades de concessão), ainda há o fato de que ele é de aplicação restrita à União. Isto permite concluir que a matéria não foi considerada norma geral, podendo Estados e Municípios seguir suas próprias leis a respeito do assunto. No silêncio dessas leis, melhor aplicar, por analogia, o critério do valor estabelecido pelo artigo 23, II, da Lei nº 8.666/93.

A concessão pode ser das seguintes modalidades (cf. Raimundo Nonato Fernandes, in RDA 118/ 1-11) :

1. de exploração ou de simples uso, conforme seja, ou não conferido ao concessionário poder de gestão dominial, substituindo-se à Administração concedente; como exemplos da primeira, o autor indica as concessões de minas, de águas e de campo de algas; e, da segunda, as relativas a áreas de dependências de aeroportos, ocupação da via pública, sepultura e outras;
2. temporária (como a concessão de águas e a maioria das utilizações privativas) ou perpétua (como a de sepultura);
3. remunerada ou gratuita;
4. de utilidade pública (como a que é acessória de uma concessão de serviço público) ou de utilidade privada (como a de sepultura, a de derivação de águas para irrigação, de exploração de campo de algas e de minas).

Pode-se, falar, ainda, em concessão autônoma ou acessória, conforme seja ou não conjugada com uma concessão de serviço público; na acessória, o concessionário só pretende o bem como condição material da montagem de um serviço público, como se verifica na concessão da via pública ou do espaço aéreo para colocação de postes e lançamento de fios ou cabos, aéreos ou subterrâneos, de instalações elétricas de interesse público, bem como na concessão de águas públicas para aproveitamentos hidráulicos de interesse público.

16.6.3.4 INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO

O emprego de institutos do direito privativo para transferência de uso privativo somente é possível no caso de bens dominicais, já que estes estão dentro do comércio jurídico de direito privado. Embora possam ser cedidos aos particulares por meio de autorização, permissão ou concessão, também podem ser objeto de contratos regidos pelo Código Civil ou leis esparsas, a exemplo do que ocorre nos casos de locação, arrendamento, comodato, concessão de direito real de uso e enfiteuse (sobre o tema, v. Maria Sylvia Z. Di Pietro, 1989).

Nesse caso, como em todos aqueles em que a Administração se utiliza do direito privado, este sofre desvios, derrogações necessárias para adaptar o instituto às peculiaridades da Administração. As vezes esses desvios são tão grandes que desnaturam o instituto, dando-lhe conotação publicística, como ocorre com a locação de bens imóveis da União, subordinada ao regime instituído pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (arts. 86 a 98) e não sujeita “a disposições de outras leis concernentes à locação”.

Isto ocorre porque a aplicação pura e simples de contratos de direito civil aos bens patrimoniais disponíveis implica renúncia, por parte do Estado, à sua situação de supremacia sobre o particular e, em consequência, à possibilidade de sujeitá-lo às chamadas cláusulas exorbitantes, admitidas nos contratos administrativos, a fim de assegurar o melhor atendimento do interesse público.

No contrato de direito privado, as partes colocam-se em igualdade de posições, não podendo o Estado alterá-lo ou rescindi-lo unilateralmente por motivo de mérito.

O que se verifica é que, enquanto a utilização privativa dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial só pode ser consentida por títulos de direito público (autorização, permissão e concessão), a utilização dos bens dominicais pode ser outorgada quer por instrumentos públicos como os assinalados, quer por institutos de direito civil, aplicados com observância de derrogações impostas por normas publicísticas, que asseguram à pessoa jurídica de direito público a sua posição de supremacia com a possibilidade de rescindir, a qualquer momento, o acordo, quando motivos de mérito determinem a subtração do bem ao comércio jurídico privado, para sua afetação a fim de interesse público.

Os institutos de direito público são empregados quando a utilização tem finalidade predominantemente pública, ou seja, quando se destina ao exercício de atividades de interesse geral, como ocorre na concessão de uso de água para fins de abastecimento da população; ao contrário, os institutos de direito privado são aplicados quando a utilização tem por finalidade direta e imediato atender ao interesse privado do particular, como ocorre na locação para fim residenciais e no arrendamento para exploração agrícola. Nesses casos, o interesse público é apenas indireto, assegurando a obtenção de renda ao Estado permitindo a adequada exploração do patrimônio público, no interesse de todos.

Merece realce o contrato de locação, que é disciplinado, no que se refere aos bens imóveis da União, pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46. O artigo 86 permite que os bens não utilizados em serviço público (portanto bens dominicais) sejam alugados:

- a) para residência de autoridades federais ou de outros servidores da União, no interesse do serviço público;
- b) para residência de servidor da União, em caráter voluntário;
- c) por quaisquer interessados. O artigo 87 determina que a locação “se fará mediante contrato, não ficando sujeito a disposições de outras leis concernentes à locação”.

Dentre as normas estabelecidas, há de se ressaltar a do artigo 89, que prevê as hipóteses da rescisão, incluindo, entre elas, a do imóvel tornar-se necessário ao serviço público; isto se fará por ato administrativo da União (auto-executório), sem que esta fique obrigada a pagar ao locatário indenização de qualquer espécie, excetuada a que se refira a benfeitorias necessárias. Além disso, se o locatário sublocar o imóvel ou deixar de

pagar os aluguéis nos prazos estipulados, dar-se-á rescisão de pleno direito, imitando-se a União sumariamente na posse da coisa locada.

Embora apresente pontos de contato com a concessão de uso, a locação dela se distingue pela finalidade. A concessão tem por objeto o uso privativo de bem público para fins de utilidade pública; por ela, o concessionário vai exercer, sobre o bem, algum tipo de atividade de interesse público. A locação tem por objeto também o uso de bem público, mas para proveito exclusivo do locatário, que dele se utilizará para fins residenciais. O interesse público, no caso, é apenas indireto, na medida em que, explorando os bens de seu patrimônio privado, o poder público estará produzindo renda para os cofres públicos.

Além disso, na locação, o poder público transfere apenas o uso e gozo da coisa, enquanto na concessão pode haver transferência de poderes públicos ao concessionário, em especial nos casos em que a concessão de uso se apresenta como instrumento acessório da concessão de serviço público. Acresce que, tendo uma finalidade pública, a outorga admite prazos mais prolongados, ao contrário da locação, destinada a fins residenciais, em que os prazos não devem ser prolongados.

Mais recentemente, foi disciplinada a utilização de imóveis residenciais de propriedade da União por agentes políticos e servidores públicos federais, pelo Decreto nº 810, de 27-4-93; nesse caso, a utilização far-se-á por “permissão de uso, em caráter precário e por prazo determinado”; a utilização não é gratuita, porque sujeita ao pagamento de taxa mensal de uso, correspondente a dois milésimos do valor do imóvel, calculado com base em laudo de avaliação (art.18).

O arrendamento foi previsto no Decreto-lei nº 9.760 como modalidade de locação, na hipótese em que a utilização objetiva a exploração de frutos ou a prestação de serviços (arts. 64, § 1º, e 96). Seu prazo máximo é de 10 anos (art. 96, parágrafo único), sendo assegurada preferência aos Estados e Municípios (art. 97), bem como ao possuidor de benfeitorias que estiver cultivando, por si e regularmente, terras compreendidas entre as de que trata o artigo 65 (situadas em zonas rurais e reservadas pela União para exploração agrícola).

O aforamento ou enfiteuse também foi previsto no Decreto-lei nº 9.760 como forma de utilização de bens da União, com algumas derrogações ao direito privado. Há uma tendência para extinguir-se esse instituto, quer no direito privado quer no direito público, o que se confirma com a norma do artigo 49 das Disposições Transitórias da Constituição, que faculta aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. No entanto, o § 3º determina que a enfiteuse continuará sendo aplicada ao terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima” (sobre aforamento, v. Medida Provisória nº 1.567, de 14-2-97).

A cessão é instituto típico do direito público, instituído pelo artigo 6º do Decreto-lei nº 9.760, para as hipóteses em que interesse à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar.

Sua disciplina jurídica é a que consta dos artigos 125 e 126, repetidos complementados pelo Decreto-lei nº 178, de 16-2-67. Nos termos desse último Decreto-lei, “por ato do Governo e a seu critério, poderão ser cedidos, gratuito; mente, ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, imóveis da União, aos Estados, aos Municípios, entidades educacionais, culturais ou de

finalidades sociais, e, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional que mereça tal favor, pessoa física ou jurídica”.

A cessão pode ser assim caracterizada: é ato de outorga de uso privativo de imóvel do patrimônio da União; essa outorga, depois de autorizada por decreto de Presidente da República, se faz mediante termo ou contrato, no qual se especificam as condições em que o uso se exercerá; o uso é sempre gratuito; podem sercessionários os Estados, os Municípios, entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais bem como os particulares (pessoas físicas ou jurídicas), nesta última hipótese quando se tratar de aproveitamento econômico de interesse nacional; torna-se nula em caso de utilização em desacordo com as condições estabelecidas. Além disso, a cessão se faz sempre por prazo determinado, conforme estabelece o artigo 3º do Decreto-lei nº 178/67.

Comparando-se a cessão com outros institutos de direito público, ela se apresenta como espécie do gênero concessão de uso. Esta pode ser gratuita ou onerosa, por tempo determinado ou indeterminado; pode ter por objeto bens públicos de qualquer natureza e pode atender aos mais variados fins públicos e até ser de utilidade privada do concessionário (como no caso da concessão de sepultura); a cessão é sempre gratuita, por tempo determinado e só pode ter por objeto bens dominicais, só podendo ser conferida para os fins definidos nos citados dispositivos da legislação federal. Dispensa autorização legislativa e concorrência pública.

A concessão de direito real de uso, outro instrumento de utilização de bem público dominical por particular, foi instituída pelos artigos 7º e 8º do Decreto-lei nº 271, de 28-2-67, que dispõe sobre o loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso do espaço aéreo e dá outras providências.

Segundo o artigo 17, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, “a Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada a licitação quando o uso de destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública”, assim consideradas todas as incluídas no conceito do artigo 6º, XI, da mesma lei. A Lei nº 8.883, de 8-6-94, introduziu outra hipótese de dispensa de licitação no art. 17, I, f, da Lei nº 8.666.

Esse instituto não é específico do direito público, podendo ser utilizado também por particulares, como está expresso nos artigos 7º e 8º do Decreto-lei nº 271. Além disso, não abrange apenas o uso da terra, podendo ter por objeto o uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, nos mesmos termos e para os mesmos fins impostos para a concessão de uso de terras.

Caracteriza-se por ser direito real resolúvel, que se constitui por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, sendo inscrito e cancelado em livro especial (art. 7º, § 1º); pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado; a sua finalidade só pode ser a que vem expressa no artigo 7º, caput, a saber: urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social; sua concretização depende de autorização legislativa e de concorrência pública; é transferível por ato inter vivos ou causa mortis; é resolúvel, antes do termo se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumprir cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

A permissão de uso é prevista na Medida Provisória nº 1.567, de 14-2-97, para utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional (art. 21).

No Estado de São Paulo não existe lei que, à semelhança do Decreto-lei Federal nº 9.760, discipline genericamente a utilização de seus bens imóveis. A Constituição do Estado, no artigo 19, IV exige autorização legislativa para a alienação de bens imóveis do Estado ou a cessão de direitos reais a eles relativos, e o recebimento de doações com encargo.

Além disso, existem algumas leis esparsas regulamentando determinadas formas de utilização privativa, a saber:

1. O Decreto nº 30.625, de 3-1-58, admite implicitamente a locação e o arrendamento de imóvel de propriedade do Estado, ao proibir que tais contratos se celebrem sem que preceda autorização legislativa.

2. A Lei nº 8.647, de 13-1-65, regulamentada pelo Decreto nº 47.241, de 28-11-66, permite a cessão em comodato de bens imóveis do Estado, para entidades de caráter esportivo, mediante as seguintes condições: existindo imóvel em condições de ser entregue em condições de ser entregue em comodato; serão publicados em editais para concorrência; poderão concorrer entidades de caráter esportivo, registradas no Departamento de Educação Física e Esportes, desde que sediadas no distrito da situação do imóvel; escolhida a entidade beneficiada, será o expediente remetido à Assembléia Legislativa para a competente autorização. O artigo 9º do decreto veda a construção de centros esportivos nos terrenos, mediante venda de títulos, e a utilização do imóvel para fins comerciais, sob pena de retomada imediata do imóvel pelo Estado, sem qualquer indenização ao particular.

O inconveniente do comodato decorre em especial do artigo 1.250, do Código Civil que proíbe ao comodatário suspender o uso e gozo da coisa emprestada antes de findo o prazo convencional ou o que se determine pelo uso outorgado, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo Juiz. Essa norma, que não pode ser derogada por lei estadual, torna inconveniente a utilização de bem público mediante comodato, pois impede a Administração de retomar o imóvel, sem autorização judicial, ainda que o interesse público recomende a sua destinação a finalidade diversa.

3. O Decreto nº 9.408, de 20-1-77, regulamenta a permissão de uso de ilhas fluviais, a título precário, condicionando a outorga administrativa às seguintes condições: que o interessado seja lavrador, não possua antecedentes criminais, não seja proprietário de outro imóvel e se comprometa a residir na ilha, tornando-a produtiva e zelando pela preservação da flora e da fauna nela existentes. A utilização será conferida pelo prazo máximo de cinco anos, prorrogável a critério da Administração.

4. A Lei nº 2.716, de 2-4-81, autoriza o Poder Executivo a ceder, em comodato, as áreas de domínio do Estado, que margeiam rodovias estaduais, a particulares que desejem explorá-las com o plantio de culturas baixas.

5. O Decreto nº 18.731, de 23-4-82, autoriza a utilização das quadras esportivas e das áreas de recreação componentes dos prédios escolares de ensino oficial do Estado, quando nestes não se realizem atividades docentes, inclusive aos sábados, domingos, feriados e férias anuais, para fins de ação comunitária de associações atléticas regularmente constituídas; o uso é feito por cessão, a título gratuito e precário.

6. A Lei nº 3.730, de 13-5-83, autoriza a cessão de uso de dependências de unidades escolares estaduais para atividades de caráter cultural, para práticas recreativas ou desportivas.

7. O Decreto nº 28.347, de 22-4-88, permite que seja outorgado título de domínio ou, quando se entender conveniente ao interesse público e à proteção ambiental, permissão de uso, a título precário, ao ocupante de terras situadas em Áreas de Proteção Ambiental da Serra do Mar

8. O Decreto nº 28.389, de 17-5-88, no artigo 5º, autoriza a Fazenda do Estado a outorgar permissão de uso, a título precário, aos ocupantes de terras devolutas regularmente discriminadas, cuja posse não seja legítima, desde que preencham os seguintes requisitos:

I - morada habitual na gleba ou seu real aproveitamento;

II - cultura efetiva ou edificação residencial, conforme as características rurais ou urbanas do imóvel, respectivamente.

Nos termos do parágrafo único, a permissão de uso incidirá sobre área não superior a 100 ha, podendo ser ultrapassado esse limite em casos excepcionais, em razão de extinção da cultura efetiva, a critério do Procurador Geral do Estado, ouvido o Centro de Engenharia e Cadastro Imobiliário competente.

16.6.3.5 TUTELA DO USO PRIVATIVO

A pessoa beneficiada com o uso privativo de bem público pode ser perturbada por atos de terceiros ou da própria Administração.

No caso de ser perturbado por terceiros, no exercício de seus direitos, o usuário pode recorrer à Administração para que esta adote as medidas de polícia administrativa cabíveis para pôr fim aos atos lesivos, ou pode recorrer ao Judiciário pleiteando a proteção do uso, com indenização por perdas e danos.

Quando a perturbação decorre da própria Administração que conferiu o uso privativo, há que se distinguir se ela o faz legítima ou ilegítima. Com efeito, às vezes, a Administração deixa de cumprir disposições legais que seriam aplicáveis à hipótese ou mesmo as cláusulas do ato constitutivo, ou, ainda, decreta a extinção do ato praticado com desvio de poder ou outra ilegalidade quanto à competência, à forma, ao procedimento. Nesses casos, a tutela do uso privativo pode ser exercida, não só na via administrativa, como também na judicial, opondo-se o usuário à revogação ilegítima, pois, no direito brasileiro, nenhuma lesão a direito pode ser subtraída à apreciação judicial (art. 5º, XXXV da Constituição).

O que não existe, em qualquer das três modalidades de uso privativo - autorizado, permitido ou concedido - é a possibilidade de opor-se, o usuário, à revogação legítima do ato, quando a utilização revelar-se contrária ao interesse público. Trata-se de aplicação do princípio da predominância do interesse público sobre o particular. As consequências, para a Administração, serão diversas, conforme se trate de uso outorgado sem prazo ou com prazo estabelecido. No primeiro caso, o particular não tem um direito público subjetivo oponível à Administração, que pode revogar o ato independentemente de qualquer compensação pecuniária. No segundo caso, a Administração obriga-se a não perturbar o uso por determinado período de tempo; ela assegura ao usuário um direito público subjetivo que, se extinto antes do prazo, deve ser compensado pecuniariamente.

A questão mais complexa que envolve o tema da tutela do uso privativo é a que diz respeito à possibilidade de emprego de ações possessórias. Alguns admitem, outros rejeitam essa possibilidade.

A principal objeção levantada pelos autores é o fato de estarem os bens públicos fora do comércio jurídico.

Evidentemente, sendo essa a objeção, não se aplica aos bens dominicais, já que estes estão no comércio jurídico, podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito privado, inclusive a posse.

Diversa é a situação dos bens de uso comum do povo e de uso especial, que são coisas extra commercium. Com efeito, o artigo 520, III, do Código Civil determina a perda da posse em caso de ser a coisa posta fora do comércio.

Contudo, esse fato, por si, não impede o emprego de ação possessória, pois, como ensina Carvalho Santos (1944, v. 2:157-159), “seria deslocar a questão encará-la no sentido de não admitir qualquer posse para os bens que acham fora do comércio. Pelo menos seria confundi-la, diante da nossa legislação, certo como é que, pela nossa legislação, são bens fora do comércio não somente os insuscetíveis de apropriação, mas igualmente aqueles que como forem considerados pela lei. Somente quanto aos primeiros é que se poderá dizer que são insuscetíveis de posse, mas não quanto aos segundos, porque a determinação da lei não pode ter a virtude de alterar a substância da coisa, tornando-a inapta a qualquer ato de posse. Os bens, por exemplo, gravados com a cláusula de inalienabilidade são, sem dúvida, bens considerados como fora do comércio e, no entretanto, estão e continuam a estar na posse de seu proprietário ou de outrem que sobre eles tenha adquirido qualquer direito que lhes confira a posse, como, por exemplo, se forem alugados”.

Especificamente quanto aos bens de uso comum do povo, diz ele que “a regra é esta: a posse não é excluída senão para as coisas fora do comércio, de sorte que a ação possessória não é repudiada e afastada senão na medida — mesma desta exceção, vale dizer, tão-somente enquanto entra em conflito e põe em dúvida a destinação da propriedade pública; nos limites em que é compatível com essa destinação, a ação possessória tem cabimento”. Se assim não fosse, não poderia o Estado defender os bens públicos contra terceiros, utilizando esse procedimento. A extracomerciabilidade exclui a posse ad usucapionem (porque incompatível com a inalienabilidade dos bens públicos), porém admite a posse ad interdicta na medida em que seja necessária para proteger a pública destinação dos bens.

Há de se atentar, no entanto, que o titular de uso privativo pode propor ação possessória contra terceiros; não cabe contra a Administração quando esta usa legitimamente seu poder de extinguir o uso privativo por razões de interesse público.

Mesmo contra terceiros, não cabe ação possessória, quando se tratar de uso precário (sem prazo), revogável ad nutum pela Administração, porque isto conflitaria com a regra de artigo 497 do Código Civil, em cujos termos “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância”. Sobre o assunto, confira-se, com maior desenvolvimento do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1983:41-51).

16.7 FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Sob o título de formação do patrimônio público serão analisadas as várias formas de aquisição de bens pelo poder público apenas no que existe de específico para a Administração Pública.

Podem ser separadas, de um lado, aquelas que são regidas pelo direito privado, como compra, recebimento em doação, permuta, usucapião, acessão, herança; de outro lado,

as que são regidas pelo direito público, como desapropriação, requisição de coisas móveis consumíveis, aquisição por força de lei ou de processo judicial de execução, investidura.

A compra sujeita-se à licitação, conforme exigência contida no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que ressalva, no entanto, os casos previstos em lei. A Constituição estadual repete a mesma norma no artigo 117 e, no artigo 121, determina que os órgãos públicos competentes publiquem, com periodicidade necessária, os preços médios de mercado de bens e serviços, os quais servirão de base para as licitações realizadas pela administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.

A compra é, em geral, utilizada para a aquisição de coisas móveis e semoventes, devendo obedecer às normas da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que a define, no artigo 6º, III, como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”. Os artigos 14 a 16 exigem, especialmente, caracterização do objeto, indicação dos recursos financeiros para seu pagamento, atendimento ao princípio da padronização, registro de preços precedido de ampla pesquisa de mercado, condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, subdivisão em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade, balizamento pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. Exigem, ainda, publicação da relação de todas as compras feitas pela administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação.

O registro de preços está previsto no artigo 15, §§ 1º a 4º, realizando-se por meio de concorrência e tendo validade pelo prazo máximo de um ano.

O artigo 23, II, define os valores para fins de escolha da modalidade de licitação e o artigo 24, II, estabelece o valor para fins de dispensa de licitação.

O artigo 24, XII, XIV XV XVII, XVIII e XIX, com redação da Lei nº 8.883/94, prevê outras hipóteses de dispensa de licitação para compra de bens móveis.

Havendo registro de preços, a Administração pode comprar diretamente das empresas que participaram da concorrência específica para esse fim, mas, se preferir, poderá realizar licitação pela modalidade escolhida com base no artigo 23, II.

Quando a compra é feita para entrega e pagamento imediato, não gerando obrigações futuras, ela não difere da compra regida pelo Código Civil. Quando, porém, envolve entrega parcelada ou contínua, é denominada, doutrinariamente, de fornecimento, tendo a natureza de típico contrato administrativo, com todas as características previstas na Lei nº 8.666 (ver item 8.8.3).

Para aquisição de imóvel é muito rara a compra, já que a Administração dispõe do poder de desapropriar. Além disso, ela é, em regra, inadequada para atender às necessidades da Administração, já que esta necessita escolher o imóvel, pelo local e características, não podendo ficar na dependência da concordância do proprietário; mesmo porque, como a aquisição fica sujeita à avaliação feita pelo próprio poder público, dificilmente o particular concorda em alienar pelo preço ofertado.

A licitação para aquisição de bem imóvel é exigida, sob a modalidade de concorrência (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666), porém é dispensável quando se tratar de bem destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado segundo avaliação prévia (art. 24, X).

A Lei nº 4.717, de 29-6-65, que dispõe sobre ação popular, no artigo 4º, V considera nula e, portanto, passível dessa medida judicial, a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência, quando:

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

Com relação ao recebimento de bens em doação, a Constituição paulista, no artigo 19, inciso IV exige autorização legislativa para “o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem”. Somente se considera existente o encargo na hipótese em que a destinação a um fim específico vem acompanhada de medida coercitiva, como a fixação de um prazo para o cumprimento do encargo, ou a previsão expressa de revogação da liberalidade em caso de descumprimento do encargo.

No que diz respeito à aquisição por herança, além da possibilidade de o Estado receber bens por força de testamento, ainda há a hipótese dos chamados bens vagos, que entram para o patrimônio público depois de cinco anos da declaração de vacância da herança, nos termos do artigo 1.594 do CC, com a redação dada pela Lei nº 8.049, de 20-6-1990. Esses bens passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situado em Território Federal.

A aquisição de bens também pode decorrer da invenção disciplinada pelos artigos 603 a 606 do CC e que corresponde ao achado de coisas perdidas, chamadas bens do evento. Nos termos do artigo 606, decorridos seis meses do aviso à autoridade, não se apresentando ninguém que mostre domínio sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do invento, pertencerá o remanescente ao Estado, ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objeto perdido, ou à União, se foi achado em território ainda não constituído em Estado.

Quanto à desapropriação e requisição, o tema foi tratado no Capítulo 6, ao qual remetemos o leitor.

No que diz respeito à aquisição por força de lei, existem vários exemplos no direito brasileiro, bastando citar os seguintes: a Constituição de 1891 transferiu para os Estados a maior parte das terras devolutas, deixando para a União apenas as indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. O Estado de São Paulo transferiu parte delas para os Municípios por meio de sua lei orgânica. Agora a Constituição de 1988 faz reverter para o patrimônio da União parte das terras devolutas estaduais e municipais, consideradas indispensáveis à proteção ambiental (art. 20, II). A Lei Federal nº 6.766, de 19-12-79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, determina a integração, no domínio municipal, desde a data do seu registro no cartório competente, das vias e praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

16.8 BENS PÚBLICOS EM ESPÉCIE

16.8.1 Direito positivo

A especificação dos bens públicos, no direito brasileiro, encontra-se em legislação esparsa.

