José dos Santos
Carvalho Filho

Manual de Direito Administrativo

24ª edição
revista, ampliada e atualizada
até 31.12.2010

Lumen Juris Editora

Manual de Direito Administrativo

Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti	Fauzi Hassan Choukr	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Freitas Câmara	Felippe Borring Rocha	Marcellus Polastri Lima
Alexandre Morais da Rosa	Firly Nascimento Filho	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Augusto Mansur	Frederico Price Grechi	Marcos Chut
Aury Lopes Jr.	Geraldo L. M. Prado	Mônica Gusmão
Bernardo Gonçalves Fernandes	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Nelson Rosenvald
Cezar Roberto Bitencourt	Helena Elias Pinto	Nilo Batista
Cristiano Chaves de Farias	Jean Carlos Fernandes	Paulo de Bessa Antunes
Carlos Eduardo Adriano Japiassú	João Carlos Souto	Paulo Rangel
Cláudio Carneiro	João Marcelo de Lima Assafim	Ricardo Lodi Ribeiro
Cristiano Rodrigues	José dos Santos Carvalho Filho	Rodrigo Klippel
Daniel Sarmento	Lúcio Antônio Chamon Junior	Salo de Carvalho
Diego Araujo Campos	Luigi Bonizzato	Sérgio André Rocha
Emerson Garcia	Luis Carlos Alcoforado	Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto *(in memoriam)*

Conselho Consultivo

Álvaro Mayrink da Costa	Cesar Flores	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Amilton Bueno de Carvalho	Firly Nascimento Filho	Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro	Flávia Lages de Castro	Sergio Demoro Hamilton
Antonio Carlos Martins Soares	Francisco de Assis M. Tavares	Társis Nametala Sarlo Jorge
Artur de Brito Gueiros Souza	Gisele Cittadino	Victor Gameiro Drummond
Caio de Oliveira Lima	Humberto Dalla Bernardina de Pinho	

Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Centro
Rua da Assembléia, 10/20º andar/ SL. 2022 - CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888
Fax: (21) 3505-5865 - Fax Loja: (21) 3505-5872

Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Centro
Rua da Assembléia, 10/Loja G/H
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888/ 5854/ 5855/ 5856

Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Barra
Av das Américas, 4200 Bloco 11 Loja E -
Anexo ao Centro Empresarial BarraShopping
CEP:22.630-011 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3150-1892/3505-5894
Fax: (21) 3150-1888

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda - RJ
Rua da Assembléia, 36/2º Andar/ SL. 201 à 204 - Centro
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 2508-6591/2509-5118
Site: www.lumenjuris.com.br

Depósito - Lumen Juris - RJ
Av. Londres. 491 - Bonsucesso
CEP: 21041-030 -Rio de Janeiro RJ
Tel: (21) 3216-5888 Fax: (21) 3216-5864
São Cristóvão 2580-2907

Menezes Cortes - Lumen Juris - RJ
Rua São José, nº 35/ 15º andar -
Universidade Estácio de Sá
Campus Menezes Cortes
CEP: 20.010-020 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5886

Madureira - Lumen Juris - RJ
Estrada do Portela, nº222, 6ºandar
Universidade Estácio de Sá - Madureira
CEP: 21.351-900 - Rio de Janeiro, RJ
Tel: (21) 2488-1088

FESUDEPERJ - Lumen Juris - RJ
Av. Marechal Câmara, nº 314/ 4º andar - Centro
CEP: 20.020-080 - Rio de Janeiro - RJ

BSA Serviço de Divulgação Ltda.
Rua da Assembléia, nº 10/ Sala 2022 - Centro
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888

Florianópolis - Lumen Juris - SC
Rua Santa Fé, nº 234 - Bairro: Ingleses
Florianópolis - SC - CEP: 88.058-345
Tel: (48) 3284-3114 (Fax) - (48) 3369-7624

Brasília - Lumen Juris - DF
SCLS Quadra 402 Bloco D - Loja 9 - Asa Sul
CEP: 70.235-540 - Brasília - DF
Tel/Fax: (61) 3225-8569 (8836) / (61) 3221-9146

Porto Alegre - Lumen Juris - RS
Rua Padre Chagas, 66 Loja 06
Moinhos de Vento
CEP: 90.570-080 - Porto Alegre - RS
Tel/Fax: (51) 3211-0700/3228-2183

São Paulo - Lumen Juris - SP
Rua Correa Vasques, nº48 - Vila Clementino
CEP: 04.038-010 - São Paulo, SP
Tel: (11) 5908-0240 / (11) 5081-7772

Belo Horizonte - Lumen Juris - MG
Rua Araguari, 359 Sala 53 - 2ª andar- Barro Preto
CEP: 30.190-110 - Belo Horizonte - MG
Tel: (31) 3292-6371

Salvador - Lumen Juris - BA
Rua Dr. José Peroba nº 349 - Sala: 206
Costa Azul CEP: 41.770-235 - Salvador - BA
Tel: (71) 3341-3646/3012-6046

Vitória - Lumen Juris - ES
Rua Cloves Machado, nº 176 - Loja 02
Enseada do Suá
CEP: 29.050-590 - Vitória - ES
Tel: (27) 3345-8515/ Fax: (27) 3225-1659