A Constituição federal indica, no artigo 20, os bens da União e, no artigo 26 os do Estado. Por sua vez, o Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, enumera os bens imóveis da União. O Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-34) classifica as águas públicas em de uso comum e dominicais (art.1º). O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) contém normas sobre as terras públicas situadas na zona rural.

E ainda se encontram subsídios sobre bens públicos no Código de Contabilidade Pública da União, aprovado pelo Decreto nº 4.536, de 28-1-22, além do Código Florestal, Código de Minas, Código de Águas Minerais etc. Mais recentemente saiu a Medida Provisória nº 1.567, de 14-2-97, estabelecendo normas sobre bens públicos.

Serão a seguir analisadas algumas das modalidades de bens públicos sujeitos a normas específicas.

16.8.2 Terrenos reservados

Os terrenos reservados surgiram com a Lei nº 1.507, de 26-9-1867, cujo artigo 39 estabelece: “fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior e o Governo autorizado para concedê-la em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos da marinha”.

Ficaram com essa denominação porque foram reservados para servidão pública de trânsito, conforme se constata pela redação do dispositivo.

O Decreto nº 4.105, de 22-2-1868, referiu-se a essa servidão, definindo, no artigo 1º, § 2º, os terrenos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis “como todos os que, banhados pelas águas dos ditos rios, fora do alcance das marés, vão até a distância de sete braças craveiras (15,4 metros) para a parte da terra, contadas desde o ponto médio das enchentes ordinárias”.

Hoje o conceito consta do artigo 14 do Código de Águas (Decreto nº. 24.643, de 10-7-34); “terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias”.

ponto médio das enchentes ordinárias foi o medido em 1831, conforme critério fixado pelo Decreto nº 4.105, de 1868.

A expressão “fora do alcance das marés” é importante para distinguir os terrenos reservados dos terrenos de marinha; se o terreno marginal ao rio estiver sob influência

das marés, ele entra no conceito de terreno de marinha dado pelo artigo 13 do Código de Águas.

Muita controvérsia existe quando à propriedade desses bens (cf. Di Pietro, 1978:117-128).

O Código de Águas estabelece, no artigo 31, que “pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis se, por algum título, não forem do domínio federal, municipal ou particular”. E, no parágrafo único, determina que esse domínio sofrerá idênticas limitações às de que trata o artigo 29, ou seja, a servidão pública para aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, bem como para utilização da navegação do rio.

Quanto à natureza desses bens, o artigo 11 do mesmo Código determina que são públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por qualquer título legítimo não pertencerem ao domínio particular, os terrenos de marinha e os terrenos reservados nas margens dos rios de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie.

Nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, “os terrenos em causa serão concedidos na forma da legislação especial sobre a matéria”.

Dos dispositivos transcritos infere-se que:

1. os terrenos reservados são de propriedade dos Estados, salvo se, por algum título legítimo, forem do domínio federal, municipal ou particular;
2. as margens dos rios navegáveis, objeto de concessão pelo poder público, são de propriedade particular; estão oneradas com a servidão pública instituída pelo artigo 39 da Lei nº 1.507, de 26-9-1867, salvo se a concessão foi feita antes da entrada em vigor dessa lei.

O artigo 8º da Constituição de São Paulo, que inclui entre os bens do Estado os terrenos reservados às margens dos rios e lagos do seu domínio, tem que ser interpretado com essa ressalva, pois, caso contrário, estaria fazendo reverter para o patrimônio público bens da propriedade de terceiros, sem a devida indenização.

Quanto às margens dos rios não navegáveis, estão oneradas, em uma faixa de 10 metros, com servidão de trânsito, em benefício dos agentes da administração em execução de serviços (art. 12 do Código de Águas).

Na jurisprudência, ficou assentado, pela Súmula nº 479, do STF, que “as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização”. A súmula indica, como referência, os acórdãos proferidos nos Recursos Extraordinários nºs 10.042, de 29-4-46, 59.737, de 24-9-68, e 63.206, de 1º-3-68.

Em todos esses julgados parte o STF do pressuposto de que, na tradição do nosso direito, os terrenos marginais sempre foram do domínio público, de modo que o único título hábil para a sua transferência para o domínio privado é a concessão pelo poder público. Qualquer outro título seria inábil para esse fim.

Partindo do pressuposto de que, quando da descoberta do Brasil, todos os bens eram públicos, do domínio da coroa, e que os mesmos foram passando para o domínio privado mediante concessões, vendas e doações, a conclusão lógica é a de que os únicos títulos que legitimavam a propriedade de particulares sobre os terrenos reservados seriam aqueles filiados a aquisições feitas pelo poder público, conforme demonstrou

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (in RDA 6/24-40), com base nas leis imperiais e na doutrina.

A Súmula nº 479 refere-se a julgados em que os pretensos proprietários dos imóveis apresentavam títulos de aquisição não emanados do poder público e, por isso mesmo, considerados bens públicos insuscetíveis de desapropriação. No entanto, nos casos em que os títulos são legítimos, porque representados por concessão feita pelo poder público, a referida súmula não tem aplicação, de modo que, se o bem for desapropriado, a indenização deverá abranger a faixa correspondente aos chamados terrenos reservados, que estavam no domínio útil do particular.

Não assiste razão a Hely Lopes Meirelles (1995:466) quando diz que os terrenos reservados são terras particulares, apenas oneradas com servidão pública ou administrativa.

Os terrenos reservados podem ser bens públicos ou bens particulares.

Há uma presunção em favor da propriedade pública, devido à própria história das terras no Brasil: todas pertenciam à coroa. Essa presunção se desfaz nos casos concretos em que particulares demonstrem que receberam essas terras por concessão (aforamento) do poder público. Nesse caso, serão bens particulares: se a concessão foi feita antes da Lei nº 1.507, de 1867, tais terrenos estarão livres de servidão; se a concessão foi feita posteriormente, estarão onerados com a servidão de trânsito instituída por essa lei, visando ao aproveitamento industrial das águas e de energia hidráulica, bem como utilização da navegação do rio (cf. Di Pietro, 1978:117-128).

Uma parte dos terrenos reservados, chamada terrenos marginais, é de propriedade da União, por força do artigo 1º, b e c, do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46; de acordo com esse dispositivo, incluem-se entre os bens imóveis da União:

- a) os terrenos marginais dos rios navegáveis, em Territórios Federais se, por qualquer título legítimo, não pertencerem a particular;
- b) os terrenos marginais de rios e ilhas nestes situadas, na faixa da fronteira do território nacional e nas zonas onde se faça sentir a influência das marés.

E o artigo 46 define os terrenos marginais como os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias. O conceito é idêntico ao de terreno reservado, contido no artigo 14 do Código de Águas, já transcrito, do que se deduz que as expressões são sinônimas. Combinando-se as disposições dos artigos 11 e 31 do Código de Águas e 1º e 4º do Decreto-lei nº 9.760, os terrenos reservados pertencem, em regra, aos Estados, salvo os terrenos marginais que se situam nos Territórios Federais e na faixa de fronteira (que pertencem à União) e os que se encontram em poder dos particulares, por título legítimo (aforamento).

A Constituição, no artigo 20, III, inclui os terrenos marginais no domínio da União; entende-se que a referência abrange aqueles mencionados como tais pelo artigo 1º, b e c, do Decreto-lei nº 9.760.

16.8.3 Terrenos de marinha e seus acrescidos

Terrenos de marinha são os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças craveiras (33 metros), para a parte da terra, contadas desde o ponto em que chega o preamar médio (art.13 do Código de Águas).

Nos termos do mesmo dispositivo, esse ponto refere-se ao estado do lugar no tempo da execução do artigo 15, § 4º, da Lei de 15-11-1831.

Embora os conceitos façam referência às margens dos rios navegáveis, elas somente são incluídas no conceito de terreno de marinha se forem atingidas pela influência das marés, porque, em regra, as margens dos rios entram no conceito de terrenos reservados. Muita controvérsia já se lavrou sobre qual a pessoa jurídica a que pertencem os terrenos de marinha. Hoje a Constituição os inclui entre os bens da União (art. 20, VII).

Têm a natureza de bens dominicais, uma vez que podem ser objeto de exploração pelo poder público, para obtenção de renda. Sua utilização pelo particular se faz sob regime de aforamento ou enfiteuse, pelo qual fica a União com o domínio direto e transfere ao enfiteuta o domínio útil, mediante pagamento de importância anual, denominada foro ou pensão. A matéria está regulamentada pelo Decreto-lei nº 9.760 e alterações posteriores. A Constituição de 1988 revela a intenção de extinguir a enfiteuse, no artigo 49 das Disposições Transitórias; o dispositivo faculta aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto; porém, determina que o mesmo instituto continuará a ser adotado nos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.

Note-se que a Constituição, nos dois dispositivos citados, faz menção aos terrenos de marinha e seus acrescidos, que também pertencem à União.

Os terrenos acrescidos são definidos pelo artigo 3º do Decreto-lei nº 9.760 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”.

Os terrenos acrescidos, como se verifica por esse dispositivo, tanto se formam para o lado do mar, em acréscimo aos terrenos de marinha, como para o lado do rio, em acréscimo aos terrenos reservados. Os primeiros pertencem à União (art. 20, VII, da Constituição).

Os segundos podem pertencer ao particular ou constituir patrimônio público. Pelo artigo 538 do CC, os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais ou pelo desvio das águas, ainda que estes sejam navegáveis, pertencem aos donos dos terrenos marginais”. Porém, esse dispositivo foi alterado pelo Código de Águas, que faz a seguinte distinção, nos artigos 16, § 2º, e 17: os acréscimos que se formarem nas águas públicas dominicais são públicos dominicais se não estiverem destinados ao uso comum ou se por algum título legítimo não forem do domínio particular; e os acréscimos formados às margens das correntes comuns ou das correntes públicas de uso comum pertencem aos proprietários ribeirinhos.

Os terrenos acrescidos são formados por aluvião ou artificialmente; o artigo 16 do Código de Águas define aluvião como “os acréscimos que sucessiva e imperceptivelmente se formarem para a parte do mar e das correntes, aquém do ponto a que chega o preamar médio, ou do ponto médio das enchentes ordinárias, bem como a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas”.

Conforme ensina Antônio de Pádua Nunes (1980, v.1:66), o dispositivo permite distinguir entre a aluvião própria, resultante dos acréscimos, e a aluvião imprópria, decorrente do afastamento das águas.

16.8.4 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

Pelo artigo 20, XI, da Constituição, são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O artigo 231, § 1º, define como tal as terras habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Segundo José Afonso da Silva (1989:716), a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” não revela uma relação temporal; “não se trata de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas”. Para o autor, “o tradicionalmente refere-se ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc.”

Os direitos que a Constituição assegura aos índios sobre as terras são a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º). A posse não é a de que trata o Código Civil; “não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessio ab origine que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio” (cf José Afonso da Silva, 1989 : 718).

Embora a Constituição assegure aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras por eles ocupadas, o § 3º do artigo 231 permite que, mediante autorização do Congresso Nacional e ouvidas as comunidades afetadas, seja feito o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, assegurada aos índios participação nos resultados da lavra, por forma a ser disciplinada em lei.

As terras indígenas são bens públicos de uso especial; embora não se enquadrem no conceito do artigo 66, II, do CC, a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme previsto no § 4º do artigo 231, permite incluí-las nessa categoria de bens.

Os índios são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art. 232), mas cabe à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231).

6.8.5 Terras devolutas

16.8.5.1 EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL NO BRASIL

Segundo Igor Tenório (1984:25), a história da propriedade rural, no Brasil, compreende quatro fases: a de sesmarias, a de posses, a que se inicia com a Lei de Terras (Lei nº 601, de 18-9-1850) e a que tem por marco a instauração da República, com a Constituição de 1891.

No início, todas as terras existentes no Brasil eram públicas e pertencentes a Portugal.

A primeira medida adotada com vistas à colonização foi a divisão das terras em capitanias hereditárias, incluindo entre os direitos outorgados aos donatários o de distribuir sesmarias, assim consideradas as glebas de terras públicas que eram concedidas aos particulares interessados em cultivá-las, mediante o pagamento de uma renda calculada sobre os frutos; a concessão de sesmarias, feita sob regime enfiteutico, gerou os grandes latifúndios, em sua maior parte inexplorados, não produzindo, portanto, os resultados que se pretendia.

Em 1822, pouco antes da Independência, foi suspensa a concessão de sesmarias, iniciando-se a segunda fase, de ocupação; como não havia legislação disciplinando o uso das terras, as pessoas tomavam posse e começavam a cultivá-las; a partir de então, a morada habitual e o cultivo da terra passaram a ser considerados fatores essenciais à legitimidade da posse. Desse modo, enquanto o regime de sesmarias favoreceu os grandes proprietários, que acabavam por não cultivar adequadamente a terra, o período de ocupação beneficiou o pequeno colono que, fazendo da terra sua morada habitual, cultivava-a com o próprio trabalho e o de sua família.

Com o intuito de regularizar a situação das terras públicas, evitar abusos no apossamento e legitimar as ocupações, foi promulgada a primeira lei de terras no Brasil - a Lei nº 601, de 18-9-1850. A principal intenção que decorria da lei era a de legitimar as posses que apresentassem os requisitos da morada habitual e cultivo da terra (art. 5º). Mesmo com relação às sesmarias concedidas irregularmente, podiam ser revalidadas desde que apresentassem os mesmos requisitos da cultura efetiva e morada habitual.

A lei proibiu o apossamento de novas terras (art. 2º) e “as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”, salvo nas zonas de fronteira com outros países, em uma zona de dez léguas, local onde seriam possíveis as doações (art. 1º).

O artigo 3º dessa lei define como terras devolutas:

“§ 1º as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;

§ 2º 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 incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;

§ 3º as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei;

§ 4º as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas por esta lei.”

Vale dizer que, pelo conceito legal, terras devolutas eram terras vagas, abandonadas, não utilizadas quer pelo poder público quer por particulares. Essa concepção corresponde ao sentido etimológico do vocábulo “devoluto”: devolvido, vazio, desocupado.

Excluía-se do conceito de terras devolutas: as utilizadas pelo poder público, as que fossem objeto de sesmarias legítimas ou mesmo de sesmarias ilegítimas, porém revalidáveis, e as que fossem objeto de posse (morada e cultivo). As demais eram consideradas devolutas. Não se pode dizer que fossem terras sem dono, porque pertenciam ao patrimônio público, que poderia vendê-las ou doá-las (art. 1º).

Já com essa lei teve origem o processo de discriminação de terras devolutas; o artigo 10 determinava que o Governo adotasse o modo prático de extremar o domínio público do particular.

A quarta fase da evolução do regime de terras se inicia com a Constituição de 1891, que reservou para a União a porção de terras indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais; transferiu as demais aos Estados.

O Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, define as terras devolutas federais em seu artigo 5º: “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 incorporaram ao domínio privado:

- a) por força da Lei nº 601, de 18-9-1850, Decreto nº 1.318, de 30-1-1854, 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 anos;
- f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 anos, independentemente de justo título e boa-fé;
- g) por força de sentença declaratória nos termos do artigo 148 da Constituição Federal, de 10-11-1937”.

Note-se que esse decreto foi promulgado na vigência da Constituição de 1937, que previa o usucapião pro labore; daí a referência à “sentença declaratória nos termos do artigo 148 da Constituição de 1937”.

Aumentou, consideravelmente, o rol das terras pertencentes a particulares, já que se reconheceram como legítimas todas as hipóteses de transferência mencionadas nesse dispositivo.

Mas o conceito de terras devolutas continuou sendo residual: são assim consideradas aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado.

16.8.5.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

As terras devolutas constituem uma das espécies do gênero terras públicas, ao lado de tantas outras, como terrenos reservados, terrenos de Marinha, terras dos índios, ilhas etc. Elas integram a categoria de bens dominicais, precisamente pelo fato de não terem qualquer destinação pública. Isto significa que elas são disponíveis.

Contudo, o artigo 225, § 5º, da Constituição de 1988, trouxe uma inovação, ao estabelecer que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Dois aspectos merecem realce nesse dispositivo: primeiro, o fato de dar a esses bens o caráter de indisponibilidade, colocando-os sob regime jurídico idêntico ao dos bens de uso comum do povo e de uso especial; segundo, o fato de mencionar, como coisas distintas, as terras devolutas e as terras arrecadadas pelos Estados por ações discriminatórias; dá a impressão de que as que somente são terras devolutas não foram ainda objeto de ação discriminatória. O que parece evidente é que o constituinte quis deixar claro que todas elas, mesmo que não arrecadadas por aquele processo, são indisponíveis.

Isto não significa que as terras devolutas deixem de sê-lo depois de “arrecadadas”. Elas continuam como tais enquanto não forem destinadas a algum uso público, passando a integrar a categoria de bem de uso especial.

Continua válido o conceito residual de terras devolutas como sendo todas as terras existentes no território brasileiro, que não se incorporaram legitimamente ao domínio particular, bem como as já incorporadas ao patrimônio público, porém não afetadas a qualquer uso público.

A primeira parte do conceito abrange as terras que ainda não foram objeto de processo discriminatório; corresponde ao sentido originário da expressão, ligado ao sentido etimológico de devoluto: vago, sem dono. A segunda parte compreende as terras que já foram incorporadas ao patrimônio público.

O problema concernente ao conceito de terras devolutas e à sua abrangência é da maior relevância em matéria de usucapião. Ressalvado o período anterior ao Código Civil e alguns períodos em que se admitiu o usucapião por labore (Constituições de 1934, 1937 e 1946) e o usucapião especial (Lei nº 6.969, de 10-12-71), a regra, no direito brasileiro, tem sido a de proibição de usucapião de bens públicos, hoje acolhida, sem exceções de qualquer espécie, na Constituição de 1988 (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único).

Com relação às terras já incorporadas ao patrimônio público, não há dúvida quanto à impossibilidade de usucapião. Quanto às demais é que surgem controvérsias na jurisprudência, até mesmo no âmbito do STE

Em alguns acórdãos prevaleceu a tese de que existe uma presunção em favor da propriedade pública, cabendo ao interessado provar que a terra era do domínio particular; em outros, adotou-se o entendimento oposto, no sentido de que cabe ao poder público fazer a prova de que se trata de terra devoluta, não sendo a simples ausência de transcrição imobiliária em nome de terceiros suficiente para essa finalidade (cf. Tenório, 1984: 54-56).

A primeira tese nos parece juridicamente a mais correta, embora a segunda favoreça o acesso do particular às terras públicas. Há que se ter em vista que as terras devolutas sempre foram definidas de forma residual, ou seja, por exclusão: são devolutas porque não entraram legitimamente no domínio particular ou porque não têm qualquer destinação pública. E existe, indubitavelmente, uma presunção em favor da propriedade pública, graças à origem das terras no Brasil: todas elas eram do patrimônio público; de modo que, ou os particulares as adquiriram mediante concessão, doação, venda, legitimação de posse ou usucapião (no período permitido), ou elas realmente têm que ser consideradas públicas e insuscetíveis de usucapião.

Trata-se de presunção juris tantum, cabendo ao interessado em adquiri-la por usucapião provar que a terra não é devoluta, porque adquirida por particular por meio de título legítimo. O Estado nada tem que provar, mesmo porque não há meios de prova hábeis para demonstrar que a terra não é de particular, a não ser por meio da ação discriminatória.

É irrepreensível o voto do Ministro Rodrigues Alckmin no Recurso Extraordinário nº 72.020, de São Paulo: “não cabe ao estado provar que determinada gleba é devoluta: cabe a quem a afirma no domínio particular o ônus da prova...” Na ementa está dito que “terras devolutas se conceituam por exclusão: são devolutas as terras que nunca entraram, legitimamente, no domínio particular”.

16. 8. 5. 3 TITULARIDADE

As terras devolutas, quanto à titularidade, passaram por diferentes fases: no período colonial, pertenciam a Portugal; na época imperial, pertenciam à Coroa; com a proclamação da República, a Constituição de 1891 transferiu-as para o Estado, reservando para a União apenas as indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais (art. 34). Também a Constituição de 1946 incluiu entre os bens da União aquela mesma porção de terras devolutas (art. 4º, I).

A Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 17-10-69, reservou para a União “a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais” (art. 4º, I).

A Constituição de 1988, no artigo 20, inciso II, inclui entre os bens da União “as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”.

De um lado, houve uma definição mais restritiva, pois, ao invés de falar em termos genéricos e imprecisos, em segurança e desenvolvimento, já diz, usando o mesmo critério da Constituição de 1891, que necessárias a esses fins são apenas aquelas expressamente mencionadas. Porém, de outro lado, houve uma ampliação, ao incluir entre os bens da União as terras indispensáveis à preservação ambiental.

Parece que, com relação a esses bens por último mencionados, houve uma reversão, ao domínio público federal, de terras devolutas antes pertencentes aos Estados. Caberá à lei definir quais sejam esses bens; a eles é que se aplica o artigo 225, § 5º, da Constituição.

No Estado de São Paulo, parte das terras devolutas que lhe foram transferidas pela Constituição de 1891 passou para os Municípios. A Lei de Organização Municipal (Lei nº 16, de 13-11-1891) concedeu às municipalidades, para a formação de cidades, vilas e povoados, “as terras devolutas adjacentes às povoações de mais de mil almas em raio de círculo de seis quilômetros a partir da praça central” (cf. Hely Lopes Meirelles, 1989:455). Em 1945, pelo Decreto nº 14.916, de 6-8-45, esse raio foi aumentado para 12 km no Município da Capital e 8 km nos demais. Pelo Decreto-lei Complementar nº 9, de 31-12-69 (Lei Orgânica dos Municípios), acrescentou-se ao patrimônio municipal a porção de terras devolutas situadas no raio de 6 km dos seus distritos (art. 60, parágrafo único). A atual Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 4-4-90, no artigo 110, § 1º, determina que “pertencem ao patrimônio municipal as terras devolutas que se localizem dentro dos seus limites”, o que tem que ser interpretado em consonância com as normas citadas, da Constituição Federal e rejeitando as que forem do patrimônio do Estado de São Paulo.

16.8.5.4 PROCESSO DE DISCRIMINAÇÃO

A matéria concernente ao processo de discriminação de terras devolutas foi disciplinada pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, que previu uma fase administrativa e uma fase judicial. A Lei nº 3.081, de 22-12-56, previu apenas o processo judicial de discriminação; posteriormente, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64) restabeleceu a instância administrativa, regida pelo Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com referência aos bens da União. Hoje a matéria está disciplinada pela Lei nº 6.383, de 7-12-76, que prevê também o processo administrativo e o processo judicial. Essa lei aplica-se, no que couber, às terras devolutas estaduais, conforme determina o artigo 27. O objetivo do processo discriminatório é separar as terras públicas das particulares, mediante verificação da legitimidade dos títulos de domínio particulares, apurando, por exclusão, as terras do domínio público.

Desde a Lei nº 601, de 1850, a intenção, ao criar-se o procedimento de discriminação de terras devolutas, sempre foi a de legitimar as posses que apresentassem os requisitos da cultura efetiva e morada habitual. Por essa razão, uma vez concluído o processo de discriminação, o poder público faz a legitimação de posse em benefício daqueles que preencham os requisitos legais previstos no artigo 29 da Lei nº 6.383, entregando o título de domínio em favor do possessor.

Tanto o processo administrativo de discriminação como o judicial compreendem uma fase de chamamento dos interessados e uma fase de demarcação.

Na primeira fase da instância administrativa é feito o chamamento, por edital, de todos os interessados em áreas situadas em perímetro previamente descrito, para que apresentem os seus títulos de domínio, documentos, informações e, se for o caso, testemunhas.

Encerrado o prazo, o poder público deverá pronunciar-se sobre os elementos apresentados pelos interessados; em relação às áreas que ensejarem dúvidas quanto à legitimidade do título, será proposta ação judicial; com referência aos títulos legítimos, será lavrado o termo cabível.

Depois disso, inicia-se a segunda fase, de demarcação, na qual serão delimitadas, com auxílio de peritos, as terras consideradas devolutas, as que foram consideradas do domínio particular (tanto as já registradas como as reconhecidas nesse processo), as terras que possam ser objeto de legitimação de posse (pela presença dos requisitos da cultura efetiva e morada habitual) e as terras cujos títulos suscitem dúvidas.

Concluído o processo, serão registradas, como bens públicos, as terras devolutas discriminadas.

O processo judicial, conforme artigo 19 da Lei nº 6.383, é instaurado quando o processo administrativo for dispensado ou interrompido por presumida ineficácia; contra aqueles que não atenderam ao chamamento; e quando ocorrer o atentado a que se refere o artigo 25: alteração, depois de iniciado o processo administrativo, das divisas da área discriminada, a derrubada da cobertura vegetal, a construção de cercas e transferências de benfeitorias a qualquer título, sem consentimento do poder público.

O processo judicial segue o rito sumaríssimo (art. 20) e tem caráter preferencial e prejudicial em relação às ações em andamento, referentes a domínio ou posse de imóveis, no todo ou em parte, na área discriminada, determinando o imediato deslocamento da competência para a Justiça federal (quando se tratar de terras da União). No processo judicial, também há uma fase de chamamento, em que se faz a

citação por edital (art. 20, § 2º). Pela sentença, o juiz define quais os títulos legítimos apresentados pelos interessados; por exclusão, definem-se as terras devolutas.

Da sentença que faz a discriminação cabe apelação com efeito devolutivo; com isto, inicia-se a demarcação, ainda que em execução provisória da sentença, que vale para efeitos de registro, como título de propriedade (art. 22).

16.8.6 Faixa de fronteira

É designada como faixa de fronteira a área de 150 km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, considerada indispensável à segurança nacional.

A faixa de fronteira é prevista desde a Lei nº 601, de 1850, cujo art. 1º fixava uma largura de dez léguas. Essa faixa foi fixada depois em 100 km (Decreto nº 24.643, de 10-7-34, art. 29, I, c); depois passou a ser de 150 km (Decreto-lei nº 852, de 11-11-38, art. 2º, V); atualmente, é mantida essa largura pela Lei nº 6.634, de 2-5-79.

Desde a Constituição de 1891 foi definida como pertencente à União a porção do território indispensável à defesa das fronteiras. Pela Constituição atual, são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras (art. 20, II).

Isto não quer dizer que todas as terras situadas na faixa de fronteira sejam públicas e de propriedade da União; a Constituição faz referência às terras devolutas. Existem terras particulares nessa faixa, que ficam sujeitas a uma série de restrições estabelecidas em lei, em benefício da segurança nacional.

O artigo 91, § 1º, III, da Constituição dá ao Conselho de Defesa Nacional competência para “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 e nas relacionadas com a preservação e exploração dos recursos naturais de qualquer tipo”. Além disso, o artigo 20, § 2º, determina que a faixa de 150 km de largura, ao longo das fronteiras, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

As restrições ao uso e alienação das áreas situadas na faixa de fronteira são as estabelecidas na Lei nº 6.634, de 2-5-79.

16.8.7 Ilhas

De acordo com o artigo 20, IV da Constituição, são bens da União as ilhas fluviais e lacustres situadas nas zonas limítrofes com outros países, bem como as ilhas oceânicas e as costeiras que não estiverem no domínio dos Estados (art. 26, II).

Pertencem aos Estados as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros (art. 26, II); o dispositivo deixa implícita a possibilidade de algumas áreas, nessas ilhas, pertencerem a particulares.

Além disso, pertencem também aos Estados “as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União” (art. 26, III); ou seja, ficam excluídas do domínio dos Estados as ilhas situadas nas zonas limítrofes com outros países.

Ao falar em ilhas fluviais e lacustres, quer-nos parecer que a Constituição somente se refere àquelas que se formam nas águas públicas; as situadas em águas particulares a estes pertencem, conforme artigo 23 do Código de Águas.

As ilhas públicas podem constituir bens dominicais ou de uso comum do povo, conforme estabelece o artigo 25 do Código de Águas.

16.8.8 Águas públicas

O Código de Águas classifica as águas em quatro categorias:

- a) águas públicas;
- b) águas comuns;
- c) águas particulares;
- d) águas comuns de todos.

As águas públicas, por sua vez, podem ser de uso comum ou dominicais (art. 1º).

O artigo 2º indica as águas públicas de uso comum:

- a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos;
- b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis;
- c) as correntes de que se façam estas águas;
- d) as fontes e reservatórios públicos;
- e) as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que os mesmos influam na navegabilidade ou fluviabilidade.

São também águas públicas de uso comum todas as situadas em zonas periodicamente assoladas pelas secas, nos termos e de acordo com a legislação especial sobre a matéria (art. 5º do Código).

Cretella Júnior (1984:203), citando Sayagués Laso, define mar territorial como “a zona do mar contígua à costa sobre a qual os Estados ribeirinhos exercem soberania”.

Integra-se no domínio da União (art. 20, VI, da Constituição) e está fixado numa faixa de doze milhas marítimas de largura, conforme artigo 1º da Lei nº 8.167, de 4-1-93 (v item 15.4.3).

Com relação às demais águas públicas mencionadas no artigo 2º, o critério de definição é sempre o de navegabilidade ou fluviabilidade. De acordo com o artigo 6º do Decreto-lei nº 2.281, de 5-6-1940, é navegável “o curso d’água no qual, pleníssimo flumine, isto é, coberto todo o álveo, seja possível a navegação por embarcações de qualquer natureza, inclusive jangadas, num trecho não inferior à sua largura; para os mesmos efeitos, é navegável o lago ou lagoa que, em águas médias, permita a navegação, em iguais condições, num trecho qualquer de sua superfície”.

E fluviável é “o curso em que, em águas médias, seja possível o transporte de achas de lenha, por flutuação, num trecho de comprimento igual ou superior a cinquenta vezes a largura média do curso no trecho” (art. 6º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.281, de 1940).

Águas públicas dominicais são “todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns” (art. 6º do Código de Águas).

Águas comuns são as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam (art. 7º do Código de Águas).

Águas particulares definem-se por exclusão: são as situadas em terrenos particulares, desde que não estejam classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as comuns (art. 8º do Código de Águas).

Quanto ao domínio das águas públicas, a Constituição, no art. 20, inclui entre os bens da União, “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 territórios estrangeiros ou deles provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais (inciso III) ; e o mar territorial (inciso VI)”.

Aos Estados pertencem “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União” (art. 26, I, da Constituição).

Nada diz a Constituição sobre rios pertencentes aos Municípios, ficando revogado o artigo 29 do Código de Águas na parte em que a eles atribuía as águas situadas “em seus territórios, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação dos Estados”.

A competência para legislar sobre águas foi reservada privativamente à União pelo artigo 22, IV da Constituição; além disso, a ela foi dada a atribuição de “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, XIX).

Isto, contudo, não impede os Estados de estabelecerem normas sobre o policiamento de suas águas, visando a sua proteção, pois o artigo 24, inciso VI, da Constituição lhes defere competência concorrente com a União para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

Por isso mesmo, não ferem a Constituição Federal as normas da Constituição paulista referentes a recursos hídricos, contidas nos artigos 205 a 213, e que visam, em síntese, o seu adequado aproveitamento; a proteção contra poluição, super exploração e erosão; a destinação de recursos públicos para os serviços de proteção às águas.

16.8.9 Minas e jazidas

& 16.8.9.1 CONCEITO

Jazida é “toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico”; esse conceito é dado pelo artigo 6º do Decreto nº 62.934, de 2-7-68, que aprovou o Regulamento do Código de Mineração (Decreto-lei nº 227, de 28-2-67). Mina é a jazida em lavra.

A jazida é fenômeno geológico, da natureza, enquanto a mina é o resultado de exploração da jazida, traduzindo uma atividade econômica e produtiva.

16.8.9.2 SISTEMAS DE EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO DAS JAZIDAS

Existem vários sistemas jurídicos concernentes à exploração e aproveitamento de jazidas:

1. sistema fundiário ou da acessão: atribui a propriedade da jazida ao proprietário do solo, cabendo ao Estado apenas a fiscalização, com base em seu poder de polícia; parte do conceito de propriedade de modo a abranger o solo, o subsolo e o espaço aéreo;
2. sistema dominial ou regaliano: a propriedade do subsolo distingue-se da propriedade do solo para fins de exploração; desse modo, as jazidas constituem propriedade da Coroa, que pode explorá-las diretamente ou mediante autorização ou concessão a terceiros, que ficam obrigados a pagar uma compensação pelo direito de exploração;
3. sistema da res nullius ou sistema industrial: os recursos naturais não pertencem a ninguém, razão pela qual cabe ao Estado conceder a sua exploração;
4. sistema da ocupação: a jazida cabe àquele que a descobrir, ou seja, ao seu primeiro ocupante, que tem o direito de explorá-la;
5. sistema da acessão: a jazida pertence ao Estado, que poderá conceder ao particular a sua exploração e aproveitamento.

16.8.9.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No período colonial e durante o regime das Ordenações Filipinas, a propriedade das jazidas era da Coroa; a sua exploração era feita pelo regime regaliano, devendo o concessionário pagar o “quinto”.

Com a Independência, a Lei de 20-10-1823 mandou que se aplicassem no Brasil as leis portuguesas, de modo que o regime continuou o mesmo, pertencendo as minas à Nação. A Constituição de 1891 adotou o sistema fundiário ou da acessão, pelo qual as minas pertencem ao proprietário do solo. Em consonância com esse sistema, o artigo 526 do CC veio determinar que a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda profundidade, úteis ao seu exercício, só podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais que não tenha interesse algum em impedi-los.

O sistema foi prejudicial porque inexistia qualquer legislação disciplinando a atividade minerária, provocando o declínio da indústria extrativa.

A partir do Código de Minas de 10-7-1934, passou a vigorar o sistema da concessão, em que as jazidas constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Esse Código só foi publicado em 20 de julho, quando já estava em vigor a Constituição de 1934, que consagrou o sistema da concessão e assegurou ao proprietário do solo preferência na exploração ou co-participação nos lucros (art.119, § 1º).

A Constituição de 1937 manteve a mesma sistemática, apenas exigindo que a concessão fosse dada a brasileiros ou a empresas constituídas por acionistas brasileiros.

Na Constituição de 1946 manteve-se o sistema da concessão, porém se extinguiu o direito à participação nos lucros, mantendo-se para o proprietário apenas o direito de preferência.

A Constituição de 1967 extinguiu o direito de preferência e instituiu o regime de participação do proprietário do solo nos resultados da lavra; este pode requerer o direito de pesquisa e lavra, porém em igualdade de condições com terceiros. A escolha é feita pelo direito de prioridade, ou seja, pela antecedência do pedido.

16.8.9.4 SISTEMA ATUAL

Na Constituição atual, o artigo 176 determina que “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeitos de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

Ao proprietário do solo o § 2º assegura participação nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. Além disso, o artigo 20, § 1º, assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da

Administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

A pesquisa e a lavra dependem da autorização ou concessão da União e só podem ser dadas, no interesse nacional, a brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País, na forma da

lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (art. 176, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15-8-95).

Nos termos do § 3º do artigo 176, a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado e as autorizações e concessões não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

16.8.9.5 REGIME DE EXPLORAÇÃO

O artigo 11 do Decreto nº 62.934, de 1968, estabelece os regimes de exploração que compreendem: autorização, concessão, licenciamento, matrícula e monopólio.

A autorização é dada, mediante alvará do Ministro das Minas e Energia, no caso de pesquisa, a qual tem por objetivo a execução de trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e determinação sobre exeqüibilidade de seu aproveitamento econômico. No final dos trabalhos, o titular deve apresentar relatório das atividades, concluindo sobre a qualidade do minério. Aprovado o relatório, ele terá o prazo de um ano para requerer a concessão da lavra; findo esse prazo, caduca o seu direito.

A concessão é dada por decreto do Presidente da República, para a execução dos trabalhos de lavra, ou seja, de aproveitamento industrial das jazidas, a começar pela extração das substâncias minerais úteis até o seu beneficiamento. Só pode ser dada para área já pesquisada; pode ser objeto de alienação e oneração mediante autorização do poder concedente.

O licenciamento é utilizado pelo proprietário do solo ou quem seja por ele autorizado, para o aproveitamento das jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil (preparo de argamassas, de agregados, pedras de talhe); somente é

possível, portanto, quando não se destine à indústria de transformação. Se, no curso dos trabalhos, for descoberta substância enquadrável nessa hipótese, o interessado terá que passar para os regimes de autorização e de concessão.

A matrícula é utilizada para o aproveitamento definido como garimpagem, fiação ou cata.

O regime de monopólio é disciplinado por leis especiais e compreende, nos termos do artigo 177 da Constituição, a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

A partir da Emenda Constitucional nº 9, de 9-11-95, que alterou o § 1º do artigo 177 da Constituição, a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV observadas as condições estabelecidas em lei.

Capítulo 17

Controle da Administração Pública

17.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos.

Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo.

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele na medida em que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos.

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

17.2 ESPÉCIES

Vários critérios existem para classificar as modalidades de controle.

Quanto ao órgão que o exerce, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial.

Quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior.

Exemplos de controle prévio (a priori) existem inúmeros na própria Constituição Federal, quando sujeita à autorização ou aprovação prévia do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas determinados atos do Poder Executivo (cf. arts. 49, II, III, XV XVI e XVII, e 52, III, IV e V); é um controle preventivo, porque visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público.

O controle concomitante, como o próprio nome diz, acompanha a atuação administrativa no momento mesmo em que ela se verifica; é o que acontece com o acompanhamento da execução orçamentária pelo sistema de auditoria; ainda com a

fiscalização que se exerce sobre as escolas, hospitais e outros órgãos públicos prestadores de serviços à coletividade. O controle posterior tem por objetivo rever os atos já praticados, para corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los; abrange atos como os de aprovação, homologação, anulação, revogação, convalidação. O controle ainda pode ser interno ou externo, consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração direta sobre a indireta.

A Constituição Federal, no capítulo concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71) e o controle interno que cada Poder exercerá sobre seus próprios atos (arts. 70 e 74). Esse controle interno é feito, normalmente, pelo sistema de auditoria, que acompanha a execução do orçamento, verifica a legalidade na aplicação do dinheiro público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional.

O artigo 74 da Constituição inova de várias maneiras: primeiro, ao deixar claro que cada um dos Poderes terá um sistema de controle interno; segundo, ao prever que esse sistema se exercerá de forma integrada entre os três Poderes; terceiro, ao estabelecer a responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle quando, ao tomarem conhecimento de irregularidade, deixarem de dar ciência ao Tribunal de Contas (§ 1º); finalmente, ao colocar o Tribunal de Contas como uma espécie de ouvidor geral a quem os cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos podem denunciar irregularidades ou ilegalidades (§ 2º).

O controle ainda pode ser de legalidade ou de mérito, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada. O primeiro pode ser exercido pelos três Poderes; o segundo cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo.

17.3 CONTROLE ADMINISTRATIVO

17.3.1 Conceito e alcance

Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação. Na esfera federal, esse controle é denominado de supervisão ministerial pelo Decreto-lei nº 200 de 25-2-67.

Abrange os órgãos da Administração direta ou centralizada e as pessoas jurídicas que integram a Administração indireta ou descentralizada.

O controle sobre os órgãos da Administração direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Esse poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário em cujo âmbito foram formuladas as súmulas 346 e 473, pelo STF; nos termos da primeira a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos; e, em conformidade com a segunda, “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”.

O poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que negar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito.

Esse controle sobre os próprios atos pode ser exercido ex officio, quando a autoridade competente constatar a ilegalidade de seu próprio ato ou de ato de seus subordinados; e pode ser provocado pelos administrados por meio dos recursos administrativos.

O controle sobre as entidades da Administração indireta, também chamado de tutela, é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu. Esses limites dizem respeito aos órgãos encarregados do controle, aos atos de controle possíveis e aos aspectos sujeitos ao controle. Este tema não será aqui tratado, porque já analisado no capítulo concernente à Administração indireta.

17.3.2 Recursos administrativos

17.3.2.1 CONCEITO, EFEITOS E FUNDAMENTO

Recursos administrativos são todos os meios que podem utilizar os administrados para provocar o reexame do ato pela Administração Pública.

Eles podem ter efeito suspensivo ou devolutivo; este último é o efeito normal de todos os recursos, independentemente de norma legal; ele devolve o exame da matéria à autoridade competente para decidir. O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo.

Segundo Hely Lopes Meirelles (1996:582), o recurso administrativo com efeito suspensivo produz de imediato duas consequências fundamentais: o impedimento da fluência do prazo prescricional e a impossibilidade jurídica de utilização das vias judiciárias para ataque ao ato pendente de decisão administrativa.

Com efeito, quando a lei prevê recurso com efeito suspensivo, o ato não produz efeito e, portanto, não causa lesão, enquanto não decidido o recurso interposto no prazo legal. Não havendo lesão, faltará interesse de agir para a propositura da ação. Ocorre, no entanto, que ninguém é obrigado a recorrer às vias administrativas de modo que, querendo, pode o interessado deixar exaurir o prazo para recorrer e propor ação judicial, isto porque, exaurido aquele prazo, o ato já começa a causar lesão. A partir daí, começa a correr a prescrição judicial e surge o interesse de agir para ingresso em juízo.

A Constituição de 1967, no artigo 153, § 4º, previa a possibilidade de a lei instituir a exaustão das vias administrativas como condição para propositura de ação. Essa exigência não chegou a ser disciplinada e não foi repetida na Constituição de 1988. O que se exige é apenas a ocorrência de lesão ou ameaça a direito, com base no artigo 5º, XXXV da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No recurso sem efeito suspensivo, o ato, ainda que possa vir a ser corrigido pela própria autoridade Administrativa, produz lesão a partir do momento em que se torna exequível; a prescrição começa a correr e o interessado pode propor ação judicial independentemente da propositura ou não de recurso administrativo.

Os recursos administrativos têm duplo fundamento constitucional: artigo 5º, incisos XXXIV e LV.

Este último assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O inciso XXXIV por sua vez, na alínea a, garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O direito de petição (right of petition) teve origem na Inglaterra, durante a Idade Média. Ele serve de fundamento a pretensões dirigidas a qualquer dos Poderes do Estado, por pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, na defesa de direitos individuais ou interesses coletivos.

Conforme ensinamento de José Afonso da Silva (1989:382), “é importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação”. Acrescenta que “a Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente do direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o artigo 5º, XXXN, a. Cabe, contudo, o Processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso conforme disposto na Lei nº 4.898/65”.

Como a Constituição assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas, não mais têm fundamento as normas legais que exigiam a chamada “garantia de instância” para interposição de recursos administrativos, ou seja, o depósito de quantias em dinheiro como condição para decisão do recurso.

17.3.2.2 MODALIDADES

Dentro do direito de petição estão agasalhadas inúmeras modalidades de recursos administrativos, disciplinadas por legislação esparsa, que estabelece normas concernentes a prazo, procedimento, competência e outros requisitos a serem observados pelos peticionários. É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios e da revisão. Como a legislação administrativa é esparsa, as normas sobre recursos têm que ser encontradas conforme o assunto de que se trate. Mas a inexistência de normas específicas sobre determinada matéria não impede seja dirigida pretensão à Administração Pública, sempre com base no direito de petição assegurado entre os direitos e garantias fundamentais do homem.

A representação é a denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração.

Está disciplinada pela Lei nº 4.898, de 9-12-65, quando se tratar de representação contra abuso de autoridade, definido pelos seus artigos 3º e 4º. Nesse caso, a representação é dirigida à autoridade superior que tiver competência para aplicar ao culpado a respectiva sanção, bem como ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada. A primeira determinará a instauração de inquérito para apurar o fato (art. 7º) e o segundo denunciará o réu, no prazo de 48 horas, desde que o fato constitua abuso de autoridade (art.13); não o fazendo nesse prazo, será admitida ação privada (art.16).

A Constituição Federal prevê um caso específico de representação perante o Tribunal de Contas. O artigo 74, § 2º, estabelece que “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”. A Constituição do Estado contém norma semelhante, estendendo a possibilidade da representação ser feita à Assembléia Legislativa (art. 35, § 2º).

Ainda na Constituição do Estado de São Paulo foi prevista representação dirigida ao Ministério Público. O artigo 97, inciso III, inclui entre as suas funções a de “receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa ou entidade representativa de classe, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nesta Constituição, as quais serão encaminhadas a quem de direito, e respondidas no prazo improrrogável de trinta dias”.

Entende-se que caberá ao Ministério Público adotar a medida cabível, desde que seja de sua competência, o que abrange as atribuições previstas no artigo 129 da Constituição Federal, como a de promover a ação penal pública promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações.

Não sendo matéria de sua competência, deverá o Ministério Público encaminhar a representação à autoridade competente para apreciá-la.

Não assiste razão a Hely Lopes Meirelles (1996:584) quando afirma que “a representação vale como informação de ilegalidades, a serem conhecidas corrigidas pelos meios que a Administração reputar convenientes”. A afirmação vale para as representações manifestamente infundadas, feitas por capricho ou de forma temerária. Mas a regra é que a Administração determine a apuração da irregularidade sob pena de condescendência criminosa, definida no artigo 320 do Código Penal.

Essa idéia é reforçada, agora, pelo artigo 74, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”. Infere-se que a irregularidade, nesse caso, deve referir-se a assunto referente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária a cargo do Tribunal de Contas. A própria norma do artigo 97, inciso III, da Constituição do Estado, já referida, leva à mesma conclusão.

Não pode ser deixada à discricionariedade da Administração a decisão sobre apurar ou não a irregularidade denunciada. Ela tem o poder-dever de averiguar e punir os responsáveis em decorrência da sua sujeição ao princípio da legalidade, ao qual não pode fazer sobrepor simples razões de oportunidade e conveniência. Os artigos 7º, 13 e 16 da Lei nº 4.898, já mencionada, não deixam qualquer margem à dúvida.

A reclamação administrativa está prevista no Decreto nº 20.910, de 6-1-1932, que dispõe sobre prescrição, nas esferas administrativa e judicial, em favor da Administração Pública. Ele não especifica as hipóteses em que é cabível, razão pela qual se pode dizer que a reclamação tem um sentido amplo que abrange as várias modalidades de recursos administrativos que tenham por objeto as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza (art. 1º).

A análise desse dispositivo permite concluir que ele não teve por objetivo disciplinar as hipóteses em que cabe a reclamação ou mesmo o seu procedimento, mas apenas estabelecer normas sobre “prescrição administrativa” e sua interrupção e suspensão. Por isso, pode-se dar à reclamação um conceito amplo, abrangente, não excludente de outras modalidades de recurso: reclamação administrativa é o ato pelo qual o administra do, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão.

Nos termos do artigo 6º do Decreto nº 20.910, a reclamação deve ser feita no prazo de um ano, se outro não estiver estabelecido em lei. Vale dizer que, quando houver previsão legal de determinado recurso sem estipulação de prazo, ou quando a lei não prever recurso nenhum específico, poderá o interessado valer-se da reclamação administrativa para pleitear seus direitos perante a Administração, devendo fazê-lo no prazo de um ano.

Quando feita no prazo, a reclamação suspende a prescrição a partir da entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos (art. 4º).

Pedido de reconsideração é aquele pelo qual o interessado requer o reexame do ato à própria autoridade que o emitiu. Está previsto no artigo 106 da Lei nº 8.112/90 e no artigo 239 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68); em ambas as esferas, o prazo para decisão é de 30 dias, não podendo ser renovado; só é cabível se contiver novos argumentos; caso contrário, caberá recurso à autoridade superior.

Recurso hierárquico é o pedido de reexame do ato dirigido à autoridade superior à que proferiu o ato. Pode ser próprio ou impróprio.

O recurso hierárquico próprio é dirigido à autoridade imediatamente superior, dentro do mesmo órgão em que o ato foi praticado. Ele é uma decorrência da hierarquia e, por isso mesmo, independe de previsão legal.

A Lei nº 9.784, de 29-1-99, que estabelece normas sobre o processo administrativo federal, contém algumas normas referentes ao recurso hierárquico, que assim se resumem:

1. o recurso pode ser interposto por razões de legalidade ou de mérito (art. 56);
2. é dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior (art. 56, § 1º); com isto, se elimina a necessidade de entrar previamente com pedido de reconsideração; o mesmo recurso, antes de ser dirigido à autoridade superior, já é examinado pela autoridade que praticou o ato recorrido, com possibilidade de reconsideração de sua decisão;
3. a interposição de recurso administrativo independente de caução, salvo exigência legal expressa (art. 56, § 2º);

4. o recurso administrativo tramita até o máximo de três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa (art. 57) ;
 5. têm titularidade para recorrer: I - 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 (art. 58);
 6. salvo disposição legal específica, o prazo para recorrer é, em regra, de dez dias, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59);
 7. quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente (art. 59, § 1º), podendo esse prazo ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita (§ 2º) ; apesar da fixação desse prazo, tem-se que entender que, mesmo que descumprido, a decisão tem que ser proferida, até porque o artigo 48 da mesma lei estabelece que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência; portanto, não há como conceber a hipótese de deixar a matéria sem decisão apenas por esta não ter sido proferida no prazo legal; no entanto, é evidente que a omissão da autoridade poderá sujeitá-la à responsabilidade administrativa, civil e criminal;
 8. como regra geral, o recurso não tem efeito suspensivo, salvo nos casos em que a lei expressamente o estipular (art.61); no entanto, o parágrafo único do dispositivo permite que, mesmo não sendo previsto o efeito suspensivo, a autoridade administrativa poderá outorgá-lo a determinado recurso, quando haja justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução;
 9. interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações (art.62); trata-se de aplicação do princípio do contraditório;
 10. o recurso não será conhecido quando interposto: I - fora do prazo; II - perante órgão incompetente; III - por quem não seja legitimado; IV - após exaurida a esfera administrativa (art.63); na hipótese do inciso II, será indicada a autoridade competente, sendo devolvido o prazo para recurso (§ 1º); em qualquer hipótese de não-conhecimento do recurso, não fica a autoridade administrativa impedida de rever o ato de ofício, desde que não ocorrida preclusão administrativa (§ 2º);
 11. 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 (art. 64) ;
 12. se da decisão resultar gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão (art. 64, parágrafo único).
- O recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado impróprio. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei. A hipótese mais comum é a de recurso contra ato praticado por dirigente de autarquia, interposto perante o Ministério a que a mesma se acha vinculada ou perante o Chefe do Poder Executivo,

dependendo do que estabeleça a lei. É o caso também de recursos interpostos perante tribunais administrativos, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Conselho de Contribuintes.