Curitiba - Lumen Juris - PR
Rua Treze de Maio, 506 Conj. 03
São Francisco, CEP: 80510-030 - Curitiba - PR
Tel: (41) 3598-9092

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO
Mestre em Direito pela UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Professor da UFF – Universidade Federal Fluminense (Pós-Graduação)
Professor da UCAM – Universidade Cândido Mendes (Pós-Graduação)
Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo
Membro do IDAERJ – Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro
Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros
Membro do IADP – Instituto Ibero-Americano de Direito Público
Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado)
Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

24ª edição
revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2011

manual de direito administrativo
1ª ed.: 1997; 2ª ed.: 1998; 3ª ed.: 1998; 4ª ed.: 1999; 5ª ed.: 1999; 6ª ed.: 2000;
7ª ed.: 2001; 8ª ed.: 2001; 9ª ed.: 2003; 10ª ed. 2003; 11ª ed.: 2004; 12ª ed.: 2004;
13ª ed.: 2005; 14ª ed.: 2005; 15ª ed.: 2006; 16ª ed.: 2006; 17ª ed.: 2007; 18ª ed.: 2007;
19ª ed.: 2008; 20ª ed.: 2008; 21ª ed.: 2009; 22ª ed.: 2009; 23ª ed.: 2010.

Copyright © 2011 *by* José dos Santos Carvalho Filho

Categoria: Direito Processual Civil

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pela originalidade desta obra
nem pelas opiniões nela manifestadas por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695,
de 1º/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

ISBN 9788537509012

A Shirlei, *com amor, pelo carinho e incentivo que sempre recebi.*
A Maurício *e* Adriana, *meus filhos.*
A meus pais, que plantaram a semente.

Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.

(O direito das gentes é o que a razão natural constitui entre todos os homens)

Como a vida é o maior benefício do universo e não há mendigo que não prefira a miséria à morte, segue-se que a transmissão da vida, longe de ser uma ocasião de galanteio, é a hora suprema da missa espiritual.

MACHADO DE ASSIS

Trabalhos do Autor

I - LIVROS

Manual de Direito Administrativo. Lumen Juris, 24ª ed., 2011.
Ação Civil Pública. Comentários por Artigo. Lumen Juris, 7ª ed., 2009.
Processo Administrativo Federal, Lumen Juris, 4ª ed., 2009.
Comentários ao Estatuto da Cidade, Lumen Juris, 3ª ed., 2009.
Consórcios Públicos. Lumen Juris, 2009.

II - OBRAS COLETIVAS

1) "O Princípio da Efetividade e os Direitos Sociais Urbanísticos" (*"A Efetividade dos Direitos Sociais"* (obra coletiva, coord. por Emerson Garcia, Lumen Juris, 2004).
2) "Processo Administrativo" ("*Direito Administrativo*" (obra coletiva, série "*Direito em Foco*"), Ed. Impetus, 2005, coord. por Marcelo Leonardo Tavares e Valter Shuenquener de Araújo).
3) "A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico" ("*Discricionariedade Administrativa"*, obra coletiva, coord. de Emerson Garcia, Lumen Juris, 2005).
4) "O direito de preempção do município como instrumento de política urbana. Novos aspectos" (*Arquivos de Direito Público*, obra coletiva, Ed. Método, 2007, org. Adriano Sant'Anna Pedra).
5) "Políticas Públicas e Pretensões Judiciais Determinativas" (*Políticas Públicas: Possibilidades e Limites*, obra coletiva, coord. por Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, Ed. Fórum, MG, 2008).
6) "O Ministério Público e o Combate à Improbidade Administrativa" (*Temas Atuais do Ministério Público*, coord. por Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald e Leonardo Barreto Moreira, Ed. Lúmen Júris, 2008).
7) "A Sobrevivente Ética de Maquiavel" (*Corrupção, Ética e Moralidade*

Administrativa, coord. por Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun e Renata Porto Adri, Ed. Fórum, 2008).

8) "Políticas Públicas e Pretensões Determinativas" (*Grandes Temas de Direito Administrativo*, org. por Volnei Ivo Carlin, Ed. Conceito, 2009).
9) "Terceirização no Setor Público: Encontros e Desencontros" (*Terceirização na Administração*, obra em homenagem ao Prof. Pedro Paulo de Almeida Dutra, Ed. Fórum, 2009).
10) "O Processo Administrativo de Apuração da Improbidade Administrativa", em *Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J.Calmon de Passos*, ob. colet. org. por Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves e Luciano Ghigone, Lumen Juris, RJ, 2010.
11) "Interesse Público: Verdades e Sofismas", em *Supremacia do Interesse Público*, ob.colet. coord. por Maria Sylvia Zanella di Pietro e Carlos Vinicius Alves Ribeiro, Atlas, SP, 2010.
12) "Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa: Unidade ou Dualidade ?", em *A Ação Civil Pública após 25 Anos*, ob. colet. coord. por Édis Milaré, RT, SP, 2010.
13) "O Formalismo Moderado como Dogma do Processo Administrativo", em *Processo Administrativo. Temas Polêmicos da Lei nº 9.784/99*, ob. colet. coord. por Irene Patrícia Nohara e Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, Atlas, SP, 2011.