Revisão é o recurso de que se utiliza o servidor público, punido pela Administração, para reexame da decisão, em caso de surgirem fatos novos suscetíveis de demonstrar a sua inocência.

Está prevista nos artigos 174 a 182 da Lei nº 8.112/90 e nos artigos 312 a 321 do Estatuto Paulista (Lei nº 10.261, de 28-10-68). Este último define as hipóteses em que é cabível:

“I - quando a decisão for contrária a texto expresso de lei e à evidência dos autos;

II - quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou errados; e

III - quando, após a decisão, se descobrirem novas provas da inocência do punido ou de circunstância que autorize pena mais branda.”

A revisão pode ser requerida, a qualquer tempo, pelo próprio interessado, por seu procurador ou por terceiros, conforme dispuser a lei estatutária. No entanto, pela formulação nº 35, o DASP fixou o entendimento de que a revisão está sujeita à prescrição quinquenal, o que destoa inteiramente da natureza *sui generis* do instituto que, previsto também na órbita penal, tem por fim corrigir um erro no julgamento. Note-se que ela é admissível até mesmo depois de falecido o interessado, pois o seu objetivo é reabilitar o acusado, o que não pode ser limitado no tempo.

Na legislação estatutária federal e estadual, está expresso que a revisão não autoriza a agravação da pena, devendo concluir, se julgada procedente, pela redução ou cancelamento da pena. A Lei nº 9.784/99 repete a mesma idéia no artigo 65, parágrafo único, ao estabelecer que “da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção”.

17.3.2.3 COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

As expressões coisa julgada administrativa e prescrição administrativa, criticadas por muitos autores, por entenderem que se trata de institutos típicos do direito processual, civil e penal, foram transpostas para o direito administrativo por influência de doutrinadores que não vêem diferença de fundo, mas apenas de forma, entre a administração ativa e a jurisdição; em ambos os casos há a aplicação da lei ao caso concreto.

No entanto, há que se ter em conta que, sendo muito diversas as funções jurisdicional e administrativa, pela forma como nelas atua o Estado, não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica. Na função jurisdicional, o Poder Judiciário atua como terceiro estranho à lide; a relação é trilateral, porque compreende autor, réu e juiz, não sendo este parte relação que vai decidir. Por isso mesmo, a função é imparcial e, como tal, torna-se definitiva, pondo fim ao conflito; por outras palavras, ela produz coisa julgada.

Na função administrativa, a Administração Pública é parte na relação que aprecia; por isso mesmo se diz que a função é parcial e, partindo do princípio de que ninguém é juiz

e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão.

Portanto, a expressão coisa julgada, no direito administrativo, não tem o mesmo sentido que no direito judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração.

Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades que abrangem os casos de irrevogabilidade dos atos administrativos. Aliás, a coisa julgada administrativa costuma ser tratada dentro do tema das limitações ao poder de revogar os atos da Administração.

No Capítulo 7, item 7.11.3, referente à revogação, foram apontadas essas limitações: não podem ser revogados os atos vinculados, os que exauriram os seus efeitos, os meros atos administrativos, os que geraram direitos subjetivos.

Não podendo ser revogados, tornam-se irretratáveis pela própria Administração, fazendo coisa julgada administrativa.

17.3.2.4 PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.

Quanto ao primeiro aspecto, encontram-se em leis esparsas normas estabelecendo prazos para que os interessados recorram de decisões Administrativas. Os funcionários públicos federais, por exemplo, têm o prazo de 5 anos para pleitear na esfera administrativa quanto aos atos de que decorreram demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e 120 dias nos demais casos (art. 110 da Lei nº 8.112/90). Na esfera estadual, o prazo é de 5 anos, quanto aos atos de que decorreram a demissão, aposentadoria ou disponibilidade, e de 120 dias nos demais casos (art. 240 do Estatuto).

Na ausência de lei específica estabelecendo prazo para recorrer, aplica-se, na esfera federal, a Lei nº 9.784, de 29-1-99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O artigo 59 estabelece que “salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida”.

Nesses casos, como em outros semelhantes, em que o prazo é estabelecido em benefício da própria Administração, para bom andamento dos serviços públicos, nada impede que ela conheça de recursos extemporâneos, desde que constate assistir razão ao interessado; isto porque, no exercício da função de tutela da legalidade, a Administração pode e deve, mesmo sem provocação do administrado, rever os seus atos ilegais, até com o objetivo de evitar demandas judiciais inúteis, que poderão terminar com decisão a ela favorável. Na Lei nº 9.784, embora se estabeleça que o recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo (art. 63, I), admite-se que, nesse caso, a administração possa rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.

Também em caso de ter ocorrido prescrição judicial desaparece o poder de rever o ato de ofício porque, nesse caso, a revisão constituiria ofensa à estabilidade das relações jurídicas que o legislador quis proteger com a fixação de prazo prescricional. O

reconhecimento de um direito, nessas circunstâncias, significaria liberalidade da Administração em face de um interesse público do qual ela não pode dispor.

Pela mesma razão, no silêncio da lei, o prazo para que a Administração reveja os próprios atos, com o objetivo de corrigi-los ou invalidá-los é o mesmo em que se dá a prescrição judicial. Reconhecemos que a matéria é controvertida, no que diz respeito a esse prazo.

Interessante é a colocação feita por Régis Fernandes de Oliveira (1978: 122); segundo seu modo de ver, não há, com relação ao poder público, prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável; para ele, “ao administrador sempre cabe reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público”. Será diante do caso concreto que a Administração deve decidir se a anulação do ato, apesar do decurso do tempo, deve ou não ser feita ; a decisão se pautará pelo que seja melhor para o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1995:285) discorda desse entendimento porque “a prescrição, prevista nos vários ramos do direito e estabelecida para as ações contra a Fazenda, é um princípio acolhido no direito positivo brasileiro. Então, parece-nos que, à falta de regra expressa, cabe preencher esta lacuna segundo o critério dominante no direito privado, pois as razões, no caso, são da mesma ordem: prazos curtos para a oposição aos atos anuláveis e longos para a impugnação dos nulos. Como o prazo prescricional mais longo no Código Civil é de 20 anos, este será o tempo para prescrição do direito de impugnar os atos nulos. Quanto aos anuláveis, os prazos têm que ser decididos por analogia. Serve de referência, no caso dos vícios de vontade, o prazo de 4 anos previsto no Código Civil”.

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (1996:589), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência.

Desse modo, prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante provocação, sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas.

Na esfera federal, a questão ficou pacificada com a Lei nº 9.784, cujo artigo 54 veio estabelecer que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo se comprovada má-fé”. Pela norma do § 1º do mesmo dispositivo, “no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento”.

Com relação aos prazos para punir, que são estabelecidos em favor do administrado, são fatais para a Administração. Na esfera federal, prescreve em 180 dias a pena de advertência, em dois anos a de suspensão e em cinco anos as de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão (art.142 da Lei nº 8.112/90). No Estado de São Paulo, os prazos são de dois e cinco anos, respectivamente (art. 261 do Estatuto). Nas duas leis, a falta também prevista em lei como crime prescreverá juntamente com este.

Quando se trata de punição decorrente do exercício do poder de polícia, a Medida Provisória nº 1.778-9, de 12-3-99 (originariamente Medida Provisória nº 1.708, de 30-6-98), estabelece prazo de prescrição de cinco anos para a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Em caso de paralisação do procedimento administrativo de apuração de infração, por período superior a três anos, também incide a prescrição, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação. Se ao fato objeto da ação punitiva da Administração corresponder crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

A mesma medida provisória, nos artigos 2º e 3º, indica, respectivamente, os casos de interrupção e suspensão da prescrição.

Essa medida provisória somente se aplica na esfera federal.

17.4 CONTROLE LEGISLATIVO

17.4.1 Alcance

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional.

Basicamente, são dois os tipos de controle: o político e o financeiro.

17.4.2 Controle político

O controle abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, apresentando-se, por isso mesmo, como de natureza política, já que vai apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público.

São hipóteses de controle:

1. a competência exclusiva do Congresso Nacional e do Senado para apreciar a priori ou a posteriori os atos do Poder Executivo (arts. 49, incisos I, II, III, IV XII, XIV XVI, XVII, e 52, incisos III, IV, V e XI): a decisão, nesses casos, expressa-se por meio de autorização ou aprovação contida em decreto-legislativo ou resolução;
2. a convocação de Ministro de Estado, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, bem como por qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência, sem justificativa adequada (art. 50);

3. o encaminhamento de pedidos escritos de informação, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, dirigidos aos Ministros de Estado, que deverão responder no prazo de trinta dias, sob pena de crime de responsabilidade (art.50, § 2º);
 4. a apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos Regimentos das Casas do Congresso; as suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (art. 58, § 3º); as Comissões não têm poder sancionatório; elas se limitam a investigar a irregularidade e a encaminhar as suas conclusões, acompanhadas dos elementos comprobatórios, ao Ministério Público;
 5. a competência do Senado Federal, para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza; a competência 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, incisos I e II); nesses casos, funciona como Presidente o do STF, limitando-se a condenação, que somente poderá ser proferida por 2/3 dos votos do Senado, à perda do cargo, com inabilitação, por 8 anos, para o exercício da função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único);
 6. a competência do Senado para fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; para dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal; para dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, incisos VI, VII e VIII) ;
 7. a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; essa atribuição, prevista no artigo 49, inciso V constitui inovação da Constituição de 1988, da maior relevância, porque permitirá ao Poder Legislativo controlar, mediante provocação ou por iniciativa própria, a legalidade dos atos normativos do Poder Executivo, sustando os seus efeitos independentemente de prévia manifestação do Poder Judiciário.
- A Constituição do Estado prevê também atos de controle da Assembléia Legislativa sobre o Poder Executivo no artigo 20, incisos VII, VIII, IX, X, XII, XIV XV XVI, XIX, XXI, XXIV e XXV Essas atribuições encontram paralelo na Constituição Federal, ressalvada a do inciso XXIV que atribui à Assembléia Legislativa o poder de “solicitar ao Governador, na forma do Regimento Interno, informações sobre atos de sua competência privativa”; a norma é inconstitucional por ofender o princípio da separação de Poderes, na medida em que prevê hipótese de controle não agasalhada pela Constituição Federal.
8. controle financeiro, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas.

17.4.3 Controle financeiro

A Constituição Federal disciplina, nos artigos 70 a 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, determinando, no último dispositivo, que essas normas se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O artigo 70 permite inferir algumas normas básicas:

1. quanto à atividade controlada, a fiscalização abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial; isto permite a verificação da contabilidade, das receitas e despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos e diminuições patrimoniais;

2. quanto aos aspectos controlados, compreende:

“I - controle de legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

II - controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade, estabelecida no plano plurianual;

III - controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício;

IV - controle de fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos;

V - controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas, expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços” (cf. José Afonso da Silva, 1989:625);

3. quanto às pessoas controladas, abrange União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Direta e Indireta, bem como qualquer pessoa física ou entidade pública, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

4. a fiscalização compreende os sistemas de controle externo, que compete ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e de controle interno exercido por cada um dos Poderes.

O controle externo foi consideravelmente ampliado na atual Constituição, conforme se verifica por seu artigo 71. Compreende as funções de:

1. fiscalização financeira propriamente dita, quando faz ou recusa o registro de atos de admissão de pessoal (excetuadas as nomeações para cargo em comissão) ou de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão; quando faz inquéritos, inspeções

e auditorias; quando fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

2. de consulta, quando emite parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República;

3. de informação, quando as presta ao Congresso Nacional, a qualquer de suas Casas, ou a qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

4. de julgamento, quando “julga” as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário Público; embora o dispositivo fale em “julgar” (inciso II do art.71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário;

5. sancionatórias, quando aplica aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

6. corretivas, quando assina prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; e quando susta, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; nos termos do § 1º do artigo 71, no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis; pelo § 2º, se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito; isto constitui inovação da Constituição de 1988, já que, na anterior, a decisão final, de natureza puramente política, ficava com o Congresso Nacional;

7. de ouvidor, quando recebe denúncia de irregularidades ou ilegalidades, feita pelos responsáveis pelo controle interno ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos termos do artigo 74, §§ 1º e 2º.

Nos âmbitos estadual e municipal, as normas sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária aplicam-se aos respectivos Tribunais e Conselhos de Contas, conforme artigo 75.

Com relação aos Municípios, o artigo 31 da Constituição prevê o controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas, onde houver. Pelo § 2º, o parecer prévio emitido pelo órgão competente sobre as contas anuais do Prefeito só deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal. E o § 3º contém uma inovação, ao determinar que as contas dos Municípios ficarão, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. É mais uma hipótese de participação popular no controle da Administração.

17.5 CONTROLE JUDICIAL

17.5.1 Sistema de unidade de jurisdição

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.

17.5.2 Limites

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso L, XXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de “mérito” (oportunidade e conveniência). Sobre o assunto, remetemos o leitor ao Capítulo 7, item 7.8.5.

Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Os atos normativos do Poder Executivo, como Regulamentos, Resoluções, Portarias, não podem ser invalidados pelo Judiciário a não ser por via de ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento é de competência do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual que contrarie a Constituição Federal (art. 102, I, a); e do Tribunal de Justiça, quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrarie a Constituição do Estado (art. 74, inciso VI, da Constituição Paulista).

Nos casos concretos, poderá o Poder Judiciário apreciar a legalidade ou constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivo, mas a decisão produzirá efeitos apenas entre as partes, devendo ser observada a norma do artigo 97 da Constituição Federal, que exige maioria absoluta dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público:

Com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que os atos

políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu artigo 94. Essa norma ligava-se à concepção do ato político como sendo aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como o exercício do direito de ação estava condicionado à existência de um direito individual lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais.

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais) e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundos podiam ser submetidos ao Poder Judiciário.

Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se e

é individual ou coletivo; além disso, previu, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para defesa dos direitos e interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente político:

Quanto aos atos interna corporis (Regimentos dos atos colegiados), em regra não são apreciados pelo Poder Judiciário, porque se limitam a estabelecer normas sobre o funcionamento interno dos órgãos; no entanto, se exorbitarem em seu conteúdo, ferindo direitos individuais e coletivos, poderão também ser apreciados pelo Poder Judiciário.

17. 5 .3 Privilégios da administração pública

A Administração Pública, quando é parte em uma ação judicial, usufrui de determinados privilégios não reconhecidos aos particulares; é uma das peculiaridades que caracterizam o regime jurídico administrativo, desnivelar as partes nas relações jurídicas.

São os seguintes os privilégios processuais:

1. Juízo privativo. Na esfera federal, é a Justiça Federal, compreendendo os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais (arts.106, 108, inciso II, e 109, inciso I, da Constituição) ; excetuam-se apenas as causas referentes à falência e as de acidentes de trabalho (que são de competência da justiça comum) e as relativas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho. Esse juízo privativo beneficia a União, entidade autárquica ou empresa pública, excluídas as fundações governamentais de direito privado e as sociedades de economia mista, que atuarão na justiça comum (art.109). Com relação às sociedades de economia mista federais, esse entendimento ficou consagrado pela Súmula nº 556 do STE.

No Estado de São Paulo, as ações de que são parte o Estado; os Municípios ou as entidades paraestatais são de competência das Varas da Fazenda Pública (art. 36 do Código Judiciário aprovado pelo Decreto-lei Complementar nº 3, de 27-8-69). Nos Municípios onde não há Varas dessa natureza correm perante a Justiça comum ação

popular o mandado de segurança, a execução fiscal, a desapropriação, as ações de discriminação de terras devolutas e outras relativas a bens imóveis. Na segunda instância, inexistiu juízo privativo na esfera estadual.

Merece referência o artigo 114 da Constituição Federal, que atribui à Justiça do Trabalho competência para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública Direta e Indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos

Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Sendo a Justiça do Trabalho especializada em direito do trabalho, tem-se que entender que o objetivo do preceito foi o de conferir a ela a apreciação dos dissídios individuais e coletivos que envolvam servidores contratados sob o regime da legislação trabalhista; os demais continuam na competência da Justiça Federal e das Varas da Fazenda Pública estaduais, mesmo porque os servidores estatutários não participam de dissídios coletivos, uma vez que as normas que regem os seus direitos e deveres decorrem de lei e não de contrato, não podendo ser alteradas por decisão judicial.

O STF, em decisão proferida pela 2ª Turma no Recurso Extraordinário nº 117.059-0, do Estado de São Paulo, decidiu que “a competência da Justiça do Trabalho da Nova Carta não alcançou os servidores estaduais e municipais sob o regime do Estatuto, cujas relações funcionais litigiosas haverão de persistir a cargo da Justiça comum estadual” (DJ 23-6-89, e Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, setembro de 1989, p. 477).

2. Prazos dilatados. Pelo artigo 188 do CPC, com a redação alterada pela Medida Provisória nº 1.798-2, de 12-3-99, “o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, gozarão do prazo; I - em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória; II - em quádruplo para contestar”.

A mesma Medida Provisória acrescentou um artigo 4º-A na Lei nº 8.437, de 30-6-92, determinando que “nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão, poderá o tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda”.

3. Duplo grau de jurisdição. O artigo 475, incisos II e III, do Código de Processo Civil, determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, e a que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Nos termos do parágrafo único desse dispositivo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o Tribunal avocá-los.

O objetivo é permitir que as ações de interesse da União, Estados e Municípios, por envolverem assuntos de interesse público, sejam reapreciadas em instância superior, ainda que não o requeiram as partes por meio de recursos voluntários.

A Lei nº 9.469, de 10-7-97, no artigo 10, estendeu o mesmo privilégio às autarquias e fundações públicas.

4. Processo especial de execução. O artigo 100 da Constituição prevê processo especial de execução contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, e que abrange todas as entidades de direito público, como decorre do § 10º do mesmo dispositivo.

Com base nesse preceito, o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda expedirá ofício precatório à Fazenda Pública, determinando o pagamento da quantia a que ela foi condenada; os precatórios serão pagos em ordem rigorosamente cronológica, sob pena de seqüestro da quantia necessária ao pagamento das pessoas que foram preteridas.

Para os fins desse dispositivo, as entidades de direito público farão consignar nos seus orçamentos verba necessária ao pagamento dos débitos constantes dos precatórios judiciais apresentados até 1º de Julho, data em que terão atualizados os seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício subsequente.

Esse procedimento só não é aplicável aos créditos de natureza alimentícia. Como a Constituição não diz qual é o processo aplicável a esses créditos, poder-se-ia imaginar que seu pagamento seria feito pelo processo comum de execução. Essa interpretação, que é puramente literal, deve ser afastada por ser inteiramente absurda e contrária ao evidente intuito do constituinte de beneficiar os créditos de natureza alimentícia. Estes, entenda-se, devem ser pagos imediatamente, sem obedecer à ordem cronológica dos demais precatórios referentes a créditos de natureza diversa. Além disso, devem ser pagos com dotação orçamentária própria, inconfundível com a referida no artigo 100, sob pena de prejudicar o cumprimento dos precatórios nele referidos.

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 57, contém a mesma norma que o artigo 100 da Constituição Federal, porém acrescenta dois parágrafos: no § 3º, define os créditos de natureza alimentícia, como abrangendo, dentre outros, os vencimentos, pensões, e suas complementações, indenizações por acidentes de trabalho, por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil, determinando que sejam pagos de uma só vez, devidamente atualizados até a data do efetivo pagamento; e, no § 4º, determina que os créditos de natureza não alimentícia serão pagos nos termos do parágrafo anterior, desde que não superiores a trinta e seis mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo ou equivalente, vigentes na data do efetivo pagamento. Evidentemente, este pagamento não poderá ser feito com verbas consignadas no orçamento para atendimento dos precatórios, caso contrário, haveria inobservância da ordem cronológica em hipótese não agasalhada pela Constituição Federal.

Com relação aos créditos de natureza alimentícia, aos não excedentes de 36.000 Unidades Fiscais (referidos nos §§ 3º e 4º do artigo 57), bem como aos saldos devedores dos precatórios judiciais, incluindo-se o remanescente de juros e correção monetária pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, o artigo 12 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado determina o pagamento em moeda corrente com atualização até a data do efetivo depósito, nos exercícios de 1990 até 1997, dependendo da data em que foram protocolados os precatórios.

O dispositivo é de constitucionalidade duvidosa em relação aos créditos referidos no § 4º do artigo 57, porque serão pagos por forma que destoa do artigo 100 da Constituição Federal; e com relação aos saldos devedores dos precatórios pendentes na data da entrada em vigor da Constituição, porque conflita com o artigo 33 de suas Disposições Transitórias. Nos termos desse dispositivo, ressalvados os créditos de natureza alimentar (e tão-somente esses), o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais,

iguais e sucessivas, no prazo máximo de 8 (oito) anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Constituição. Pelo parágrafo único, poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato momento do dispêndio, títulos da dívida pública não computáveis para efeitos do limite global do endividamento. Vale dizer que a Constituição Federal indicou quais os créditos abrangidos pela disposição transitória, qual a forma de pagamento e deu ao Poder Executivo a competência para decidir, o que foi feito, no Estado de São Paulo, pelo Decreto nº 29.463, de 29-12-88. Qualquer outra exceção não tem apoio na Constituição Federal.

5. Prescrição quinquenal. Nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.

A prescrição quinquenal abrange as dívidas passivas das autarquias ou entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como todo e qualquer direito e ação contra os mesmos (art. 2º do Decreto-lei nº 4.597, de 19-8-42). Embora ambos os dispositivos falem em “todo e qualquer direito ou ação”, não se aplica a prescrição quinquenal quando se trata de ação real, porque, caso contrário, poderia a Administração vir a adquirir imóvel alheio no curto prazo de cinco anos; seria um usucapião especial em hipótese não prevista no ordenamento jurídico. Assim, em se tratando de ação real contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra do artigo 177 do CC, ou seja, a prescrição ocorre em dez anos entre presentes e em quinze entre ausentes. É o que ocorre, por exemplo, na ação de retrocessão, tenha ela por objeto a reivindicação do imóvel expropriado ou a indenização (cf. Capítulo 6, item 6.10.12). Também na desapropriação indireta entende-se que, embora se pleiteie indenização, a prescrição escapa à regra da prescrição quinquenal para aplicar-se o prazo para o usucapião extra ordinário (20 anos), já que falta à Administração, nesse caso, o justo título para aquisição da propriedade (Cf. Capítulo 6, item 6.10.11).

A prescrição admite interrupção e suspensão; esta última ocorre pelos meios previstos no CPC, pelos recursos administrativos com efeito suspensivo e pela reclamação administrativa; segundo o artigo 4º do Decreto nº 20.910, “não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”; segundo o parágrafo único desse dispositivo, “a suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano”.

A interrupção, que se dá nos casos previstos no CPC, somente ocorre uma vez, recomendo a correr o prazo, pela metade, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper (art. 3º do Decreto nº 20.910).

Como o prazo recomeça a correr pela metade (2 anos e meio), poderia acontecer que a prescrição se desse em período total inferior a 5 anos, desde que a interrupção ocorresse na primeira metade do período. Para evitar essa possibilidade - em que a interrupção poderia prejudicar o titular do direito, ao invés de beneficiá-lo - o Supremo Tribunal Federal formulou a Súmula nº 383, em cujos termos “a prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não

fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”.

6. Pagamento das despesas judiciais. Nos termos do artigo 27 do CPC, as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda serão pagas a final pelo vencido.

Em consonância com essa norma, o artigo 511, parágrafo único, do CPC determina que “são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela Fazenda Nacional, Estadual e Municipal, e pelas respectivas entidades da Administração indireta, que gozam de isenção legal”.

7. Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada.

A Lei nº 8.437, de 30-6-92, impede a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, em virtude de vedação legal. Isto significa que a restrição existe quando se tratar de ações que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro (art. 1º da Lei nº 2.770, de 4-5-56); nas ações que objetivem pagamentos de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021, de 9-6-66) bem como reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão ou aumento ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei nº 4.348, de 26-6-64).