III - TRABALHOS PREMIADOS

1) "O Ministério Público no Mandado de Segurança" (monografia premiada por sua classificação em 1º lugar no 1º Concurso "Prêmio Associação do Ministério Público" do Estado do Rio de Janeiro – publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do RJ,* vol. 13, 1981).
2) "A Exaustão da Via Administrativa e o Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos" (Prêmio "San Thiago Dantas" – VI Encontro do Ministério Público do Rio de Janeiro, Cabo Frio, 1985 – publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça,* nº 22, 1985).
3) "O Ministério Público e o Controle do Motivo dos Atos Administrativos à luz da Constituição de 1988" (Trabalho apresentado no XII Encontro do Ministério Público do Rio de Janeiro, outubro/91 – Prêmio "Mariza Perigault" pelo 1º lugar na área cível).

IV - ARTIGOS JURÍDICOS

1) "O Contencioso Administrativo no Brasil" *(Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro,* nº 8, 1979).
2) "A Responsabilidade Civil das Entidades Paraestatais" *(Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça,* nº 9, 1980, e Revista *Juriscível,* nº 100).
3) "Da Avaliação Penal na Pena Acessória de Perda de Função Pública" (Tese de Mestrado – aprovada, UFRJ, 1981).
4) "A Extinção dos Atos Administrativos" (Revista *Juriscível,* nº 117 – 1982, e *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro,* nº 16, 1982).
5) "O Fato Príncipe nos Contratos Administrativos" *(Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro,* nº 23, 1986).
6) "O Ministério Público e o Princípio da Legalidade na Tutela dos Interesses Coletivos e Difusos" – Tese aprovada no VIII Congresso Nacional do Ministério Público, Natal – 1990 (*Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro,* nº 32, 1990).
7) "As Novas Linhas do Regime de Licitações" *(Revista do Tribunal de Contas do RJ* nº 25 – set./93 e *Livro de Estudos Jurídicos,* nº 7, 1993).
8) "Extensibilidade dos Direitos Funcionais aos Aposentados*" (Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro,* vol. 1, 1995, e *Revista do Tribunal de Contas do RJ* nº 26, 1994).
9) "Os Interesses Difusos e Coletivos e o Princípio da Legalidade" *(Livro de Estudos Jurídicos,* nº 3, 1992).
10) "Exame Psicotécnico: natureza e condições de legitimidade" (*Livro de Estudos Jurídicos,* nº 9, 1994).
11) "Observações sobre o Direito à Obtenção de Certidões*" (Livro de Estudos Jurídicos,* nº 5, 1992).
12) "Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos" (*Livro de Estudos Jurídicos,* nº 6, 1993).
13) "O Novo Processo Expropriatório para Reforma Agrária*" (Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro,* vol. 2, 1995, e *Livro de Estudos Jurídicos,* nº 8, 1994).
14) "A Eficácia Relativa do Controle da Constitucionalidade pelos Tribunais Estaduais" *(Livro de Estudos Jurídicos,* nº 10, 1995).
15) "A Contradição da Lei nº 8.987/95 quanto à Natureza da Permissão de Serviços Públicos" *(Revista Arquivos do Tribunal de Alçada,* vol. 21, 1995, e *Livro*

de Estudos Jurídicos, nº 11, 1995).

16) "Regime Jurídico dos Atos Administrativos de Confirmação e de Substituição" (Revista *Doutrina,* vol. 1, 1995, e Revista *Arquivos do Tribunal de Alçada,* vol. 24, 1996).
17) "A Prescrição Judicial das Ações contra o Estado no que Concerne a Condutas Comissivas e Omissivas" (Revista *Doutrina,* vol. 2, 1996).
18) "Aspectos Especiais do Mandado de Segurança Preventivo" (Revista *Doutrina*, vol. 3, 1997).
19) "Acumulação de Vencimentos com Proventos da Inatividade" (Revista *Doutrina,* vol. 4, 1997).
20) "A Nova Limitação do Efeito *erga omnes* na Ação Civil Pública" (Revista *Doutrina*, vol. 5, 1998).
21) "As novas agências autárquicas diante da privatização e da globalização da economia" (*Revista Doutrina*, nº 6, 1998).
22) "O controle autárquico no processo de desestatização e da globalização da economia" (*Revista do Ministério Público* [RJ], nº 8, 1998).
23) "O controle da relevância e urgência nas medidas provisórias" (*Revista Doutrina,* nº 7, 1999, e *Revista do Ministério Público* [RJ], nº 9, 1999).
24) "A investidura em cargos em comissão e o princípio da moralidade" (*Revista Doutrina*, nº 8, 1999).
25) "O Futuro Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista" (Revista *Doutrina*, RJ, nº 9, 2000) e *Revista do Ministério Público* [RJ], nº 11, 2000).
26) "O pregão como nova modalidade de licitação" (Revista *"Doutrina"*, nº 10, 2000).
27) "Regime especial dos servidores temporários" (*Revista Ibero-Americana de Direito Público*, vol. III, 2001).
28) "Ação Civil Pública e Inconstitucionalidade Incidental de Lei ou Ato Normativo" (*Revista do Ministério Público* [RJ], nº 12, jul./dez. 2000).
29) "O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana" (Revista *"Doutrina",* nº 12, 2001).
30) "O Controle Judicial da Concretização do Conceitos Jurídicos Indeterminados" (*Revista Forense,* nº 359, 2002, e *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro,* nº 54, 2001).
31) "A responsabilidade fiscal por despesas com pessoal" (*Revista do Ministério Público do RJ,* nº 14, 2001).

32) "Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos" (*Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do RJ*, nº 19, set./2002).
33) "Autorização de uso de bem público de natureza urbanística" (*"Revista Ibero-Americana de Direito Público"*, nº VII, 2002).
34) "Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos" (*"Revista do Ministério Público do RJ"* nº 16, 2002; *"Revista Ibero-Americana de Direito Público"* nº VIII, 2003).
35) "Os bens públicos no novo Código Civil" (*"Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do ERJ"* nº 21, 2003).
36) "Propriedade, política urbana e Constituição" (*"Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do ERJ"* nº 23, 2003).
37) "A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras" (*Revista Interesse Público* nº 35, Notadez (RS), 2006.
38) "O novo regime funcional de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias" (*Revista Gestão Pública e Controle*, Trib.Contas do Estado da Bahia, nº 2, 2006).
39) "Operações Urbanas Consorciadas" (com a Profª Cristiana Fortini, *in Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* Ano 1, nº 1, 2008).
40) "Regularização Fundiária: Direito Fundamental na Política Urbana" (*Revista de Direito Administrativo* nº 247, Atlas, jan./abr./2008.
41) "A desapropriação e o princípio da proporcionalidade" (*Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 28, 2008; *Revista Interesse Público*, Ed. Fórum, nº 53, 2009).
42) "Estado Mínimo vs. Estado Máximo: o Dilema" (*Cadernos de Soluções Constitucionais*, Malheiros, nº 3, 2008).
43) "A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia como Instrumento de Regularização Fundiária" (*Direito Administrativo*, obra em homenagem ao Prof. Francisco Mauro Dias, coord. Marcos Juruena Villela Souto, Lúmen Júris, 2009).
44) *Comentários à Constituição Federal de 1988* (coord. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, comentários aos arts. 39 a 41 da CF; Forense, 2009).
45) "Precatórios e Ofensa à Cidadania" (*Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 33, jul/set/2009).
46) "A Sobrevivente Ética de Maquiavel" (*Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 34, out/dez/2009).

47) “Servidor público: elementos das sanções” (*Informativo* COAD nº 28, 2010).
48) “Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público”: complexidades e hesitações” (Revista *Interesse Público*, Fórum, nº 63, set/out/2010).

Apresentação

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho é membro do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro, tendo integrado a instituição do Ministério Público desde 1974, para isso bem aprovado em renhido concurso público de provas e títulos.

Foi titular da 2ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo exercido, durante os últimos dez anos, funções de assessoria no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça na Chefia da Assessoria de Direito Público e Assuntos Institucionais, na Coordenadoria-Executiva do Centro de Estudos Jurídicos e na Assessoria de Assuntos Institucionais, labutando, assim, com rara e importante intensidade na área de Direito Público atinente ao *Parquet*.

É professor de Direito Administrativo da Universidade Veiga de Almeida, da Universidade Estácio de Sá (onde leciona também Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado), da Faculdade de Direito Cândido Mendes – Ipanema (licenciado) e do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Campos, lecionando a mesma matéria, em largos períodos, na Escola da Magistratura (EMERJ), na Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) e no CEPAD, curso preparatório para concursos públicos para carreiras da área jurídica, no Rio de Janeiro.

Tem Mestrado em Direito do Estado pela UFRJ e é membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

É autor, ainda, do livro *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo,* em 1995, editado igualmente pela Freitas Bastos, juntamente com a FEMPERJ, com enorme sucesso e aceitação em todo o Brasil.

Tal substancioso currículo já demonstra que, tanto na atividade ministerial, quanto na acadêmica, Mestre Carvalho pôde obter e elaborar os melhores conhecimentos e a indispensável experiência para dar agora a público este seu Manual de Direito Administrativo, em si mesmo fruto de laborioso, incansável e perfeccionista trabalho, reunido, com todo o cuidado, ao longo de anos e anos de

estudos e pesquisas, de emissão de pareceres pelo Ministério Público, de preparação e aplicação de aulas e provas, de acompanhamento de alunos em concursos públicos, de vivência, enfim, no Direito Público.

O Autor, neste Manual*,* pôde ser, por isso, sempre claro, didaticamente, e objetivo, conceitualmente, ao transmitir seu pensamento doutrinário, contribuindo, ao mesmo tempo, de modo criativo, para o aprofundamento do estudo de nosso Direito Público, neste ambiente de ar rarefeito que é o Direito Administrativo.

Serve o Manual de boa fonte de consulta e de estudos, não somente para acadêmicos, pela abrangência e simplicidade com que elaborado, mas para profissionais e operadores do Direito em geral, pela pesquisa e síntese da melhor doutrina e do mais acertado entendimento de relevantes e atuais controvérsias em temas ligados às atividades da Administração Pública.