Por sua vez, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública também sofre restrições. De acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.494, de 10-9-97, “aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

O intuito do legislador é evidente: o de evitar que, diante da vedação de liminar em mandado de segurança, o interessado se utilize do processo cautelar ou da tutela antecipada para obter o mesmo resultado.

Outro tipo de restrição é estabelecido quanto à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública.

A Lei nº 8.437, no artigo 2º, só permite a sua outorga “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas”.

Outra medida análoga à já estabelecida para o mandado de segurança (art. 4º da Lei nº 4.348, de 26-6-64) é a prevista no artigo 4º da Lei nº 8.437, ao atribuir ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso competência para suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Há que se observar que todas essas restrições às medidas liminares ou acautelatórias são de valor relativo, pois não podem ser adotadas pelo Poder Judiciário quando coloquem em risco os direitos das pessoas, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que impede seja excluída da apreciação judicial, não só a lesão, como também a ameaça a direito. Por outras palavras, se devidamente demonstrado o

periculum in mora, não poderá ser negada a medida liminar para proteger o direito ameaçado, já que, entre a norma constitucional e a lei ordinária, a primeira tem que prevalecer.

8. Restrições à execução provisória. Em matéria de mandado de segurança, o artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348, de 26-6-64 determina que, quando o seu objeto for a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, a execução do mandado somente será feita depois de transitada em julgado a respectiva sentença. Vale dizer que não é possível a execução provisória na pendência de recurso, mesmo este tendo efeito apenas devolutivo.

Restrição semelhante é agora prevista, em caráter genérico para todas as sentenças contra a Fazenda Pública que tenham aquele objeto. Com efeito, o artigo 2º-B, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97, pela Medida Provisória nº 1.798-I, de 11-2-99, determina que “a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”. Nessas mesmas hipóteses, se proposta ação cautelar, a sentença “só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado a sentença proferida na ação principal”, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

17.5.4 Meios de controle

Com base no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, que serve de fundamento para o direito de ação ou de exceção contra lesão ou ameaça a direito, o administrado pode utilizar dos vários tipos de ações previstos na legislação ordinária, para impugnar os atos da Administração; pode propor ações de indenização, possessórias, reivindicatórias, de consignação em pagamento, cautelar etc. Mas a Constituição prevê ações específicas de controle da Administração Pública, às quais a doutrina se refere com a denominação de remédios constitucionais.

São assim chamadas porque têm a natureza de garantias dos direitos fundamentais; estão inseridas no Título II da Constituição, concernente aos “direitos e garantias fundamentais”: o seu objetivo é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos.

Têm, porém, a dupla natureza de direitos e de garantias. São direitos em sentido instrumental, da mesma forma que o é o direito de ação decorrente do inciso XXXV do artigo 5º, e são garantias porque reconhecidos com o objetivo de resguardar outros direitos fundamentais (em sentido material) previstos no artigo 5º.

São remédios constitucionais o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e o direito de petição; ressalvado este último, todos os demais são meios de provocar o controle jurisdicional de ato da Administração. Eventualmente, a ação civil pública, embora não prevista no artigo 5º da Constituição, serve à mesma finalidade, quando o ato lesivo seja praticado pela Administração.

O mandado de segurança individual, o habeas data, o habeas corpus e o mandado de injunção são garantias de direitos individuais; o mandado de segurança coletivo, a ação

popular e a ação civil pública são garantias de interesses coletivos ou difusos, ainda que acessoriamente possam garantir também interesses individuais.

17. 5.4.1 HABEAS CORPUS

O habeas corpus protege o direito de locomoção. A expressão foi tirada da parte inicial da frase latina: “Tomes o corpo de delito e venhas submeter ao Tribunal o homem e o caso”.

Apesar de ficar conhecido pela fórmula latina, sua origem encontra-se no direito inglês, mais precisamente na Magna Carta de 1215. Foi o primeiro remédio previsto para controle jurisdicional de ato da Administração.

No direito brasileiro apareceu, pela primeira vez, no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, cujo artigo 340 determinava que “todo cidadão que entender que ele, ou outrem, sofre uma prisão ilegal ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor”.

A Constituição de 1891 foi a primeira que o estabeleceu. Seu artigo 72, § 22, determinava:

“Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Como a redação não fazia referência ao direito de locomoção, permitiu que fosse utilizado para proteção de outros direitos, segundo a teoria que ficou conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus, acolhida em inúmeros julgados.

Segundo essa doutrina, definida especialmente por Rui Barbosa, “o habeas corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado, no seu exercício, pela intervenção de um abuso de poder ou uma ilegalidade. Desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o habeas corpus, queria proteger, contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações” (Cf. Seabra Fagundes, 1984:213).

A reforma constitucional de 1926 pôs fim a essa doutrina, com a nova redação dada ao artigo 72, § 22, que restringiu a aplicação do habeas corpus à proteção do direito de locomoção: “dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção”.

Na Constituição atual, está previsto no inciso LXVIII do artigo 5º: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Só não é cabível “em relação a punições disciplinares militares” (art. 142, § 2º).

Para torná-lo acessível a todos, o artigo 5º, inciso I.XXVII, determina a sua gratuidade.

O habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, em benefício próprio ou de terceiro.

Os pressupostos para sua propositura são:

1. ilegalidade ou abuso de poder, seja por parte de autoridade pública, seja por parte de particular;
2. violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

17.5.4.2 HABEAS DATA

O habeas data, no direito brasileiro, constitui inovação introduzida pelo artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição de 1988:

“Conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

O habeas data está hoje disciplinado pela Lei nº 9.507, de 12-11-97, que acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além das duas previstas na Constituição: o artigo 7º, inciso III, contempla a hipótese de habeas data “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”. José Afonso da Silva (1989:390), citando a lição de Firmín Morales Prats, diz que o habeas data “é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera interna dos indivíduos contra:

- a) usos abusivos de registro de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos;
- b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.);
- c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei”.

Não se pode dizer que ele constitua garantia do direito à informação previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Embora o dispositivo assegure o direito à informação de interesse particular ou de interesse coletivo, ele não se confunde com a informação protegida pelo habeas data, que é sempre relativa à pessoa do impetrante, com a particularidade de constar de banco ou registro de dados. O direito à informação, que se exerce na via administrativa, é mais amplo e pode referir-se a assuntos dos mais variados como o conteúdo de um parecer jurídico, de um laudo técnico, de uma informação constante do processo, de uma prova apresentada em concurso público, do depoimento de uma testemunha etc.; não se refere a dados sobre a própria pessoa do requerente; e pode ter por finalidade a defesa de um interesse particular, como, por exemplo, o exercício do direito de petição perante a própria Administração Pública, ou a defesa de um direito individual perante o Judiciário, ou de um interesse coletivo, como a defesa do patrimônio público.

Já o habeas data assegura o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante; e o objetivo é sempre o de conhecer e retificar essas informações, quando errôneas, para evitar o seu uso indevido.

Dessa distinção decorrem importantes consequências:

1. o direito à informação de interesse particular ou coletivo (art. 5º, XXXIII), se negado pela Administração, deve ser protegido pela via judicial ordinária ou pelo mandado de segurança e não pelo habeas data;
2. o mesmo direito pode ser exercido de forma ampla, com ressalva para as informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; essa restrição não se aplica no caso do habeas data, que protege a própria intimidade da pessoa. Essa conclusão decorre do fato de que o inciso LXXII do artigo 5º não contém a mesma restrição inserida na parte final do inciso XXXIII.

Como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:282), ao comparar esse último dispositivo com o referente ao habeas data, “as informações que se podem obter do Poder Público aqui tratadas são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão-somente. Aquelas que se pretendem obter mediante impetração de habeas data dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo com relação a ele”.

Esse é também o pensamento de Calmon Passos (1989:139): “no habeas data não se postula a certificação judicial do direito à informação. Esse direito no tocante à própria pessoa do interessado, foi deferido constitucionalmente sem possibilidade de contestação ou restrição. Nenhuma exceção lhe foi posta constitucionalmente. A respeito da própria pessoa, o direito à informação é livre de barreiras, inexistindo exceções que o limitem ou excluam”.

Infelizmente, outro foi o entendimento adotado pela Consultoria Geral da República nos pareceres SR 13, de 17-10-86 e SR 71, de 6-10-88, publicados, respectivamente, na RDA 166/139 e no Diário Oficial da União de 6-10-88, p.19.804.

Outro obstáculo que pode dificultar a propositura do habeas data é o entendimento adotado pelo Tribunal Federal de Recursos, nos autos do HD 001- DF, no sentido da necessidade de prévio pedido administrativo para propositura da medida judicial; no caso, a falta desse pedido levou o Tribunal a julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (DJU de 2-5-89, p. 6.374). Merecia ter prevalecido a tese do Ministro Garcia Vieira, defendida em voto vencido; para ele “a exigência de prévio exaurimento da esfera administrativa significava a vedação do uso do habeas data e não se pode tirar essa conclusão do dispositivo constitucional que garante o seu uso por todos aqueles que pretendem conhecer as informações a seu respeito, existentes no SNI, para, posteriormente, retificá-las” (Repertório IOB de Jurisprudência -1ª quinzena de junho de 1989, nó 11/89, p.177).

O Superior Tribunal de Justiça consagrou esse entendimento pela Súmula nº 2: “Não cabe habeas data se não houver recusa por parte da autoridade administrativa”.

Não há fundamento constitucional para exigir o prévio recurso à via administrativa como condição para propositura do habeas data.

No entanto, a Lei nº 9.507 agasalhou a mesma restrição, ao exigir, no artigo 8º, parágrafo único, que a petição inicial seja instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do artigo 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Sujeito ativo do habeas data é a pessoa, brasileira ou estrangeira, a que se refere a informação.

Sujeito passivo é a entidade governamental ou de caráter público que tenha registro ou banco de dados sobre a pessoa. A primeira expressão abrange qualquer órgão do Estado, seja ele do Judiciário, Legislativo ou Executivo, bem como as entidades da administração indireta; a segunda, que não pode ser sinônima da primeira (a menos que se queira atribuir ao constituinte o emprego de palavras inúteis) abrange entidades que, embora particulares, contenham dados sobre a pessoa, destinados ao conhecimento de terceiros. Não teria sentido proteger a pessoa contra o registro de dados falsos coletados pelo poder público e não conceder igual proteção quando esses dados sejam registrados por particulares para uso público. Calmon Passos (1989:141) cita o exemplo dos Serviços de Proteção ao Crédito, que armazenam dados para orientar terceiros, seus clientes.

O objeto pode ser a simples informação ou, se o impetrante já a conhecer, pode ser sua retificação; e, agora, pelo artigo 7º da Lei nº 9.507, o objeto pode ser também a anotação de esclarecimentos ou justificativas no registro de dados. Nada impede que, no mesmo processo, se pleiteie primeiro a informação e, sendo esta falsa, se pleiteie, a seguir, a retificação; ou, ainda, a anotação de esclarecimentos ou justificativas.

O processo estabelecido pela Lei nº 9.507 é muito semelhante ao estabelecido para o mandado de segurança pela Lei nº 1.533 (cf. item 17.5.4.4.4).

Vale dizer que o rito é sumaríssimo, compreendendo: despacho da inicial, notificação à autoridade coatora para prestar informações no prazo de dez dias (art. 9º) ; com ou sem informações, será ouvido o Ministério Público no prazo de cinco dias, sendo a seguir os autos conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em cinco dias.

A execução se faz por simples comunicação ao coator, pelo correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante (art.14). Por esse meio, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente as informações ou faça a retificação de dados ou a anotação requerida.

Os recursos referidos na Lei nº 9.507 são:

- a) apelação contra o despacho de indeferimento (art. 10, parágrafo único) ;
- b) apelação da decisão de mérito, a qual terá apenas efeito devolutivo, se a decisão for concessiva do habeas data;
- c) agravo contra decisão do Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso que suspender a execução da sentença (art.16).

Pelo artigo 18 da lei, o pedido de habeas data poderá ser renovado se decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Os processos de habeas data têm prioridade sobre todos os demais, ressalva feita aos processos de habeas corpus e mandado de segurança (art.19).

A Constituição Federal estabelece os órgãos judiciários competentes para julgamento nos artigos 102, I, d, II, a;105, I, b;108, I, c;109, VIII; e 121, § 4º V. A Constituição do Estado de São Paulo contém normas sobre competência do órgãos judiciários estaduais nessa matéria, nos artigos 74, III, e 79, § 1º.

Essa competência consta agora expressamente do artigo 20 da Lei nº 9.507.

No artigo 21, a lei, repetindo a norma do artigo 5º, LXXVII, da Constituição, estabelece a gratuidade do processo judicial de habeas data, assim como do procedimento administrativo para acesso a informações, retificação de dados ou inclusão de anotação.

17.5.4.3 MANDADO DE INJUNÇÃO

17.5.4.3.1 Controvérsias quanto à origem

O artigo 5º, inciso LXXI, prevê a “concessão de mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

De todos os remédios constitucionais introduzidos pela Constituição de 1988, esse é, provavelmente, o que mais tem suscitado controvérsias e que mais vem encontrando dificuldades em sua utilização. As controvérsias começam quanto à origem do instituto.

Segundo José Afonso da Silva (1989:386), “o mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV como essencial remédio da Equity. Nasceu, pois, do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statutes) regulando a espécie, e quando a Common Law não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto) assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no justo natural”. O mesmo autor acrescenta, no entanto, que a fonte mais próxima do mandado de injunção é o writ of injunction do direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção de direitos da pessoa humana para impedir, por exemplo, violações da liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais.

Calmon Passos (1989:104) nega essa origem do mandado de injunção e, repetindo entendimento de Sérgio Bermudes, diz que “o mandado de injunção do sistema do common law jamais teve o objetivo que definimos para a nossa injunção, nem desempenhava na nação norte-americana, o papel que pretendemos dar ao nosso remédio constitucional, nem foi pensado com o objetivo a que nos propomos com nossa injunção, nem tem história vinculada à desse instituto”. Ele nega, peremptoriamente, qualquer semelhança com o juízo de equidade do direito inglês, pois, para ele, dar-se o poder de ditar normas segundo os valores que informam o senso ou sentido de equidade do julgador, seria dar-se a esse homem um poder que se recusa, terminantemente, a todos os demais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:275-276) acha que “não se pode identificar no Direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no Direito inglês e no Direito italiano”. A semelhança estaria só na terminologia e não no conteúdo.

Também Ulderico Pires dos Santos (1988:33) diz que “o novo mandado de injunção e o dos países estrangeiros convergem, tão-somente, no que respeita ao modo do devedor prestar o fato, porque todos eles permitem meios coativos para exigir-se a prestação do fato ou a abstenção de ato sob penas diversas, inclusive a que Chiovenda chama de

meios de subrogação”. Esse autor indica as várias modalidades de mandado de injunção do direito norte-americano e francês, os quais têm sentido muito mais amplo do que o nosso, sendo utilizado para obter ordens judiciais contendo determinações de não fazer destinadas a proteger liberdades públicas de variada natureza.

Na realidade, o objetivo do mandado de injunção instituído no direito brasileiro ainda que sirva ao mesmo propósito de proteção de liberdades públicas, tem alcance mais restrito, porque somente cabível no caso em que a “falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Assim, o mandado de injunção de outros países pode ter servido quando muito, de inspiração, mas não como modelo seguido fielmente pelo constituinte brasileiro.

17.5.4.3.2 Controvérsias quanto ao objeto

Outro aspecto sobre o qual dissentem os doutrinadores é o relativo à finalidade do mandado.

Para Ulderico Pires dos Santos (1988:34), a decisão judicial limitar-se á a “marcar prazo para o poder regulamentador praticar o ato que lhe compete (regulamentar o que estiver dependendo de regulamentação), isto é, para dentro dele prestar sua declaração de vontade, sob pena de a ter por enunciada pela ordem judicial, caso em que esta servirá como título autêntico para investir o titular do direito no seu efetivo exercício, independentemente da regulamentação faltante”.

Segundo José Afonso da Silva (1989:388), “o mandado de injunção ter por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º)”.

Semelhante é a posição de Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas (1988:107-108) para quem a ação de mandado de injunção pode visar, principalmente, a proteção de direitos ou liberdades individuais in concreto; mas ela entende que “os dispositivos constitucionais pertinentes, tal como estão redigidos, não excluíam, tampouco, a interpretação no sentido da possibilidade de ajuizamento do mandado de injunção ‘em tese’, à semelhança do que ocorre com ação direta, sua decisão favorável produzindo efeitos erga omnes, com a edição, pelo próprio órgão judicante, da norma ausente, necessária à integração da eficácia técnica da Lei Maior. Tal entendimento conferiria ao novo instituto processual um caráter híbrido, de instrumento abrangente e poderoso de controle de constitucionalidade, direto e indireto ao mesmo tempo. Mas inclinamo-nos por considerar que, no caso do controle ‘em tese’ aqui referido, o instrumento processual mais adequado (porque a norma seria produzida pelo Poder originariamente competente) seria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja titularidade e âmbito de aplicabilidade, porém, como visto, apresentam-se bem mais restritos do que aqueles do mandado de injunção”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:277) entende que “o alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilidade do direito”. A seu ver, essa regulamentação pelo Poder Judiciário ofenderia o princípio da separação de

poderes. Esse foi o entendimento adotado pelo STF no MI nº 107-3-DF, publicado em Cadernos Liberais: 89/88 (do Instituto Tancredo Neves de Estudos Políticos e Sociais, Brasília).

Para Calmon Passos (1989:124), “os julgadores realizam, em verdade, decidindo o mandado de injunção, uma atividade em tudo correspondente à do legislador competente para a regulamentação do preceito constitucional.

Submetidos aos princípios diretores da Constituição, imbuídos do seu espírito, fiéis aos valores cuja tutela o preceito busca assegurar e considerando a situação de fato na sua dimensão geral, entre as várias opções políticas compatíveis, decidem-se pela que lhes parece mais consentânea”.

Para ele, a decisão produz efeitos apenas no caso concreto, fazendo coisa julgada, de modo que, se editada posteriormente a norma regulamentadora pelo Poder competente, incidirá o preceito do artigo 5º, inciso XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em processos de mandado de injunção, que a omissão do Congresso Nacional em disciplinar a matéria do artigo 8º do ADCT dá ensejo a que os prejudicados obtenham reparação por perdas e danos (RTJ 135-03, p. 882; DJU, de 22-4-94, p. 8.925; e DJU de 1º-7-94, p.17.495).

17.5.4.3.3 Nossa opinião

O mandado de injunção tem, em comum com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição, o fato de ter por fundamento uma inconstitucionalidade por omissão que impede o exercício de determinados direitos constitucionais.

Mas há algumas diferenças que é preciso assinalar:

1. a ação direta tem alcance mais amplo, porque é cabível quando a omissão impeça a efetivação de norma constitucional, qualquer que seja ela; enquanto o mandado de injunção só é cabível quando haja omissão de norma regulamentadora necessária para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; deve-se entender a expressão “norma regulamentadora” em sentido amplo, de modo a abranger todos os atos normativos, emanados ou não do Poder Legislativo, sem os quais a norma constitucional não possa ser aplicada;
2. na ação direta, o julgamento é de competência exclusiva do STF, enquanto no mandado de injunção, a competência é outorgada a Tribunais diversos, dependendo da autoridade que se omitiu;
3. a titularidade da ação direta cabe às pessoas e órgãos indicados no artigo 103 da Constituição; a do mandado de injunção, ao titular do direito que não pode ser exercido por falta de norma regulamentadora;
4. na ação direta, a omissão é apenas dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto no mandado de injunção pode ser de várias autoridades, órgãos colegiados e entidades indicados nos artigos 102, I, q, e 105, I, h, abrangendo órgãos do próprio Poder Judiciário e entidades da Administração indireta.

Ainda que o fundamento das duas seja o mesmo - omissão de norma necessária para tornar efetivo o exercício de direito constitucional - a finalidade é diversa, pois, caso contrário, não haveria necessidade de previsão das duas medidas na Constituição e não haveria normas diversas sobre a competência para o mandado de injunção.

Na ação direta, o artigo 103, § 2º, da Constituição determina que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. O objetivo é conseguir, com efeito erga omnes, uma decisão do STF que reconheça a inconstitucionalidade por omissão; está claro no dispositivo que o Judiciário não emitirá a norma regulamentadora, mas dará ciência ao órgão competente para fazê-lo.

O mandado de injunção, como é interposto pelo próprio titular do direito, exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeitos erga omnes. O Judiciário decidirá, dizendo o conteúdo da norma que aplicará ao caso concreto e que fará coisa julgada, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Sem isso, o mandado de injunção seria medida absolutamente inócua como garantia de direito individual e estaria mal colocada no artigo 5º da Constituição. É o próprio Poder Judiciário que supre, no caso concreto, a omissão da norma regulamentadora. Não há fundamento constitucional para concluir que o Judiciário apenas daria ciência ao Poder que se omitiu, ou que determinaria a edição da norma regulamentadora, pois, aí sim, haveria interferência indevida de um Poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição, com ofensa ao princípio da separação de poderes.

& 17.5.4.3.4 Pressupostos

O pressuposto do mandado é a omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania (art. 5º, LXXI, da Constituição).

A norma regulamentadora pode ser de natureza regulamentar ou legal e ser de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta. É o que se deduz dos artigos 102, I, q, e 105, I, h.

Só é cabível o mandado quando a omissão tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, o que abrange os consagrados no Título II (direitos individuais, coletivos e sociais) ou em outros capítulos da Constituição, como o referente aos direitos dos servidores públicos, à seguridade social, à educação, à cultura, ao meio ambiente, aos índios.

Quanto às prerrogativas referentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, estão previstas nos capítulos III e IV do Título II, abrangendo, dentre outras, as previstas nos artigos 12, § 3º, e 14.

17.5.4.3.5 Competência

A competência para julgamento do mandado de injunção vem definida nos artigos 102, I, q, e II, a, e 105, I, h, da Constituição Federal e no artigo 74, V da Constituição do Estado.

O primeiro dispositivo prevê a competência do STF para processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (inciso I, q). E o inciso II, a, estabelece a competência do mesmo Tribunal para julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O artigo 105, I, h, atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração Direta ou Indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Pelos dispositivos mencionados, verifica-se que toda a competência se concentra nos Tribunais, nada restando para a Justiça de primeira instância.

No âmbito estadual, essa competência é deferida apenas ao Tribunal de Justiça, conforme artigo 74, inciso V da Constituição paulista.

17.5.4.4 MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

17.5.4.4.1 Origem

O mandado de segurança foi previsto, pela primeira vez, na Constituição de 1934, desapareceu na Constituição de 1937 e voltou na Constituição de 1946.

Ele surgiu como decorrência do desenvolvimento da doutrina brasileira do habeas corpus. Quando a Emenda de 1926 restringiu o uso dessa medida às hipóteses de ofensa ao direito de locomoção, os doutrinadores passaram a procurar outro instituto para proteger os demais direitos. Sob inspiração dos writs do direito norte-americano e do juízo de amparo do direito mexicano, instituiu-se o mandado de segurança.

Está hoje previsto no artigo 5º, LXIX, da Constituição e disciplinado pela Lei nº 1.533, de 31-12-51.

17.5.4.4.2 Conceito e pressupostos

Mandado de segurança e a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus nem habeas data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Além dos pressupostos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, são pressupostos específicos do mandado de segurança:

1. ato de autoridade;
2. ilegalidade ou abuso de poder;
3. lesão ou ameaça de lesão;
4. direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

Quanto ao primeiro requisito, considera-se ato de autoridade todo aquele que for praticado por pessoa investido de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). E abrange também atos emanados de particulares que ajam por delegação do poder público. É o que decorre do próprio preceito constitucional, que fala em ilegalidade ou abuso de poder praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Com relação às entidades particulares, cabe mandado de segurança quando atuem por delegação e nos limites da delegação; quando exerçam atividades que nada têm a ver com essa delegação, não cabe o mandado de segurança. Além disso, se exercerem atividades autorizadas, com base no poder de polícia do Estado, e que não se inserem entre as atividades próprias do poder público também não cabe essa medida. É o que ocorre com os serviços de táxi, hospitais particulares, estabelecimentos bancários, companhias de seguro.

O artigo 1º, § 1º, da Lei nº 1.533 considera autoridade, para os efeitos dessa lei, “os representantes ou órgãos dos Partidos Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público somente no que entender com essas funções”.

Por sua vez, no âmbito judicial, a necessidade de tratar-se de função delegada para cabimento da medida, ficou expressa na Súmula nº 510, do STF:

“Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.”