Inova, outrossim, a obra, ao ajuntar, ordenada e conjugadamente, ao fim de cada capítulo, com grande proveito para quem necessite se atualizar e reciclar em matéria de Direito Administrativo, exemplos jurisprudenciais mais significativos e, ainda, questões submetidas a candidatos em recentes provas de concursos públicos para ingresso nas carreiras da Magistratura Estadual e do Trabalho, do Ministério Público, da Procuradoria do Estado e da Defensoria Pública, que encontram respostas nos ensinamentos antes expostos, no Manual.

Com certeza, por tudo isso, vindo de quem vem e sendo como é, o presente Manual terá vida longa e frutificará.

Dr. Elio Gitelman Fischberg
Procurador de Justiça
Prof. da FEMPERJ – Fund. Esc. do Min. Públ. do RJ.

Nota do Autor

Quando a vida me inclinou para o Direito Público, e especialmente para o Direito Administrativo, procurei, a cada dia, buscar mais e mais ensinamentos entre os juristas pátrios e estrangeiros, para solucionar as infindáveis dúvidas que até hoje me vêm assaltando. E a cada dia continuo aprendendo, porque a vida e o direito são mesmo um eterno aprendizado.

Mas talvez não tenha havido aprendizado maior do que o que proveio das aulas que nesses últimos quinze anos tenho ministrado, em Faculdades e em cursos de preparação para concursos da área jurídica, e do já hoje significativo exército de alunos, verdadeiros amigos, que sempre me dispensaram carinho e estímulo. À vida sou grato pelo magistério; aos alunos, pelas lições que recebi.

Entre as várias lições, quatro me marcaram. Primeiramente, o acesso à informação: todos exigiam linguagem que permitisse a mais eficaz comunicação, com exclusão de todo excesso ou preciosismo. Depois, apoiavam-me no sistema didático organizado, pelo qual procurei relacionar e examinar os temas de Direito Administrativo através da sucessão ordenada de tópicos, itens e subitens, visando a facilitar o estudo e a análise dos temas. Em terceiro lugar, senti o interesse que sempre despertou a opinião dos julgadores, de primeiro grau e dos Tribunais, em relação a cada assunto estudado; foi a eterna busca de aplicação do Direito. Por fim, fui sempre informado pelos alunos de que faziam falta questões concretas e problemas para que pudessem medir seus conhecimentos; procurei, por isso, entremear os ensinamentos teóricos com a prática dessa forma de treinamento.

Nesta obra procurei exatamente retratar essas lições. Além de organizar, da forma mais didática possível, os diversos temas de Direito Administrativo, adotando linguagem direta e objetiva, fiz acrescentar, em cada Capítulo, um tópico destinado à jurisprudência pertinente e outro com um rol de questões concretas, a maioria delas constantes de provas para a Magistratura, o Ministério Público e outras carreiras jurídicas.

Longe fiquei de qualquer pretensão que pudesse vislumbrar definitividade ou verdade absoluta. Ao contrário, trata-se de trabalho não voltado para juristas, mas sim para aqueles, estudantes ou profissionais, que se interessem pelo Direito Administrativo e pelos vários aspectos teóricos, práticos e polêmicos da disciplina, que busquei deixar espraiados pelos capítulos do livro.

Insisto em que a obra representa um momento de meus estudos. Por isso, estou certo de que muitos de meus atuais pensamentos podem vir a modificar-se, maior seja o universo de conhecimentos e estudos que venha a adquirir. Pintei-o em cores menos professorais, porque sonho com que as idéias nela consignadas possam ser analisadas, questionadas, confirmadas ou criticadas. Tudo faz parte da própria dialética do Direito, razão por que receberei, humildemente e de coração aberto, todas as opiniões a respeito do que deixei registrado. Meu sonho, na verdade, dá suporte à motivação maior – continuar e perseguir o objetivo que alvejei.

Sinceros agradecimentos a minhas amigas ELIZABETH HOMSI, MARIA DE LOURDES FRANCO DE ALENCAR, MARIA ELIZABETH CORKER, FABIANA VIANNA DE OLIVEIRA; a minha esposa, SHIRLEI RANGEL CARVALHO; e a meu filho, MAURÍCIO JOSÉ RANGEL CARVALHO, que me auxiliaram na revisão da obra. E a GLÓRIA MARIA PINTO DE OLIVEIRA, minha secretária, que me auxiliou no trabalho de digitação.

Janeiro de 1997

José dos Santos Carvalho Filho

Nota à 24ª edição

Mais uma vez procedemos à revisão deste "*Manual*", agora para o ano de 2011, introduzindo o que de mais relevante surgiu no ano de 2010. E mais uma vez queremos homenagear nossos fiéis leitores, que, ao prestigiar a obra, permitiram que se esgotasse a edição anterior. Reiteramos, pois, nossa sincera gratidão a todos eles.

Como de hábito, inserimos nesta nova edição as mais recentes decisões judiciais, cerca de oitenta, sobretudo dos Tribunais Superiores, que, em última instância, norteiam os cenários jurídicos e inspiram, como regra, os operadores da área jurídica.

Novas obras e artigos jurídicos, alguns de jovens e talentosos juristas, também foram mencionados, até porque o dinamismo do direito exige o conhecimento de novas tendências e opiniões.

Fizemos referência à seguinte legislação mais recente:

1) *Lei nº 11.977, de 07.07.2009*: institui o Programa "Minha Casa, Minha Vida" e regula a legitimação da posse (Caps. XIII e XVI);
2) *Lei nº 12.188, de 11.01.2010*: institui a Política Nacional de Assistência à Agricultura Familiar e altera a Lei nº 8.666/93 (licitações e contratos) (Cap. VI);
3) *Lei nº 12.232, de 29.04.2010*: regula licitações e contratos de serviços de publicidade (Caps. V e VI);
4) *Lei nº 12.314, de 19.08.2010*: altera a Lei nº 8.745/93, que regula contratos de servidores pelo regime especial (Cap XI);
5 *Lei nº 12.349, de 15.12.2010*: altera a Lei nº 8.666/93 (licitações e contratos) (Caps. V e VI);
6) *Lei nº 12.353, de 28.12.2010*: dispõe sobre a participação de empregados em conselhos de administração de entidades da administração indireta federal (Cap. IX); e

7) *Medida Provisória nº 514, de 01.12.2010*: altera Lei nº 11.977/2009, inclusive a legitimação de posse (Cap. XVI).

Reportamo-nos, ainda, a novas súmulas do STJ que guardam pertinência com o conteúdo da obra. São elas as *Súmulas nºs 421* (Cap. XV); *434* (Cap. III); *452* (Cap. XV); *460* (Cap. XV); *463* (Cap. XI); *467* (Cap. III) e *470* (Cap. XV).

Foram criados cinco novos itens, ou em virtude de novas leis ou para desenvolver temas específicos que têm recebido constantes abordagens. Eis os itens: a) Contratos de serviços de publicidade (Cap. V); b) Licitações para serviços de publicidade (Cap. VI); c) Cessão de servidores (Cap. XI); d) Pagamento a maior de servidores (Cap. XI); e) Anteprojeto de normas gerais da Administração Pública (Cap. IX).

De nossa parte, podemos afirmar que encetamos nosso maior esforço para continuar merecendo a confiança dos leitores.

À querida e prestimosa amiga, Dra. ANA MARIA BENS DE OLIVEIRA, expressamos nosso agradecimento pelo trabalho de revisão.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Janeiro de 2011.

Abreviaturas e Siglas

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ACO - Ação Cível Originária
AgR - Agravo Regimental
AI - Agravo de Instrumento
ApCív - Apelação Cível
BDA - Boletim de Direito Administrativo
BDM - Boletim de Direito Municipal
CCív - Câmara Cível
CF - Constituição Federal
CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público
CP - Código Penal
CPC - Código de Processo Civil
CPP - Código de Processo Penal
DJ - Diário da Justiça da União
DO - Diário Oficial
EC - Emenda Constitucional
EInf - Embargos Infringentes
GCâm - Grupo de Câmaras
HC - *Habeas Corpus*
MI - Mandado de Injunção
MP - Ministério Público
MPv - Medida Provisória
MS - Mandado de Segurança
QO - Questão de Ordem
Rcl - Reclamação
RDA - Revista de Direito Administrativo
RDP - Revista de Direito Público
RDPGERJ - Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro
RE - Recurso Extraordinário

RDE - Revista de Direito do Estado
REsp - Recurso Especial
RF - Revista Forense
RJTJSP -Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
RMS - Recurso em Mandado de Segurança
RO - Recurso Ordinário
RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT - Revista dos Tribunais
RTDP - Revista Trimestral de Direito Público
RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência do STF
SLS - Suspensão de Liminar e de Sentença
SS - Suspensão de Segurança
STA - Suspensão de Tutela Antecipada
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TA - Tribunal de Alçada
TCív - Turma Cível
TFR - Tribunal Federal de Recursos (extinto)
TJ - Tribunal de Justiça
TRF - Tribunal Regional Federal
TSE - Tribunal Superior Eleitoral

Capítulo I

Direito Administrativo e Administração Pública

I. Introdução

1. O Estado

Diversos são os sentidos do termo "estado", e isso porque diversos podem ser os ângulos em que pode ser enfocado.

No sentido, porém, de sociedade política permanente, a denominação "Estado"[1] surge pela primeira vez no século XVI na obra *"O Príncipe"*, de Maquiavel, indicando, no entanto, as comunidades formadas pelas cidades-estado.

Discutem os pensadores sobre o momento em que apareceu o Estado, ou seja, qual a precedência cronológica: o Estado ou a sociedade. Informa-nos DALMO DALLARI que para certa doutrina o Estado, como a sociedade, sempre existiu; ainda que mínima pudesse ser, teria havido uma organização social nos grupos humanos. Outra doutrina dá à sociedade em si precedência sobre a formação do Estado: este teria decorrido de necessidade ou conveniências de grupos sociais. Uma terceira corrente de pensamento ainda retarda o nascimento do Estado, instituição que só passaria a existir com características bem definidas.[2]