A esse propósito, a jurisprudência tem admitido mandado de segurança contra agentes de:

1. estabelecimentos particulares de ensino, embora exerçam funções apenas autorizadas e não delegadas pelo Poder Público (acórdãos in RT 496/77, 497/fi9, 498/84, 502/55);
2. sindicatos, no que diz respeito à cobrança da contribuição sindical;
3. agentes financeiros que executam planos governamentais, sob as normas e a fiscalização do Poder Público, como ocorre com os agentes financeiros do Sistema Financeiro de Habitação;
4. serviços sociais autônomos que, embora de natureza privada, recebem parcela da contribuição arrecadada pela Previdência Social, para, em troca, prestar assistência a determinadas categorias de trabalhadores; é o caso do SESI, SESC, SENAI, Legião Brasileira de Assistência e outras entidades congêneres.

É contra a autoridade responsável pelo ato - chamada autoridade coatora - que se impetra o mandado de segurança e não contra a pessoa jurídica. Na hipótese de haver

mais de cima autoridade, como no caso de atos complexos e compostos, todas elas devem ser citadas uma vez que nesse tipo de ato, que só se aperfeiçoa com a manifestação de duas ou mais vontades, o desfazimento exigirá a mesma participação.

O mesmo não ocorre no caso do simples executor material do ato, que não participa da formação da vontade, quer para fazer, quer para desfazer o ato. Desse modo, autoridade coatora será aquela que determinou a execução do ato, uma vez que ela é que dispõe do poder decisório. O executor não é autoridade, para fins de mandado de segurança; mas se cumpre ato manifestamente ilegal, responderá juntamente com o ordenador do ato, conforme decidiu o TFR em acórdão publicado na RDA 155/103.

Em caso de omissão do poder público, autoridade coatora é aquela que a lei indica como competente para praticar o ato.

Embora a regra seja a de que a autoridade coatora, mesmo no caso de ato comissivo, é a que dispõe de competência para corrigir o ato ilegal, na realidade nem sempre isso ocorre, pois, no mandado de segurança, legitimado passivo é o “responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”, segundo expressão que consta do próprio dispositivo constitucional. Se o ato foi praticado por determinada autoridade, ainda que incompetente, contra ela cabe a impetração, já que é a responsável pela ilegalidade, cabendo-lhe a obrigação de desfazer o ato se o mandado for concedido.

Outro pressuposto do mandado de segurança é a ilegalidade ou abuso de poder. Bastaria a menção à ilegalidade, que o abuso de poder já estaria compreendido no vocábulo.

Os atos administrativos são ilegais por vícios quanto ao sujeito, ao objeto, ao motivo, à finalidade e à forma, valendo o que foi dito no Capítulo 7, concernente aos atos administrativos.

O terceiro pressuposto é a lesão ou ameaça de lesão, o que permite inferir que o mandado de segurança pode ser repressivo, quando a lesão já se concretizou, ou preventivo quando haja apenas ameaça de lesão.

O direito, além de líquido e certo, deve estar sendo lesado ou ameaçado de lesão por atos executórios e aptos a produzir efeitos, sem o que não se configura o interesse de agir. Por isso mesmo, não cabe mandado de segurança contra atos preparatórios de decisão posterior, contra projeto de lei em tramitação, contra pareceres; não contendo decisões exequíveis, são insuscetíveis de causar lesão ou ameaça de lesão. Mesmo no caso de mandado preventivo, a ameaça só é concreta, real, quando a decisão já foi emitida, embora ainda não executada.

Apenas em caso de omissão, a exigência perde sentido, uma vez que, nesse caso, o objetivo do mandado é precisamente a de provocar a edição do ato; é a omissão que causa lesão ou ameaça de lesão.

Finalmente, o último requisito é o que concerne ao direito líquido e certo. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz.

Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança

inexiste a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.

Apenas se admite a ressalva contida no artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533: “no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria autoridade coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição”.

Também é aceitável, mesmo após o ajuizamento da inicial, ajuntada de parecer jurídico, já que este não constitui prova, mas apenas reforça a tese jurídica defendida pelo impetrante.

O direito líquido e certo deve apresentar alguns requisitos, além da certeza quanto aos fatos:

1. certeza jurídica, no sentido de que o direito deve decorrer de norma legal expressa, não se reconhecendo como líquido e certo o direito fundamentado em analogia, equidade ou princípios gerais de direito, a menos que se trate de princípios implícitos na Constituição, em decorrência, especialmente, do artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;

2. direito subjetivo próprio do impetrante no sentido de que o mandado somente é cabível para proteger direito e não simples interesse e esse direito deve pertencer ao próprio impetrante; ninguém pode reivindicar, em seu nome, direito alheio, conforme decisões unânimes do STF in RTJ 110/1026 e RDA 163/77. Não destoa desse entendimento a norma do artigo 1º, § 2º, da Lei nº 1.533, em consonância com a qual “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”, porque, nesse caso, cada qual estará agindo na defesa de direito próprio.

Atualmente, a pessoa jurídica pode impetrar mandado de segurança para defender direito individual de seu associado, com base no artigo 5º, XXI, da Constituição; pode defender direito próprio da pessoa jurídica e, agora, interesse coletivo dos seus membros, por meio do mandado de segurança coletivo. Isto, no entanto, não permite utilizar o mandado de segurança em substituição à ação popular, conforme Súmula nº 101, do STF.

3. direito líquido e certo referido a objeto determinado, significando que o mandado de segurança não é medida adequada para pleitear prestações indeterminadas, genéricas, fungíveis ou alternativas; o que se objetiva com o mandado de segurança é o exercício de um direito determinado e não a sua reparação econômica: por isso mesmo, a Súmula nº 269, do STF, diz que “o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança”. Assim, o objeto do mandado de segurança é a anulação do ato ilegal ou a prática de ato que a autoridade coatora omitiu; se concedido o mandado, a execução se fará por ofício do juiz à autoridade para que anule o ato ou pratique o ato solicitado; não cumprida a execução, incidirá a autoridade no crime de desobediência. Não há a execução forçada no mandado de segurança.

Existe uma única hipótese em que, com base em decisão proferida no mandado de segurança, é possível pleitear o pagamento de prestações pecuniárias por meio de processo de execução, sob a modalidade de liquidação por cálculo do contador: é a hipótese prevista na Lei nº 5.021, de 9-6-66, que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Nos termos de seu artigo 1º, “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”.

Em consonância com o § 3º do mesmo dispositivo, “a sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (art. 906 a 908 do CPC), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal” (atual art. 100). Com relação a atrasados anteriores ao ajuizamento da ação, devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula nº 271, do STF).

Apesar de permitida a impetração para efeitos pecuniários, na hipótese assinalada, a Lei nº 5.021, no artigo 1º, § 4º, veda expressamente a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias. Além disso, a execução somente se fará depois de transitada em julgado a sentença (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348, de 26-6-64), não cabendo execução provisória na pendência de recurso extraordinário; e o recurso voluntário ou ex officio, interposto de decisão concessiva de mandado que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. O que se quer é evitar que o funcionário receba a vantagem com o risco de ter que devolvê-lo depois.

17.5.4.4.3 Restrições

Pelo exposto no item anterior, já se deduzem algumas hipóteses em que não cabe mandado de segurança, por ausência de algum de seus pressupostos. Mas, além disso, existem determinados casos em que, por força de lei ou de jurisprudência, não é cabível essa medida:

1. para assegurar a liberdade de locomoção, exclusão que decorre do próprio artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição, quando prevê o mandado para proteger “direito líquido e certo não amparado por habeas corpus”; como este é cabível para proteção do direito de locomoção (art. 5º, LXVIII), ele exclui o cabimento do mandado de segurança, salvo no caso de punições disciplinares militares, porque aqui não cabe habeas corpus, conforme artigo 142, § 2º, da Constituição. A exclusão do habeas corpus não impede a propositura de mandado de segurança, já que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV);

2. para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante ou a retificação de dados, porque nesse caso cabe habeas data (art. 5º, LXXII); a exclusão do mandado de segurança decorre também do artigo 5º, LXIX, mas não impede o uso dessa medida para a garantia do direito à informação previsto no inciso XXXIII do mesmo dispositivo, ressalvado, nesse caso, o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

3. para corrigir lesão decorrente de lei em tese; pela Súmula nº 266, do STF, “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. O entendimento decorre do fato de que o mandado de segurança só é meio idôneo para impugnar atos da Administração que causem efeitos concretos; por meio dele, objetiva-se afastar a aplicação da lei no caso específico do impetrante; e, como a decisão produz efeitos apenas entre as partes, a lei continuará a ser aplicada às demais pessoas a que se dirige. Não se pode, por meio de mandado de segurança ou mesmo por ações ordinárias, pleitear a anulação de uma lei pelo Poder Judiciário; a única via possível é a ação direta de arguição de inconstitucionalidade, com base nos artigos 102, I, e 103, da Constituição.

No entanto, o rigor desse entendimento foi aos poucos abrandado pela jurisprudência, que passou a admitir o mandado de segurança contra a lei em duas hipóteses: na lei de efeito concreto e na lei auto-executória, o que se aplica também aos decretos de efeito concreto e auto-executórios.

Lei de efeito concreto é aquela emanada do Poder Legislativo, segundo o processo de elaboração das leis, mas sem o caráter de generalidade e abstração próprio dos atos normativos. Ela é lei em sentido formal, mas é ato administrativo, em sentido material (quanto ao conteúdo), já que atinge pessoas determinadas. Por exemplo, uma lei que desaproprie determinado imóvel ou que defina uma área como sendo sujeita a restrições para proteção do meio ambiente. Leis dessa natureza produzem efeitos no caso concreto, independentemente de edição de ato administrativo; na falta deste, o mandado deve ser impetrado diretamente contra a lei.

Lei auto-executória é a que independe de ato administrativo para aplicar-se aos casos concretos. Além da própria lei de efeito concreto, que é auto-executória, também o são as que encerram proibição.

Nesses casos, admite-se o mandado de segurança, que deve ser impetrado contra o Legislativo e contra o Chefe do Executivo que a sancionou, já que a lei é ato complexo, que resulta da manifestação de vontade dos dois órgãos.

Além disso, entendemos ser possível a impetração em caráter preventivo, não contra quem aprovou a lei, mas contra a autoridade administrativa que irá aplicá-la ao caso concreto. Em hipóteses como essa, a promulgação da lei traz uma ameaça certa de lesão, que pode ser afastada, preventivamente, por meio do mandado de segurança.

4. Conta ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução (art. 5º, I, da Lei nº. 1.533); quando o recurso administrativo tem efeito suspensivo (o que só ocorre quando a lei o diz expressamente), o ato não produz efeitos e, portanto, não causa lesão, enquanto não decidido o recurso; a impetração de segurança na pendência dessa decisão configura falta de interesse de agir; a situação é diversa quando, para recorrer, a lei exige caução (garantia), hipótese em que o mandado pode ser desde logo impetrado.

Com base nesse dispositivo, alguns entendem que, sendo cabível recurso administrativo com efeito suspensivo, é necessária a prévia exaustão das vias administrativas para propositura do mandado. Houve julgados nesse sentido (STF, in Arquivo Judiciário, v.112/63; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, in RF 118/512).

Porém, a jurisprudência evoluiu para admitir o mandado de segurança, mesmo que seja cabível o recurso administrativo com efeito suspensivo, desde que o interessado tenha deixado escoar o prazo, sem recorrer. Nesse sentido, decisão publicada na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo 45/278; também acórdãos proferidos pelo TFR no AMS - 89.104-RJ, DJU 26-2-81, p. 1.272, e AMS -108.005-RJ, DJU 24-10-85, p. 19.070. Na realidade, a exaustão das vias administrativas ocorre quer na hipótese de propositura de todos os recursos cabíveis, com a decisão final do último, quer na hipótese de perda do prazo para recorrer. Assim, se o interessado não quiser recorrer administrativamente, poderá deixar escoar o prazo ou renunciar ao recurso administrativo e impetrar a segurança; o que não pode é propor a ação enquanto pendente de decisão o recurso com efeito suspensivo.

Em se tratando de omissão do poder público, mesmo que caiba recurso, pode o interessado impetrar o mandado, conforme Súmula nº 429, do STF; isto por razões óbvias: se há omissão, não há como suspender os seus efeitos.

Se o recurso administrativo não tiver efeito suspensivo, nada impede a propositura concomitante do mandado, consoante decorre do artigo 5º, I, da Lei nº 1.533. No entanto, essa propositura concomitante gera determinada consequência: o recurso administrativo vai deslocar a competência para correção do ato, pois, no momento em que é interposto, a matéria sai da competência da autoridade que o emitiu e passa a ser da competência daquela que decidirá o recurso; assim, muda a autoridade coatora e poderá, como consequência, mudar também a competência jurisdicional para decisão do mandado.

Partindo-se da tese de que o mandado deve ser impetrado contra a autoridade competente para corrigir o ato e a de que deve ser julgado conforme proposto pelo impetrante, a conclusão lógica é a de que a propositura do mandado de segurança implica a desistência do recurso já apresentado na via administrativa.

5. contra despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via correição (art. 5º, II, da Lei nº 1.533); não obstante a clareza do dispositivo, a jurisprudência passou a admitir o mandado de segurança mesmo quando caiba recurso, desde que este não tenha efeito suspensivo e da decisão possa resultar dano irreparável. Apesar de contrariar, de certo modo, a letra da lei, o entendimento está mais de acordo com o artigo 5º, XXXV, da Constituição, que veda seja excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Essa tese foi defendida pelo STF no RE 76.909, em acórdão proferido em 5-12-73 e publicado na RTJ 70/504: caberá mandado de segurança contra ato judicial quando este só for impugnável por recurso sem efeito suspensivo e desde que demonstrado que ocorrerá dano irreparável. A mesma tese foi admitida posteriormente em outros julgados (RTJ 72/743, 91/181, 95/335, 103/215; RT 503/222, 592/257).

Entende-se, no entanto, que, paralelamente ao mandado de segurança, deve ser interposto o recurso, pois, sem este, “a impetração do mandado de segurança não se beneficia da jurisprudência da Corte que dá pelo cabimento do writ quando o recurso não tem efeito suspensivo e há possibilidade de prejuízo irreparável, pois sem o tempestivo recurso a decisão transita em julgado e o mandado de segurança enfrenta a Súmula 268” (RTJ 118/730). Mas no Código de Processo Civil anotado por Theotônio Negrão (1988:869), está citada jurisprudência admitindo o mandado mesmo quando não interposto o recurso, ou porque impetrado contra decisão que, embora recorrível, era de natureza provisória ou, mais amplamente, contra decisão teratológica ou de flagrante

ilegalidade, hipótese em que os Tribunais não aplicam nem a Súmula nº 267, nem a Súmula nº 268.

Pela Súmula nº 268, “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”, que encontra exceção já acolhida na jurisprudência citada.

6. contra ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial(art. 5º, III, da Lei nº 1.533). O dispositivo afasta o exame do mérito do ato disciplinar. Além disso, com relação a atos dessa natureza, u mandado de segurança é considerado meio inadequado para exame dos motivos,

ou seja, dos fatos que ensejaram a punição, a menus que a prova de sua inexistência ou falsidade acompanhe a petição inicial; a inexistência de fase instrutória nu mandado de segurança impede u exame da matéria de fato não comprovada na inicial.

17.5.4.4.4 Anotações quanto ao processo

Não cabe nesta obra estudo aprofundado do processo judicial do mandado de segurança, o que não impede algumas anotações relevantes.

O rito é sumaríssimo, compreendendo, basicamente: despacho da inicial, com ou sem concessão de liminar e notificação à autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 dias; prestadas ou não as informações, será ouvido o Ministério Público no prazo de 5 dias e, após, o juiz ou Tribunal proferirá a decisão, no prazo de 5 dias.

Legitimado ativo é a pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, órgão público ou universalidade patrimonial, titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão.

Legitimado passivo é a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado que esteja no exercício de atribuições do poder público. A matéria é controvertida porque, para alguns, sujeito passivo é a autoridade coatora, já que ela é que presta as informações e cumpre o mandado; no entanto, esse entendimento deve ser afastado quando se observa que a fase recursal fica a cargo da pessoa jurídica e não do impetrado e que os efeitos decorrentes do mandado são suportados pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora.

Objeto do mandado é a anulação de ato ilegal ofensivo de direito líquido e certo ou a prática de ato omitido pela autoridade competente.

A causa de pedir é a ilegalidade ou abuso de poder e a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.

A autoridade coatora é notificada (e não citada) para prestar informações (e não contestação) no prazo de 10 dias; essas informações são prestadas pela própria autoridade coatora e não por meio de procurador e, como correspondem à contestação da pessoa jurídica, devem conter todas as defesas possíveis, quanto à preliminar e quanto ao mérito.

Admite-se a informação fora do prazo, desde que o atraso seja justificável, e ainda seja oportuna a sua apreciação, conforme artigo 105, § 3º, do Regimento Interno do STF.

A sentença é mandamental, porque contém uma ordem dirigida à autoridade coatora, e é de execução imediata, cumprindo-se por ofício do juiz, transmitido por oficial de justiça ou pelo correio, conforme artigo 11 da Lei nº 1.533. Apenas no caso de pagamento de

vantagens pecuniárias ao servidor público, com base na Lei nº 5.021, o mandado de segurança comporta liquidação por cálculo do contador.

Os recursos cabíveis são:

1. apelação contra a sentença que negue ou conceda a segurança (art. 12 da Lei nº 1.533) ou contra a que indefira liminarmente o pedido (art. 8º, parágrafo único); a apelação tem efeito apenas devolutivo, podendo a sentença ser executada provisoriamente, salvo na hipótese prevista no artigo 7º da Lei nº 4.348, de 26-6-64;
2. recurso de ofício da sentença que conceder o mandado; ele decorre do artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533, segundo o qual a sentença que conceder o mandado fica sujeita a duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente ;
3. agravo regimental do despacho do Presidente do Tribunal que suspender a execução da sentença ou cassar a liminar, conforme previsto no artigo 13 da Lei nº 1.533, artigo 4º da Lei nº 4.348 e artigo 297 do Regimento Interno do STF; pela Súmula nº 506, esse agravo cabe somente do despacho do Presidente do STF que defere a suspensão da liminar, não do que a denega. O mesmo entendimento é válido para os demais Tribunais.
4. recurso extraordinário nas hipóteses do artigo 102, III, da Constituição;
5. recurso ordinário ao STF contra decisão denegatória, em única instância, dos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 102, inciso II, “a”, da Constituição.

Com relação aos embargos infringentes, muita discussão se lavrou em face do artigo 20 da Lei nº 1.533, que revogou os dispositivos do CPC de 1930 sobre mandado de segurança; dentre esses dispositivos estava o artigo 833, que admitia embargos contra acórdãos não unânimes proferidos em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Depois de alguma hesitação, acabou por prevalecer o entendimento de que esse dispositivo, na parte relativa ao mandado de segurança, estava revogado, dando origem à Súmula nº 597, do STF, segundo a qual “não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

A regra é a de que cabem no mandado de segurança aqueles recursos que sejam possíveis em qualquer espécie de processo; mas a regra do artigo 833 do anterior CPC, que admitia os embargos apenas para determinadas ações, foi considerada revogada, quanto ao mandado de segurança, porque não repetida na Lei nº 1.533.

Quando entrou em vigor a Lei nº 6.014, de 27-12-73, adaptando a Lei nº 1.533 ao novo CPC, reabriu-se a dúvida, porque se deu nova redação ao artigo 12 dessa lei, para substituir o agravo de petição pela apelação. Mas o STF, em decisão proferida no RE 83.246, por maioria de votos, entendeu não cabíveis os embargos, porque o procedimento do mandado de segurança é inteiramente regulado por lei especial, não se lhe aplicando o CPC a não ser que haja norma expressa, como a do artigo 19 da Lei nº 1.533 ; além disso, a propositura de embargos seria incompatível com a celeridade que se exige no processo do mandado de segurança (in RTJ 80/185). O argumento se reforça agora, com a nova Constituição, que, com a previsão de recurso ordinário ao STF, em caso de decisão denegatória, dá ao impetrante a possibilidade de ver reapreciada a decisão que lhe é desfavorável.

A legitimidade para recorrer, no mandado de segurança, é da pessoa jurídica e não da autoridade coatora (RTJ 105/404, 114/1225; RDA 155/100, 150/162; RT 600/243).

Também pode recorrer o terceiro prejudicado, com base no artigo 499 do CPC.

Pela Súmula nº 392, do STF, “o prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão”.

Para a pessoa jurídica de direito público aplica-se a regra do artigo 188 do CPC, que lhe confere prazo em dobro.

Com relação à coisa julgada, o artigo 16 da Lei nº 1.533 determina que “o pedido de mandato de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. E a Súmula nº 304, do STF, fixou o entendimento de que “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”; vale dizer que, se a denegação se deu quanto ao mérito, por ter entendido o juiz que o impetrante não faz jus ao direito pleiteado, a decisão transita em julgado, impedindo que o mesmo direito seja pleiteado por ação ordinária. Se não houver julgamento de mérito, tendo sido extinto o processo por falta de pressupostos para sua impetração, pode ser proposta ação ordinária, visando a proteção do mesmo direito, ou outro mandado de segurança, desde que não exaurido o prazo de 120 dias.

A Lei nº 1.533 prevê a concessão de liminar no mandado de segurança. o que deverá ser feito pelo juiz ao despachar a inicial (art. 7º, II); são requisitos para sua concessão: que seja relevante o fundamento e do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida caso seja deferida.

A concessão da liminar não cabe:

1. nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, quando se vise, com a liminar, a entrega de mercadoria, bem ou coisa (art. 1º da Lei nº 2.770 de 4-5-56);
2. para pagamentos de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021, de 9-6-56);
3. nos mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei nº 4.348, de 26-6-64);
4. nos mandados de segurança interpostos até 15-9-1992, que versem matérias reguladas pelas Leis nºs 8.012, 8.014, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, 8.036, todas de abril de 1990, e 8.039, de 30-5-90 (Lei nº 8.076, de 23-8-90).

De acordo com o artigo 1º, “b”, da Lei nº 4.348, a medida liminar tem eficácia pelo prazo de 90 dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por 30 dias, quando provavelmente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação. Se o julgamento ocorrer antes de findo o prazo, extingue-se a liminar.

Pelo artigo 4º da mesma lei, a liminar pode ser suspensa a pedido da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública; dessa decisão cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 dias contados da publicação do ato.

E o artigo 2º da mesma Lei nº. 4.348 prevê a revogação da medida liminar, ex officio ou a requerimento do Ministério Público, quando o impetrante criar obstáculo ao normal

andamento do processo, deixar de promover, por mais de três dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de 90 dias.

Admite-se, ainda, com base no art. 807 do CPC, que o juiz revogue a liminar quando se convencer, após a sua concessão, de que ela não se justificava; essa hipótese é tanto mais defensável quando se considera que o juiz tem que decidir sobre a liminar ao despachar a petição inicial e, portanto, sem ouvir a autoridade coatora; de modo que é possível, após as informações por esta prestadas, convencer-se do não cabimento da liminar.

Discute-se se é cabível ou não algum recurso contra a decisão que denega a liminar, uma vez que a lei não o prevê; cogita-se do agravo de instrumento e do mandado de segurança. O primeiro apresenta o inconveniente: de não ter efeito suspensivo, podendo tornar-se inócua a sua interposição. O segundo é cabível, com base no artigo 5º, inciso II, da própria Lei nº 1.533, que prevê, implicitamente, o cabimento do mandado de segurança quando não haja outro recurso previsto nas leis processuais para modificação da decisão judicial.

A competência para julgar os mandados de segurança é definida em razão da autoridade que praticou o ato e da sede funcional; pela Constituição Federal, cabe:

1. ao STF:

a) processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-geral da República e do próprio STF (art. 102, I, “d”);

b) julgar, em recurso ordinário, o mandado de segurança decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; essa competência, que era prevista na Constituição de 1946 e extinta na de 1967, é agora restabelecida (art. 102, II, “a”);

2. ao Superior Tribunal de Justiça:

a) processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato de Ministro do Estado ou do próprio Tribunal (art. 105, I, “b”);

b) julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão (art. 105, II, “b”)

3. aos Tribunais Regionais Federais: processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (art. 108, I, “c”);

4. aos Juízes Federais: processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais (art. 109, VIII).

Os artigos 111, § 3º, 121 e 124, parágrafo único, remetem à lei a fixação de competência dos Tribunais do Trabalho, Eleitorais e Militares.

A Constituição do Estado de São Paulo atribui competência:

1. ao Tribunal de Justiça, para processar e julgar originariamente os mandados de segurança contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembléia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital (art. 74, III);

2. ao Tribunal de Alçada, para julgar todos os mandados de segurança relacionados com causa cujo julgamento, em grau de recurso, lhe seja atribuído por lei (art. 79, § 1º).

Quanto às demais autoridades estaduais e municipais, prevalece a competência das Varas da Fazenda Pública e, nas comarcas onde estas não existirem, a competência da justiça comum.

17.5.4.4.5 Prazo

O artigo 18 da Lei nº 1.533 estabelece que “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Trata-se de prazo de decadência, que não admite interrupção nem suspensão.

Quanto ao início do prazo (dies a quo), é preciso distinguir:

1. se o mandado é interposto contra ato lesivo já praticado, o prazo começa a correr a partir da ciência do ato; nenhuma consequência terá a interposição de recurso administrativo sem efeito suspensivo, porque o ato já está causando lesão e, em consequência, o prazo de decadência já está correndo; mas se o recurso tem efeito suspensivo, o prazo começa a correr quando decidido o último recurso ou quando se esgotar o prazo para recorrer administrativamente;
2. se o mandado é interposto contra omissão, duas hipóteses devem ser distinguidas: se a Administração está sujeita a prazo para praticar o ato, esgotado esse prazo, começam a correr os 120 dias para impetração da segurança, conforme decisão do STF, in RTJ 53/637; se a Administração não está sujeita a prazo legal para a prática do ato, não se cogita de decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado;
3. se o mandado é interposto preventivamente, quando haja ameaça de lesão, também não se cogita de decadência, porque enquanto persistir a ameaça há a possibilidade de impetração.

17.5.4.5 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo constitui mais uma inovação da Constituição de 1988, cujo artigo 5º, inciso LXX, determina:

“LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Um primeiro dado que salta aos olhos é o fato de que o dispositivo não indicou os pressupostos da medida, como o fez em relação aos outros remédios constitucionais. Isto permite uma primeira conclusão: os pressupostos são os mesmos previstos no

inciso LXIX para o mandado de segurança individual, a saber, ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Não há outra conclusão possível, porque, se o constituinte não definiu a medida, é porque ela já estava delimitada, quanto aos seus pressupostos, no inciso anterior. Ficou sendo o mandado de segurança o gênero que comporta duas espécies: o individual e o coletivo.

Outra observação que decorre de interpretação literal é quanto ao fato de ter o dispositivo separado em duas alíneas diversas, de um lado, o partido político, e, de outro, a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Qualquer dessas entidades pode ser sujeito ativo do mandado de segurança coletivo, mas, enquanto as indicadas na alínea “b” só podem agir “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, o partido político, em relação ao qual não se fez a mesma restrição, poderá agir na defesa de interesses que extrapolam aos de seus membros ou associados; caso contrário, não haveria razão para mencioná-lo, separadamente, na alínea “a”.

Isto se liga ao fato de que o partido político defende interesses de uma coletividade muito maior do que os interesses a cargo das demais entidades legitimadas para o mandado de segurança coletivo.

Consoante artigo 1º da Lei nº 9.096, de 19-9-95, “o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos humanos fundamentais, definidos na Constituição Federal”.

Com base nesse dispositivo, que defini: os objetivos dos partidos políticos, Lúcia Valle Figueiredo (1989^a:22) conclui, com razão, que “tudo que atina aos direitos humanos fundamentais, à autenticidade do sistema representativo pode ser objeto de mandado de segurança coletivo”. E cita vários exemplos extraídos da Constituição Federal: o desrespeito ao artigo 5º, XLIX, que assegura ao preso o respeito à integridade física e moral; o descumprimento do artigo 58, § 4º, que exige, durante o recesso parlamentar, a presença de comissão representativa do Congresso Nacional com composição proporcional, tanto quanto possível; discriminações entre brasileiros natos e naturalizados em hipóteses não previstas na Constituição; prática do racismo.

Já com relação ao sindicato, entidade de classe ou associação, referidas na alínea “b” do inciso LXX, o interesse que elas podem defender é mais restrito, porque há de se referir à classe na categoria de pessoas que congregam, conforme decorre da redação do texto constitucional.

O sindicato só pode agir no interesse da categoria profissional que n compõe; a entidade de classe só pode defender interesses de seus associados, relacionados com os objetivos sociais. Com relação à associação há a exigência de que esteja constituída legalmente há pelo menos um ano; o objetivo é claro: quer-se evitar a impetração de mandados de segurança coletivos por entidades constituídas aleatória e transitoriamente apenas com esse objetivo.

Outro aspecto que suscita dúvidas é o referente à natureza do interesse defendido:

será o individual, de cada um dos membros componentes da pessoa jurídica, ou será o coletivo, pertinente a toda a classe ou categoria que congrega a entidade? Outra dúvida diz respeito à exigência ou não de autorização expressa para essa representação.

Essas questões têm gerado muita controvérsia, a nosso ver, pela precipitada e indevida conjugação do dispositivo concernente ao mandado de segurança coletivo com a norma do artigo 5º, XXI, da Constituição, que atribui às entidades associativas, “quando expressamente autorizadas”, legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Esse preceito deve ser interpretado nos seus devidos termos. Ele vem trazer uma inovação que não constava do regime anterior, ao autorizar as entidades associativas a representarem seus membros em juízo ou fora dele.

Essa norma vem pôr fim a uma controvérsia que gravitava especialmente em torno do mandado de segurança, sobre a possibilidade de a pessoa jurídica propor a ação na defesa de direito de seus associados; a tese que prevalecia era a contrária a essa possibilidade. Hoje não mais se justifica a controvérsia, porque o inciso XXI do artigo 5º previu a representação sem outras restrições que não a de expressa autorização do representado.

Isto não permite a conclusão de que, nesse caso, haverá mandado de segurança coletivo, mesmo que a entidade represente, em um só mandado, vários de seus associados. Haverá mandado de segurança individual, em que a entidade, devidamente autorizada por cada um dos interessados, agirá como substituto processual, defendendo direito alheio.

A mesma conclusão é possível com referência ao artigo 8º, III, da Constituição, que atribui ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Uma hipótese é a defesa de direitos individuais, que exige representação devidamente autorizada e que dá margem ao mandado de segurança individual. Outra hipótese é a defesa dos direitos coletivos de toda a categoria, o que se fará pelo mandado de segurança coletivo, independentemente de autorização expressa.

Com efeito, se a associação de classe só pode defender interesses pertinentes aos membros que a integram, esses interesses já estão definidos nos objetivos sociais da entidade, independentemente de autorização expressa para essa defesa; se os interesses não estão incluídos nos objetivos sociais da entidade, esta não poderá defendê-los por via do mandado de segurança coletivo, a menos que seja feita alteração estatutária pelos meios legais.

Preciso é, a esse respeito, o pensamento de Calmon Passos (1989:15): “se o interesse é individual, exclusivo, ou específico, só o seu titular está autorizado a defendê-lo via mandamus. Nada obsta que esse seu interesse, mesmo quando exclusivo ou específico, receba o apoio de entidade na qual ele se insere. Para isso, deve autorizá-la a representá-la em juízo, recebendo, na defesa de seu direito, o apoio da força social ou política da entidade a que se filia. Mas se o interesse é também compartilhado por outros, que têm interesse de igual natureza, assim como poderiam esses sujeitos titulares de interesses semelhantes associar-se, como litisconsortes, em um só mandamus, podem ser defendidos, ter os seus interesses patrocinados ou postulados pela entidade em que se associam, justamente por força da afinidade que esse interesse (compartilhado) guarda com o interesse ou função, ou fim básico da entidade. Aqui a aquiescência é irrelevante.

Não pode o associado impedir uma atuação que é de benefício comum. Faltar-lhe-ia qualidade para tanto”.

Vale dizer que o mandado de segurança coletivo é instrumento utilizável apenas para defesa do interesse coletivo da categoria integrante da entidade de classe ou do sindicato, devendo entender-se por interesse coletivo, não a soma dos interesses individuais, mas aquele que pertence ao todo, que é despersonalizado e que se torna, em geral, indisponível, por colocar-se acima dos direitos individuais.

Poder-se-ia argumentar que é irrelevante concluir que, para defender os associados em juízo, o instrumento adequado é o mandado de segurança individual ou o coletivo. Mas assim não é, pois os efeitos da decisão serão diversos em um e outro caso; no individual, a decisão produzirá efeitos apenas em relação aos titulares de direitos devidamente representados; no coletivo, a decisão terá efeitos para toda a categoria integrante da entidade ou do sindicato.

Lúcia Valle Figueiredo (1989^a:36) defende a tese de que, em sendo desfavorável a decisão, ela não fará coisa julgada, pois não impedirá a interposição de mandado de segurança individual.

Quanto aos partidos políticos, a decisão produzirá efeitos em relação a todos os atingidos pelo ato lesivo impugnado por via do mandado de segurança coletivo.

A matéria ora exposta está longe de ser pacífica. Merece menção a opinião autorizada de José Afonso da Silva (1989:395) que, apoiado na lição de Celso Agrícola Barbi, entende que o mandado de segurança coletivo, em especial no que se refere às entidades de classe e associativas, se destina a reclamar direitos subjetivos individuais dos associados.

Quanto ao processo, deve ser observado o mesmo estabelecido para o mandado de segurança individual, pela Lei nº 1.533, de 31-12-51.

A competência vem definida nos mesmos dispositivos concernentes ao mandado de segurança individual, uma vez que os dispositivos não distinguem entre o individual e o coletivo.

17.5.4. 6 AÇÃO POPULAR

17.5.4.6.1 Evolução

A ação popular já existia no direito romano, com características muito semelhantes ao instituto previsto no direito positivo brasileiro, pois, por meio da *actio popularis*, qualquer pessoa do povo (*populus*) podia dela fazer uso para a defesa de interesses da coletividade.

No direito brasileiro ela foi prevista, pela primeira vez, na Constituição de 1934 abolida na de 1937 e instituída novamente na de 1946, embora em nenhuma delas aparecesse a expressão ação popular. Apenas com a Lei nº. 4.717, de 29-6-65, ainda em vigor, utilizou-se a expressão no direito positivo.

É curioso observar que desde a sua instituição, pela Constituição de 1946, o instituto começou a ser utilizado, embora a lei regulamentadora só tivesse sido promulgada 19 anos depois; entendeu-se ser auto-aplicável o dispositivo.

Pela Constituição de 1967, “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. Só era, portanto, cabível, para proteção do patrimônio público.

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento de ação popular, ao estabelecer, no artigo 5º, LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo

ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

No entanto, prevalecem as duas características básicas: o fato de que sua titularidade cabe a qualquer cidadão e o de que este age na defesa do interesse público e não de interesse individual.

Ampliaram-se os seus fundamentos, para admitir-se a sua propositura em quatro hipóteses: lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A ação popular foi a primeira que surgiu no direito brasileiro com características que a distinguem das demais ações judiciais; nestas, o autor pede a prestação jurisdicional para a defesa de um direito subjetivo próprio, sob pena de ser julgado carecedor da ação, por falta de interesse de agir. Na ação popular, o autor pede a prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger.

Hoje existem outros remédios que refogem também às características tradicionais do processo judicial, pela possibilidade de sua interposição na defesa de direitos ou interesses coletivos. Trata-se do mandado de segurança coletivo e da ação civil pública.

17.5.4.6.2 Conceito e pressupostos

Ação popular é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão. Além das condições da ação em geral - interesse de agir, possibilidade jurídica e legitimação para agir - são pressupostos da ação popular:

1. qualidade de cidadão no sujeito ativo;
2. ilegalidade ou imoralidade praticada pelo poder público ou entidade de que ele participe;
3. lesão ao patrimônio público à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Cidadão é o brasileiro, nato ou naturalizado, que está no gozo dos direitos políticos, ou seja, dos direitos de votar e ser votado. A rigor, basta a qualidade de eleitor, uma vez que o artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717 exige que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, seja feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Seabra Fagundes (1984:316) ensina que, não obstante a discriminação que se faz doutrinariamente entre cidadania ativa e passiva e apesar da Constituição empregar o vocábulo cidadão, sem qualquer qualificativo, “deve entender-se que essa palavra, no que concerne ao direito de agir judicialmente, se refere ao titular da cidadania ativa, ou seja, ao eleitor. E acrescenta que, se ao instituir o direito de petição a Constituição (de 1967) o defere a qualquer pessoa (hoje o defere a “todos”, pelo art. 5º, XXXIV), e ao instituir o direito à propositura da ação popular o atribui ao “cidadão”, é porque aqui a titularidade é mais restrita, o que se confirma pela já citada norma do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717.

Quanto ao segundo pressuposto da ação, ilegalidade ou imoralidade, muito se tem discutido, quer quanto à exigência de ilegalidade como causa de pedir, ao lado da lesividade, quer quanto à possibilidade da simples imoralidade constituir-se em fundamento da ação.

A Constituição de 1946, no artigo 141, § 38, dizia que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

A redação do dispositivo, com as expressões “anulação ou declaração de nulidade”, deu margem a grandes controvérsias; a tese que acabou predominando foi a da necessidade de conjugação dos dois fundamentos - ilegalidade e lesividade - como requisito para propositura da ação popular. Esse entendimento foi defendido por Frederico Marques, em 1948, antes, portanto, da Lei nº 4.717, em decisão judicial proferida em ação popular movida por um partido político contra o Governo do Estado de São Paulo, em decorrência da aquisição e posterior alienação, aos antigos proprietários, do Jornal “O Estado de São Paulo” (in RT 181/826). Nessa decisão, que ficou sendo o *leading case* sobre a questão, Frederico Marques deixou de examinar o mérito, por entender que faltavam dois dos pressupostos da ação, que eram a qualidade de cidadão no autor popular e a ilegalidade do ato.

A Lei nº 4.717, embora definindo os atos nulos (art. 2º) e os atos anuláveis (art. 3º), dando a impressão de que exige demonstração de ilegalidade, no artigo 4º faz uma indicação casuística de hipóteses em que considera nulos determinados atos e contratos, sem que haja qualquer ilegalidade, como, por exemplo, no caso de compra de bens por valor superior ao corrente no mercado, ou a venda por preço inferior ao corrente no mercado. Trata-se de hipóteses em que pode haver imoralidade, mas não ilegalidade propriamente dita.

Para fins de ação popular, são nulos os atos lesivos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2º); cada um desses vícios é definido nas cinco alíneas do parágrafo único do mesmo dispositivo.

São anuláveis, nos termos do artigo 3º, os atos lesivos cujos vícios não se compreendem nas especificações do artigo anterior; o objetivo foi o de incluir entre os casos de ilegalidade, não só os referidos no artigo 2º, concernentes aos elementos do ato administrativo, como também qualquer outro tipo de vício, ainda que estruturado nos termos do CC, como os vícios referentes à capacidade e à manifestação de vontade (erro, dolo, coação, simulação e fraude).

Quanto à imoralidade, sempre houve os que a defendiam como fundamento suficiente para a ação popular. Hoje a idéia se reforça pela norma do artigo 37, caput, da Constituição, que inclui a moralidade como um dos princípios a que a Administração

Pública está sujeita. Tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse a nulidade do ato da Administração. Além disso, o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à moralidade administrativa.

O terceiro requisito é a lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Quanto ao patrimônio público, abrange, nos termos do artigo 1º da Lei nº 4.717, o da União, Distrito Federal, Estados, Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, empresas incorporadas ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Essa lei ampliou consideravelmente o conceito de patrimônio público em relação ao que estava disposto no artigo 141, § 38, da Constituição de 1946 que permitia a ação popular em caso de lesão ao patrimônio da União, Estados, Municípios, entidades autárquicas e sociedades de economia mista. A Constituição de 1967, no artigo 153, § 31, falava em atos lesivos ao patrimônio da entidades públicas. E o artigo 5º, LXXIII, da atual Constituição fala em atos lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. Basta que o Estado participe da entidade, majoritária ou minoritariamente e seu patrimônio poderá ser protegido por via de ação popular; não mais vigora a exigência constante do dispositivo da Lei nº 4.717 que previa participação com mais de 50%.

Além disso, o artigo 1º § 1º, da Lei nº 4.717, com a redação dada pela Lei nº 6.513, de 20-12-77, considera patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Já estava, pois, prevista nessa lei a possibilidade de ação popular para defesa do patrimônio histórico e cultural, hoje inserida expressamente no dispositivo constitucional.

Com relação ao uso da ação popular para a proteção do patrimônio público e para defesa do meio ambiente, há uma superposição de medidas, já que a ação civil pública serve à mesma finalidade, consoante decorre do artigo 129, III, da Constituição, e da Lei nº 7.347, de 24-7-85. A diferença básica está na legitimidade ativa e passiva: na ação popular, sujeito ativo é o cidadão e passivo a entidade pública ou privada detentora do patrimônio público tal como definido no artigo 1º da Lei nº 4.717; na ação civil pública, sujeito ativo é o poder público (eventualmente associação particular) e, passivo, qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que cause lesão ao interesse difuso protegido. Poderá até ocorrer a hipótese de cabimento das duas ações, quando o ato lesivo for praticado por uma das pessoas definidas no artigo 1º da Lei nº 4.717.

Aspecto que se discute quanto ao requisito da lesividade, diz respeito à possibilidade ou não de propositura da ação popular preventiva, à semelhança do mandado de segurança preventivo. Se comparados os dispositivos legais referentes às duas medidas, a interpretação literal levará à conclusão de que não será possível a ação popular sem que se demonstre a lesão já ocorrida, pois a Lei nº 4.717, a ela pertinente, não faz expressa

menção à “violação ou justo receio de sofrê-la”, que consta do artigo 1º da Lei nº 1.533. Se a interpretação podia ser justificada ao tempo em que o patrimônio público protegido pela ação popular era considerado apenas em sentido econômico, porque o prejuízo, assim considerado, é, em regra, passível de ser indenizado, o mesmo não ocorre quando se amplia o conceito de patrimônio público, para nele incluir valores como o histórico, o cultural, o artístico, o moral, o concernente ao meio ambiente; nesses casos, é indefensável a tese da exigência de lesão concreta, efetiva, já ocorrida, sob pena de a ação tornar-se inócua para os fins pretendidos. Nessas hipóteses, ela é muito mais útil e necessária como medida preventiva, para evitar um dano que pode tornar-se irreparável, do que como medida repressiva, que poderá, no mais das vezes, resultar em compensação pecuniária, nem sempre suscetível de reparar danos dessa natureza.

É de ressaltar que o § 4º do artigo 5º da Lei nº 4.717, introduzido pela Lei nº 6.513, de 20-12-77, prevê que “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Ora, seria inviável, até mesmo de fato, a concessão de liminar se a lesão já se tivesse concretizado; a própria previsão de liminar na ação popular está a indicar que ela pode ser proposta preventivamente para evitar que o dano se concretize.

A lesão ou ameaça de lesão pode resultar de ato ou omissão, desde que produza efeitos concretos; o que não se admite é a ação popular contra a lei em tese, a não ser que esta seja auto-aplicável ou de efeitos concretos, conforme assinalado com relação ao mandado de segurança. O ato ou omissão deve ser imputável a qualquer uma das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 4.717. Contra ato judicial não é cabível ação popular; se o ato não é definitivo, deve ser impugnado pelos recursos previstos na lei processual, ou, na falta deles, por mandado de segurança; se já se tornou definitivo, pelo trânsito em julgado, não permite ação popular porque traz em si uma presunção de legitimidade, impossível de ser contrastada por outra via que não a ação rescisória.

17.5.4.6.3 Sujeito ativo e passivo

Sujeito ativo, já se viu que é o cidadão, assim considerado, para fins de ação popular, o eleitor. É perfeitamente possível o litisconsórcio ativo, que será facultativo, uma vez que é dado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular, nos expressos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 4.717. E também é possível a sucessão, ou seja, a qualquer cidadão e também ao Ministério Público é dado promover o prosseguimento da ação, se “o autor desistir ou der motivo à absolvição da instância”, conforme consta do artigo 9º da Lei. Os casos de absolvição de instância eram previstos no artigo 201 do anterior CPC; significa a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em decorrência de inobservância, por parte do autor, de ônus processuais impostos por lei. Hoje o CPC não emprega mais essa expressão, mas continua a prever a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em hipóteses semelhantes, como as do artigo 267, II e III.

O sujeito passivo vem definido no artigo 6º da Lei nº 4.717, abrangendo três categorias de pessoas:

I. as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, de que emanou o ato, o que abrange as entidades referidas no artigo 1º da Lei; embora a ação popular seja meio de controle da Administração Pública, na realidade, esse conceito ficou consideravelmente ampliado, porque foram consideradas como tal todas as entidades, de direito público ou privado, de que o poder público participe (art. 5º, L.XXIII, da Constituição);

2. as autoridades, funcionários ou administradores, que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado ato impugnado ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão;

3. os beneficiários diretos do mesmo, se houver.

Existe, portanto, um litisconsórcio passivo necessário na ação popular, de vez que várias pessoas têm necessariamente que ser citadas.

Há, no entanto, uma peculiaridade com relação à pessoa jurídica. Embora deva ser necessariamente citada, como sujeito passivo, ela pode adotar três atitudes possíveis, como base no artigo 6º, § 3º:

1. contestar a ação, continuando na posição de sujeito passivo;

2. abster-se de contestar;

3. atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Justifica-se essa possibilidade, em decorrência do objetivo da ação popular, que é a defesa do interesse público; como é o autor que assume essa defesa, poderá a pessoa jurídica, desde que isto se afigure útil, passar a atuar do lado dele, na qualidade de assistente, com o que estará reforçando a posição do sujeito ativo. Esse tipo de procedimento não é muito comum, porque dificilmente o representante da pessoa jurídica, em geral servidor da confiança do Chefe do Executivo, irá passar para o lado do autor; é mais possível tal decisão quando a ação popular vise a impugnar ato do Governo anterior.

17.5.4.6.4 Posição do Ministério Público

A Lei nº 4.717 atribuiu várias funções ao Ministério Público na ação popular, algumas delas obrigatórias e, outras, facultativas.

São funções obrigatórias:

1. acompanhar a ação e apressar a produção da prova (art. 6º, § 4º);
2. promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem (art. 6º, § 4º), hipótese em que atuará como autor;
3. providenciar para que as requisições de documentos e informações previstas no artigo 7º, I, b, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz (art. 7º, § 1º);
4. promover a execução da sentença condenatória quando o autor não o fizer; nos termos do artigo 16, “caso decorridos 60 dias de publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 dias seguintes, sob pena de falta grave”.

São funções facultativas:

1. dar continuidade ao processo em caso de desistência ou de absolvição de instância (extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de providências a cargo do autor) ; é o que decorre do artigo 9º, que dá essa possibilidade a qualquer cidadão ou ao representante do Ministério Público;
2. recorrer de decisões contrárias ao autor (artigo 19, § 2º), o que também pode ser feito por qualquer cidadão.

O que não pode o Ministério Público, porque está vedado pelo artigo 6º, § 4º, é “assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”.

Apesar dessa restrição e ressalvas as hipóteses em que o Ministério Público atua como autor ou como sucessor (em caso de desistência e absolvição da instância), pode-se dizer que a sua função, na ação popular, é de fiscal da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação.

No Estado de São Paulo, pelo Ato nº 1/84, o Ministério Público, pela sua Procuradoria Geral, Conselho Superior e Corregedoria Geral, aprovou o “Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo”, cujos artigos 230 a 237 definem a atuação do órgão na ação popular, recomendando :

“Artigo 230 - Zelar para que todos os litisconsortes necessários sejam efetivamente citados.

Artigo 231- Pronunciar-se, após a juntada de todas as contestações e por ocasião das providências preliminares, sobre todas as questões processuais pertinentes (carência de ação, desrespeito a pressupostos processuais objetivos ou subjetivos), ainda que não tenham sido argüidas, evitando, porém, qualquer abordagem do mérito.

Artigo 232 - Acompanhar a produção das provas que tenham sido propostas, zelando para que sejam produzidas com celeridade.

Artigo 233 - Propor as provas que entender pertinentes, ainda que não haja proposta específica das partes.

Artigo 234 - Requerer as providências pertinentes para a apuração de responsabilidade criminal, quando a prova oferecer elementos que indiquem, em tese, a prática de ilícito penal.

Artigo 235 - Participar dos debates em audiência ou oferecer memorial sobre as questões de mérito, tendo em conta o disposto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 4.717, de 29-6-65.

Artigo 236 - Examinar a viabilidade de se prosseguir na ação, quando ocorrer desistência do autor ou o autor der causa à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Artigo 237 - Promover, em caso de omissão do autor, a execução da sentença condenatória proferida na ação popular”.

17.5.4.6.5 Objeto

Pela ação popular, o que se pleiteia do órgão jurisdicional é:

1. a anulação do ato lesivo;
2. a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, conforme artigo 14, § 4º, da Lei nº 4.717.

Daí a dupla natureza da ação, que é, ao mesmo tempo, constitutiva e condenatória.

No caso de dano ao patrimônio público, a condenação incidirá sobre as autoridades responsáveis pelo ato e sobre os beneficiários, cabendo, ainda, ação regressiva contra funcionários não chamados ao processo, desde que tenham agido com culpa (art. 1º I). A pessoa jurídica não responde pela condenação, ainda que conteste a ação, uma vez que o valor fixado na sentença se destina precisamente a recompor o seu patrimônio.