A matéria tem seu estudo aprofundado na Teoria Geral do Estado, aí, portanto, devendo ser desenvolvida. O que é importante para o presente estudo é o fato, atualmente indiscutível, de que o Estado é um ente personalizado, apresentando-se não apenas exteriormente, nas relações internacionais, como internamente, neste caso como pessoa jurídica de direito público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002), com vigor a partir de janeiro de 2003, atualizou o elenco de pessoas jurídicas de direito público, mencionando entre elas as pessoas que, por serem federativas, representam cada

compartimento interno do Estado federativo brasileiro: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 41, I a III).[3] Diversamente, porém, do que ocorria sob a égide do Código anterior, o Código vigente alude expressamente aos Territórios, pondo fim à controvérsia sobre o assunto e confirmando-os como pessoas jurídicas de direito público, conforme já registrava a doutrina dominante, [4] muito embora sem autonomia política e sem integrar a federação, como se infere do art. 18 da CF, que a eles não alude. Cuida-se, com efeito, de mera pessoa administrativa descentralizada (para alguns com a natureza de autarquia territorial), integrante da União e regulada por lei complementar federal (art. 18, § 2º, CF).

Em nosso regime federativo, por consequência, todos os componentes da federação materializam o Estado, cada um deles atuando dentro dos limites de competência traçados pela Constituição.

A evolução da instituição acabou culminando no surgimento do *Estado de direito*, noção que se baseia na regra de que ao mesmo tempo em que o Estado cria o direito deve sujeitar-se a ele. A fórmula do *rule of law* prosperou de tal forma que no mundo jurídico ocidental foi ela guindada a verdadeiro postulado fundamental. [5]

2. Poderes e Funções

Compõe-se o Estado de *Poderes*, segmentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. Os Poderes de Estado, como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu em sua clássica obra,[6] pregando o grande filósofo, com notável sensibilidade política para a época (século XVIII), que entre eles deveria haver necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre outro.

Os Poderes de Estado figuram de forma expressa em nossa Constituição: *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário* (art. 2º).

A cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função. Assim, ao Poder Legislativo foi cometida a função normativa (ou legislativa); ao Executivo, a função administrativa; e, ao Judiciário, a função jurisdicional.

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há,

sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição.

Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (*funções típicas*), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (*funções atípicas*), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize.

O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (art. 52, II, CF). Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (arts. 51, IV, e 52, XIII, CF).

O Judiciário, afora sua função típica (função jurisdicional), pratica atos no exercício de função normativa, como na elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (art. 96, I, "a", CF), e de função administrativa, quando organiza os seus serviços (art. 96, I, "a", "b", "c"; art. 96, II, "a", "b" etc.).

Por fim, o Poder Executivo, ao qual incumbe precipuamente a função administrativa, desempenha também função atípica normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de seu poder regulamentar (art. 84, IV, CF),[7] ou, ainda, quando edita medidas provisórias (art. 62, CF) ou leis delegadas (art. 68, CF). Quanto à função jurisdicional, o sistema constitucional pátrio vigente não deu margem a que pudesse ser exercida pelo Executivo.[8] A função jurisdicional típica, assim considerada aquela por intermédio da qual conflitos de interesses são resolvidos com o cunho de *definitividade (res iudicata)*, é praticamente monopolizada pelo Judiciário, e só em casos excepcionais, como visto, e expressamente mencionados na Constituição, é ela desempenhada pelo Legislativo. [9]

Em relação à *tipicidade* ou *atipicidade* das funções, pode suceder que determinada função se enquadre, em certo momento, como típica e o direito positivo venha a convertê-la em atípica, e vice-versa. Exemplo elucidativo ocorreu com a edição da Lei nº 11.441, de 04.01.2007, que alterou o Código de Processo

Civil. Inventário, separação consensual e divórcio consensual sempre constituíram *função jurisdicional atípica*, porque, a despeito de retratarem função administrativa, tinham que ser processados e finalizados pelo juiz, ainda que inexistisse litígio entre os interessados. A citada lei, no entanto, passou a admitir que o inventário e a partilha (quando os interessados são capazes e concordes), bem como a separação consensual e o divórcio consensual (quando não há filhos menores ou incapazes) possam ser realizados por simples *escritura pública* em Ofício de Notas comum, servindo o título para o registro público adequado (arts. 982 e 1.124-A, do CPC, com a alteração da Lei nº 11.441/2007). Com tal inovação, o que era *função jurisdicional atípica* passou a caracterizar-se como *função administrativa típica*.

3. Função Administrativa

Não constitui tarefa muito fácil delinear os contornos do que se considera função administrativa. Os estudiosos têm divergido sobre o tema. Todos, no entanto, fazem referência ao pensamento de OTTO MAYER, que, ao final do século passado, defendia a autonomia do Direito Administrativo em face do Direito Constitucional, e afirmava: *"A administrativa é a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica"*. A visão do grande jurista alemão mostrava que a função administrativa haveria de ter duas faces: a primeira relativa ao *sujeito* da função (aspecto subjetivo); a segunda relativa aos efeitos da função no mundo jurídico (aspecto objetivo formal).

Para a identificação da função administrativa, os autores se têm valido de critérios de três ordens:

1º) *subjetivo* (ou *orgânico*), que dá realce ao sujeito ou agente da função;
2º) *objetivo material*, pelo qual se examina o conteúdo da atividade; e
3º) *objetivo formal*, que explica a função pelo regime jurídico em que se situa a sua disciplina.