Já a hipótese de lesão ao patrimônio histórico ou cultural e ao meio ambiente, introduzida pela nova Constituição como fundamento da ação popular, exige solução diversa, não cogitada na Lei nº 4.717; a solução deverá ser a mesma prevista para a ação civil pública: o valor da indenização poderá ser destinado ao Fundo para Reconstituição de Bens Lesados, instituído pelo Decreto nº 92.302, de 16-1-86, com base no artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24-7-85, que disciplina aquela ação.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 6.536, de 13-11-89, autorizou o Poder Executivo a criar o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, que integrará a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado. Sua receita será constituída basicamente por indenizações decorrentes de condenações por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, no território do Estado (art. 3º); e será aplicada prioritariamente no próprio local onde o dano ocorreu ou possa vir a ocorrer (art. 6º, I). Pelos termos em que a lei está redigida, sem qualquer referência à ação civil pública, nenhum impedimento existe para que as indenizações decorrentes de condenação em ação popular tenham a mesma destinação.

17.5.4.6.6 Anotações quanto ao processo

Pelo artigo 7º da Lei nº 4.717, a ação popular obedecerá ao procedimento ordinário, mas com as alterações previstas nesse dispositivo, das quais as mais importantes são as seguintes:

1. O Juiz, ao despachar a inicial, determinará a citação de todos os réus, a qual será feita pessoalmente, ressalvada a possibilidade de citação, Por edital, dos beneficiários, a pedido do autor (art. 7º, II); determinará ainda a intimação do representante do Ministério Público; decidirá sobre a suspensão liminar, se solicitada; e requisitará os documentos indicados pelo autor, na inicial, e outros que lhe pareçam necessários, fixando um prazo de 15 a 30 dias para atendimento. A rigor, os documentos devem ser juntados na inicial, pelo autor, que pode solicitar informações e certidões às entidades públicas, as quais têm o prazo de 15 dias para atender (art. 1º, § 5º), ressalvada a hipótese de sigilo, quando, então, o juiz requisitará os documentos e o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença condenatória; apenas em razão de segurança nacional, pode ser desatendida a requisição feita pelo juiz (art. 1º, §§ 6º e 7º). O desatendimento do pedido de certidão e informação bem como de requisição judicial sujeita a autoridade à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado (art. 8º).
2. A defesa será feita no prazo de 20 dias, igual para todos os réus, podendo ser prorrogado por mais 20 dias a requerimento do interessado, se for particularmente difícil a produção da prova documental. As pessoas jurídicas citadas, conforme assinalado, podem defender-se, abster-se de contestar ou passar para o lado do autor.
3. Para instrução do processo são admissíveis todos os tipos de provas, obtidas pela forma já indicada; as provas testemunhais e periciais devem ser solicitadas antes do

saneamento do processo, para definir o rito a ser seguido (art.7º, V) ; se não requeridas, o juiz dará vista às partes, por 10 dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença,48 horas após a expiração desse prazo; se requeridas, o processo seguirá o rito ordinário.

4. A sentença deve ser prolatada na audiência ou no prazo de 15 dias do recebimento dos autos, sob pena de perda, na promoção por antigüidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento (art. 7º, VI, e parágrafo único).

5. A liminar está prevista no artigo 5º, § 4º, tendo sido introduzida nesse dispositivo pela Lei nº 6.513, de 20-12-77. Não há qualquer norma relativa a prazo ou a recursos cabíveis em caso de concessão ou indeferimento, o que não impede o agravo de instrumento; como este não tem efeito suspensivo, poderá ser impetrado mandado de segurança para assegurar esse efeito, desde que se trate de decisão da qual possa resultar dano irreparável.

A sentença, na ação popular, produz efeitos erga omnes exceto se tiver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que outra ação poderá ser intentada por qualquer cidadão, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art.18).

6. Com relação aos recursos, cabe apelação, quanto às decisões de mérito; a decisão denegatória fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que significa que o juiz deverá recorrer de ofício; além disso dessa decisão podem recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público, conforme artigo 19 da Lei nº 4.717.

A competência define-se em razão da pessoa, conforme artigo 5º da lei; para esse fim, equiparam-se aos da União, Estados, Municípios e Distrito

Federal os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas entidades, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

Se houver várias pessoas jurídicas interessadas, prevalece o juízo da entidade maior.

Com relação às custas judiciais, ficou revogado o artigo 10 da Lei nº 4.717, que previa o pagamento a final, pois o artigo 5º, LXXIII, da Constituição isenta o autor de custas e, salvo comprovada má-fé, do ônus da sucumbência. A prescrição ocorre no prazo de 5 anos, nos termos do artigo 21 da Lei nº 4. 717.

17.5.4.7 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

17.5.4.7.1 Origem e evolução

A ação civil pública não constitui, a rigor, meio específico de controle da Administração Pública, razão pela qual pode causar estranheza a sua inclusão neste capítulo. Contudo, como ela tem como legitimado passivo todo aquele que causar dano a algum interesse difuso, poderá eventualmente ser proposta contra o próprio poder público quando ele for o responsável pelo dano.

Foi ela referida, a nível legislativo, pela primeira vez, na Lei Complementar Federal nº 40, de 14-12-81 (Lei Orgânica do Ministério Público), que incluiu entre as funções institucionais do Ministério Público a promoção da ação civil pública, nos termos da lei (art. 3º, III), sem, no entanto, defini-la. Na Lei Orgânica do Ministério Público do

Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 304, de 28-12-82), a ação civil pública foi apenas mencionada entre as atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes (art. 41, I), também sem qualquer definição. Exemplo típico de ação civil pública, embora não empregada a denominação, encontra-se no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81, que definiu a política nacional do meio ambiente e concedeu legitimação ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

A sua disciplina legal só foi feita pela Lei nº 7.347, de 24-7-85, para designar a ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Essa lei teve alguns dispositivos alterados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11-9-90).

A denominação justifica-se quer pela titularidade da ação (que compete ao Ministério Público, a pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado que integram a Administração Indireta e, excepcionalmente, a entidades particulares) quer pelo seu objeto, que é sempre a defesa de interesse público ou, mais especificamente, de interesses difusos.

Surgiu na legislação ordinária mas erigiu-se a nível constitucional, não no título concernente aos direitos e garantias individuais e coletivos, à semelhança da ação popular e do mandado de segurança coletivo, mas apenas referida na seção referente ao Ministério Público, entre as suas funções institucionais.

O artigo 129, III, da Constituição de 1988 inclui entre essas funções a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Pelo § 1º do mesmo dispositivo, “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Isto quer dizer que foi ampliado o âmbito dos interesses protegidos por meio dessa ação, com o emprego da expressão “e de outros interesses difusos e coletivos”. A enumeração deixou de ser taxativa, como era na Lei nº 7.347, e passou a ser apenas exemplificativa. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 11 I, introduziu alterações na Lei nº 7.347, para adaptá-la ao artigo 129, III, da Constituição Federal.

A titularidade continua a ser a mesma prevista na Lei nº 7.347, que é perfeitamente compatível com o preceito constitucional.

17.5.4.7.2 Comparação com ação popular e mandado de segurança coletivo

Da mesma forma que a ação popular e o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública foge aos esquemas tradicionais do direito de ação, estruturado para proteger o direito subjetivo, o direito individual. Nas três hipóteses, o que se protege são os interesses metaindividuais, os chamados interesses públicos, que abrangem várias modalidades: o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.

A proteção do patrimônio público (considerado em sentido amplo, para abranger o econômico, o turístico, o estético, o paisagístico) pode ser do interesse geral ou pode ser

de um grupo apenas e se faz por meio da ação popular ou da ação civil pública, nitidamente distinguíveis pela legitimidade ativa e passiva (cf. item 17.5.4.6.2).

A proteção do interesse coletivo, pertinente a uma coletividade determinada, é feita por meio do mandado de segurança coletivo.

17.5.4.7.3 Pressupostos e conceito

Constitui pressuposto da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo.

Com a expressão “interesse difuso ou coletivo”, constante do artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão “interesse coletivo” não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral.

Abrange, especialmente, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural. O meio ambiente está hoje definido pelo artigo 225 da Constituição como um “bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A responsabilidade, nesse caso, é objetiva, ou seja, independe da demonstração de culpa, conforme decorre do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81. Basta demonstrar o nexo de causa e efeito entre a ação ou omissão danosa e a lesão ao meio ambiente.

A defesa do consumidor é inserida entre os princípios da ordem econômica e financeira, voltada para o atendimento da justiça social, consoante artigo 170, V da Constituição Federal, e atribuída ao Estado dentro do dispositivo concernente aos direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º, XXXII). Sempre que a atividade econômica for exercida com prejuízo injustificável ao consumidor, enseja ação civil pública.

O patrimônio histórico e artístico nacional está definido no artigo 1º do Decreto-lei nº 25, de 30-11-37, como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja do interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

Além da proteção administrativa, por meio do tombamento, disciplinado por esse Decreto-lei, o patrimônio histórico ou artístico pode ser defendido por meio da ação popular ou da ação civil pública. Não é exigível o prévio tombamento como condição da ação; aliás, são precisamente os bens ainda não tombados os que mais necessitam de proteção. É curioso que, se em juízo ficar reconhecido o valor patrimonial do bem, para fins de proteção, ter-se-á um caso típico de tombamento resultante de decisão judicial.

Pelo exposto, pode-se definir a ação civil pública como o meio processual de que se podem valer o Ministério Público e as pessoas jurídicas indicadas em lei para proteção de interesses difusos e gerais.

17.5.4.7.4 Sujeito ativo e passivo

Pela interpretação conjunta do artigo 129, § 1º, da Constituição, e artigo 5º da Lei nº 7.347, conclui-se que sujeito ativo pode ser o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, bem como associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico ou outros interesses difusos e gerais.

Conforme art. 2º-A, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97, pela Medida Provisória nº 1.798, de 11-2-99, no caso de ação coletiva proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, a sentença abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

O parágrafo único do mesmo dispositivo exige, para esse fim, que a petição inicial, nessas ações, quando propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seja obrigatoriamente instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Sujeito passivo é qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, responsável por dano ou ameaça de dano a interesse difuso ou geral.

17.5.4.7.5 Funções do Ministério Público

O Ministério Público desempenha importantes funções na ação civil pública:

1. pode atuar como autor;
2. se não tiver essa posição, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art.5º, § 1º, da Lei nº 7.347);
3. deve promover a execução se o autor não o fizer no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória (art.15);
4. em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (art.112 do Código de Defesa do Consumidor);
5. deve realizar o inquérito civil previsto no artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347, e no artigo 129, III, da Constituição Federal. Esse procedimento constitui a única modalidade de inquérito civil prevista no direito positivo brasileiro e é de competência exclusiva do Ministério Público. Seu objetivo é o de buscar elementos que permitam a instauração de ação civil pública; ele não é obrigatório, uma vez que, se os elementos forem suficientes, torna-se desnecessário. O inquérito pode ser arquivado, mas o ato de arquivamento deve ser homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público. Enquanto não ocorrer essa homologação, as associações legitimadas poderão apresentar razões escritas ou documentos (art.9º, § 2º).

Para instrução da ação, o Ministério Público pode requisitar de qualquer organismo, público ou privado, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar,

o qual não poderá ser inferior a 10 dias úteis (art. 8º, § 1º); a recusa só é possível em caso de sigilo, hipótese em que cabe ao juiz requisitá-los. Fora dessa hipótese, o desatendimento constitui crime punido com pena de reclusão de um a três anos e multa (art.10).

O Ministério Público pode agir de ofício ou mediante provocação feita por qualquer pessoa ou por servidor público, nos termos do artigo 6º.

17.5.4.7.6 Objeto

A ação civil pública pode ser proposta em caso de lesão ou ameaça de lesão. Daí a lei falar em ação principal e cautelar (arts. 4º e 5º).

Ela pode ter por objeto:

1. a condenação do réu em perdas e danos, hipótese em que o valor da indenização será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 9-11-94, com base no artigo 13 da Lei nº 7.347; e, na esfera estadual, pela Lei nº 6.536, de 13-11-89; a receita assim obtida será gerida por um Conselho do qual participarão membros do Ministério Público e representantes da comunidade, e será destinada à restauração dos bens lesados;

2. cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), hipótese em que o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11). Essa multa diária só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (art.12, § 2º).

17.5.4.7.7 Anotações quanto ao processo

O processo é, em regra, o ordinário, podendo ser sumário na hipótese do artigo 275, I, do CPC.

Em qualquer caso, seja na ação principal, seja na cautelar, o juiz pode conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

No caso de concessão, cabe agravo de instrumento (art.12). Além disso, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do recurso, suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 dias a partir da publicação do ato (art. 12, § 1º).

Embora os agravos tenham efeito apenas devolutivo, o artigo 14 da Lei nº 7.347 permite que o juiz confira efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.

A sentença produz efeitos erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art.16, com a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10-9-97).

Com relação às custas e honorários, a lei procura estimular o exercício da ação, liberando os autores do pagamento prévio das custas e quaisquer despesas processuais (art.18), salvo comprovada má-fé.

Além disso, em caso de litigância de má-fé, a associação e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (art. 17, parágrafo único).

Bibliografia

ADAMS, John Clarke. El derecho administrativo norteamericano. Buenos Aires : Editorial Universitária de Buenos Aires,1964.

ALBUQUERQUE, Ronaldo de. Desapropriação e constituição de servidão administrativa. São Paulo : Atlas,1987.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? In: Curso de direito administrativo. São Paulo : RT,1986. p. 67/83.

ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Buenos Aires : Bosch, Casa Editorial,1970. t. I.

ALMEIDA, Lacerda de. Das pessoas jurídicas: ensaio de uma teoria. Rio de Janeiro : RT, 1905.

AMARAL, Diogo Freitas do. A utilização do domínio público pelos particulares. São Paulo : Juriscredi,1972.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. São Paulo : RT 1981.

. Contrato administrativo. São Paulo : RT,1987.

. Do negócio jurídico administrativo. São Paulo : RT,1992.

ARAÚJO, Telga. Função social da propriedade. Enciclopédia Saraiva do Direito, v 39, p.1-15.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Compêndio de direito administrativo. São Paulo: Max Limonad,1963.

. Do poder disciplinar na administração pública. São Paulo : RT,1972.

. Contratos administrativos. São Paulo : Saraiva, 1986.

BEVILÁQUA, Clóvis. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1958.

BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. Buenos Aires : La Ley, 1965. t. IV

BONNARD, Roger. Précis de droit administratif. Paris : Librairie du Recueil Sirey,1953.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. RDA nº 25, p. 454.

BULLINGER, Martin. A discricionariedade da administração pública. Revista de Ciência Política. 2, v 30, abril -junho 1987, p. 3-23.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. Lisboa : Coimbra Editora,1969. t. II.

. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro : Forense,1970. t. II.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo : Malheiros,1995.

CARBONELL, Eloisa, MUGA, José Luis. Agências y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América. Madri : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,1996.

CARVALHO, A.A. Contreiras de. Estatuto dos funcionários públicos interpretado. Rio de Janeiro : Forense,1955.

CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, s/d.

CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade civil do Estado. Rio de Janeiro : Borsoi,1957.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. São Paulo-Rio de Janeiro : Freitas Bastos,1956 t. III.

. O funcionário público e o seu regime jurídico. Rio de Janeiro : Borsoi,1958. t. II.

CHAMOUN, Ebert. Da retrocessão nas desapropriações. Rio de Janeiro : Forense, 1959.

CHITI, Mario P Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo. In: Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazione. Bolonha : Maggiore, 1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (NOVA). São Paulo : Atlas. 1988.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (NOVA). São Paulo : Atlas,1989.

COSTA, José Armando da. Teoria e prática do processo administrativo disciplinar. São Paulo : Saraiva,1987.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, v. 29, p. 79.

COTRIM NETO, A. B. Intervenção do Estado no domínio econômico. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 46, p. 45.

CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro : Forense, 1966/1972.

. Empresa pública. São Paulo : Bushatsky 1973.

. Comentários às Leis de desapropriações. São Paulo : Bushatsky 1976.

. Do ato administrativo. São Paulo : Bushatsky 1977.

. Administração indireta brasileira. Rio de Janeiro : Forense,1980.

. Tratado do domínio público. Rio de Janeiro : Forense,1984.

. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro : Forense,1986.

. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro : Forense,1989.

. O direito administrativo no sistema do “common law”. Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, v.12, p. 9.

. Regime jurídico do tombamento. RDA 112/50.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. RDA 108/57.

. Definição da autorização administrativa. RT 486/18.

. Os cânones do direito administrativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, nº 97/5.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. São Paulo : Juriscredi,1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Servidão administrativa. São Paulo : RT 1978.

. Uso privativo de bem público por particular. São Paulo : RT 1983.

. Do direito privado na administração pública. São Paulo : Atlas,1989.

. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, v. 30/173.

. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2. ed. São Paulo : Malheiros,1995 (em co-autoria).

. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. São Paulo : Atlas, 1991.

. Parcerias na administração pública. 3. ed. São Paulo : Atlas,1999.

DINIZ, Maria Helena, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo : Atlas,1989.

DROMI, José Roberto. La Ilicitación pública. Buenos Aires : Astrea,1977.

DUGUIT, Léon. Manuel de droit constitutionnel. Paris : Fontemoing et Cie. Editeurs, 1911.

ESCOLA, Hector Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Buenos Aires : Depalma,1977/1979. 2 v

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo : Atlas,1989.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. São Paulo : Saraiva,1984.

FALLA, Fernando Garrido. Las transformaciones del regimen administrativo. Madrid: Instituto de Estudios políticos,1962.

. Tratado de derecho administrativo. Madrid : Instituto de Estudios Políticos,1970.

FERNANDES, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bens públicos. RDA 118/1.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, DINIZ, Maria Helena, GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo : Atlas,1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo : Saraiva,1975. v. 3.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo : RT 1978.

. Disciplina urbanística da propriedade. São Paulo : RT 1980ª.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Dispensa de licitação. São Paulo : RT,1980b.

. Discricionariedade: poder ou dever? In: Curso de Direito Administrativo. São Paulo : RT 1986.

. Perfil do mandado de segurança coletivo. São Paulo : RT 1989^a.

. Direitos difusos e coletivos. São Paulo : RT,1989b.

. Curso de direito administrativo. São Paulo : Malheiros Editores,1994.

FLEINER, Fritz. Les principes généraux du droit administratif allemand. Paris: Delagrave,1933.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual prático das desapropriações. Rio de Janeiro : Forense,1987.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Desapropriação. São Paulo : Saraiva,1973.

. O controle da moralidade administrativa. São Paulo : Saraiva,1974.

. Contrato administrativo. São Paulo : Saraiva,1981.

. A desapropriação no direito comparado. RDA 112/I.

GARNER, James W La concepción anglo americana del droit administratif. In Mélanges Maurice Hauriou. Paris : Librairie du Recueil Sirey,1929.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo : Saraiva,1995.

GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, DINIZ, Maria Helena. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo : Atlas,1989.

GIL, José Ignacio Monedero. Doctrina del contrato del estado. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales,1977.

GORDILLO, Agustin A. Principios gerais de direito público. São Paulo : RT 1977.

. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires : Macchi,1979. t. III.

. La administración paralela. Madrid : Civitas,1982.

JÈZE, Gaston. Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires : Depalma, 1948.

JUNQUEIRA, Messias. As terras públicas do estatuto da terra. IBRA,1966.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Rio de Janeiro : Aide,1993.

LASO, Sayagués. La licitación pública. Montevideo : Pena e Cia,1940.

LAZZARINI, Álvaro. Do poder de polícia. Revista de Jurisprudência do TJSP, v. 98/20.

LEITE, Luciano Ferreira. Discricionariedade administrativa e controle judicial. São Paulo : RT,1981.

LIMA, Paulo B. de Araújo. Sociedades de economia mista e a Lei das S.A. Rio de Janeiro : Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais,1980.

LIMA, Ruy Cirne. Das servidões administrativas. RDP 5/18.

. Principios de direito administrativo. São Paulo : RT,1982.

LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos. Lisboa : Presença/Martins Fontes, 1979.

MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento: um instituto jurídico. In: Temas de direito urbanístico-1. RT, São Paulo, 1987, p. 23-51.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro. Rio de Janeiro : José Konfino, 1968.

MARIENHOFF Miguel S. Dominio público: protección jurídica del usuario. Buenos Aires : Valerio Abeledo, 1955.

. Tratado del dominio público. Buenos Aires : Tipografía Editora Argentina, 1960.

MASAGÃO, Mário. Conceito de direito administrativo. São Paulo : Escolas Profissionais Salesianas, 1926.

. Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo : Saraiva, 1933.

. Curso de direito administrativo. São Paulo : RT 1968.

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Buenos Aires : Depalma, 1951. t. III.

MEDAUAR, Odete. Controle administrativo das autarquias. São Paulo : Bushatsky 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo : Malheiros, 1996.

. Licitação e contrato administrativo. São Paulo : RT 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo : RT, 1968.

. Apontamentos sobre os agentes públicos. São Paulo : RT 1975^a.

. Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo : RT 1975b.

. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo : RT, 1978.

. Licitação. São Paulo : RT, 1980.

. Ato administrativo e direitos dos administrados. São Paulo : RT, 1981.

. Elementos de direito administrativo. São Paulo : Malheiros, 1992.

. Curso de direito administrativo. São Paulo : Malheiros, 1995.

. Apontamentos sobre o poder de polícia. RDP 9/55.

. Controle judicial dos atos administrativos. RDP 65/27.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro : forense, 1969/1974. 2 v.

. Servidão pública sobre os terrenos reservados. RDA 5/26 e 6/20.

MENEGALE, Guimarães. Contribuição à teoria do processo administrativo. RDA 2, fasc. 2, p. 473.

. Direito administrativo e ciência de administração. Rio de Janeiro : Borsoi, 1957.

MERKL, Adolfo. Teoria general del derecho administrativo. México : Editora Nacional, 1980.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954/1956. t. II e XIV

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil. São Paulo : RT, 1988.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Desapropriação e urbanismo. São Paulo : RT, 1981.

- NUNES, Antonio de Pádua. Código de águas. São Paulo : RT,1980.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo. RDA 120/14 e 121/16.
- OLIVEIRA, J. E. Abreu. Aposentadoria no serviço público. São Paulo : Freitas Bastos, 1970.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. São Paulo : RT,1978.
- ORLANDO, Vittorio Emmanuele. Principii di diritto amministrativo. Florença : G. Barbera,1919.
- . Il sistema del diritto amministrativo. In: Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano. Milão : Società Editrice Libreria,1900.
- ORTIZ, Gaspar Arino. Teoria del equivalente economico en los contratos administrativos. Madrid : Instituto de Estudios Administrativos,1968.
- PASSOS, J. J. Calmon. Mandado de segurança coletivo. Mandado de injunção. Habeas data. Rio de Janeiro : Forense,1989.
- PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. RDA 32/l.
- RAO, Vicente. Ato jurídico. São Paulo : Max Limonad,1961.
- REALE, Miguel. Revogação e anulamento do ato administrativo. Rio de Janeiro : Forense,1980.
- REFORMA ADMINISTRATIVA. São Paulo : Atlas,1991.
- REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CNIS DA UNIÃO. São Paulo : Atlas. 1991.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo : Saraiva,1977. v. 2.
- RETORTILLO, Sebastian. Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, v. 9, p. 698-735,1959.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. O servidor público na Constituição de 1988. São Paulo : Saraiva,1989.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. A verdadeira “precariedade” das permissões. Boletim de direito administrativo. NDJ, São Paulo, out.1988, p. 634.
- RIVERO, Jean. Droit administratif. Paris : Dalloz,1973.
- . Direito administrativo. Coimbra : Ehrhardt Soares, Almedina,1981.
- . Curso de direito administrativo comparado (apostila). Tradução de Odete Medauar. São Paulo,1984.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro-São Paulo : Freitas Bastos,1944, v. II.
- SANTOS, Valderico Pires dos. Mandado de injunção. São Paulo : Paumape,1988.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo : RT 1989.
- SILVA, Juary C. A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos. São Paulo : Saraiva,1985.
- SODRÉ, Eurico. A desapropriação. São Paulo : Saraiva,1955.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: Temas de direito urbanístico, 1, São Paulo : RT 1987. p.1-22.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo : Saraiva,1975.

TENÓRIO, Igor. Curso de direito agrário brasileiro. São Paulo : Saraiva,1984.

ULLA, Decio Carlos. Concepto y caracteres del acto administrativo. In: Vários autores. Acto administrativo. Buenos Aires : Astrea,1982.

VEDEL, Georges. Droit administratif. Paris : Presses Universitaires de France,1964.

VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo Aplicado, ano 2, nº 6, set.1995.

WADE, H. W R. Derecho administrativo. Madri : Instituto de Estudios Políticos,1971.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade extracontratual da administração pública. São Paulo : RT,1981.

. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. São Paulo : RT 1990.

ZANOBINI, Guido. Corso di diritto amministrativo. Milão : A. Giuffrè,1968. v. IV