Nenhum critério é suficiente, se tomado isoladamente. Devem eles combinar-se para suscitar o preciso contorno da função administrativa.

Na prática, a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a

composição de lides *in concreto*.[10] Mais tecnicamente pode dizer-se que função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica.[11]

Enquanto o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo *(ius novum)* e o da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno. Como tal gestão implica normalmente a prática de vários atos e atividades alvejando determinada meta, a Administração socorre-se, com frequência, de processos administrativos como instrumento para concretizar a função administrativa.[12]

Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm distinguido *governo* e *administração*,[13] e função administrativa e função política, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre sujeita a regras jurídicas superiores.[14]

Não custa, por fim, relembrar que, a despeito da reconhecida diversidade dos critérios identificadores da função administrativa, como mencionamos acima, é o critério material que tem merecido justo realce entre os estudiosos; cuida-se de examinar o conteúdo em si da atividade, independentemente do Poder de onde provenha. Em virtude dessa consideração é que constituem *função materialmente administrativa* atividades desenvolvidas no Poder Judiciário, de que são exemplos decisões em processos de jurisdição voluntária e o poder de polícia do juiz nas audiências, ou no Poder Legislativo, como as denominadas "*leis de efeitos concretos*", atos legislativos que, ao invés de traçarem normas gerais e abstratas, interferem na órbita jurídica de pessoas determinadas, como, por exemplo, a lei que concede pensão vitalícia à viúva de ex-presidente.[15] Em relação a elas a ideia é sempre *residual*: onde não há criação de direito novo ou solução de conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, sob o aspecto material, é a administrativa.

4. Federação

Desde a Constituição de 1891, quando passou a ser república, o Brasil tem adotado o regime da federação como forma de Estado. Hoje tal forma tem previsão

expressa na Constituição Federal (arts. 1º e 18).

A federação, como forma de Estado, foi instituída pela primeira vez nos Estados Unidos, após a luta empreendida para a libertação das colônias inglesas do jugo britânico (século XVIII). O federalismo americano decorreu de processo de *agregação*, tornando-se unidos, num só Estado, os estados soberanos, que antes se uniam através de confederação *(federalismo centrípeto)*. No Brasil, porém, resultou de processo de *segregação*, uma vez que durante o Império era adotado o regime unitário, com apenas um único poder político *(federalismo centrífugo)*.

Como bem observa CELSO RIBEIRO BASTOS, a federação, como forma de Estado, *"foi a forma mais imaginosa já inventada pelo homem para permitir a conjugação das vantagens da autonomia política com aquelas outras defluentes da existência de um poder central"*. [16] De fato, se de um lado não se rechaça o poder central e soberano, de outro recebem as partes componentes capacidade política derivada do processo de descentralização.

4.1. Características

A *descentralização política* é a característica fundamental do regime federativo. Significa que, além do poder central, outros círculos de poder são conferidos a suas repartições. No Brasil, há três círculos de poder, todos dotados de autonomia, o que permite às entidades componentes a escolha de seus próprios dirigentes. Compõem a federação brasileira a União Federal, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (art. 18, CF).

Afigura-se fundamental o *sistema de repartição de competências,* porquanto é com base nele que se dimensiona o poder político dos entes do Estado Federal. Assim, pertencem à União as matérias de predominante interesse nacional; ao Estado, as de interesse regional; e ao Município, as de interesse local. Na verdade, o critério ontológico do sistema funda-se na *prevalência do interesse* da entidade federativa.[17]

Outras características são a participação da vontade dos Estados na vontade nacional, representados no Senado Federal (art. 46, CF), e o poder de autoconstituição, conferido de forma expressa aos Estados de modo a permitir sejam regidos também por suas próprias Constituições (art. 25, CF). Os Municípios, por sua vez, saíram bastante fortalecidos na Carta vigente. Embora não se lhes tivesse permitido ter uma Constituição sob o aspecto formal, admitiu-se fossem

regidos por lei orgânica, de efeitos assemelhados aos que decorrem das Constituições (art. 29, CF).[18]

4.2. Autonomia: Capacidade de Autoadministração

A Constituição Federal deixou registrado expressamente que os entes que compõem a federação brasileira são dotados de *autonomia*.

Autonomia, no seu sentido técnico-político, significa ter a entidade integrante da federação capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. [19] No primeiro caso, a entidade pode criar seu diploma constitutivo; no segundo, pode organizar seu governo e eleger seus dirigentes; no terceiro, pode ela organizar seus próprios serviços.

É este último aspecto que apresenta relevância para o tema relativo à Administração Pública. Dotadas de autonomia e, pois, da capacidade de autoadministração, as entidades federativas terão, por via de consequência, as suas próprias Administrações, ou seja, sua própria organização e seus próprios serviços, inconfundíveis com o de outras entidades.

Poder-se-á, assim, considerar a Administração Pública num sentido *geral*, considerando-se todos os aparelhos administrativos de todas as entidades federativas, e num sentido *específico*, abrangendo cada pessoa da federação tomada isoladamente.

5. Direito Administrativo

5.1. Breve introdução

O estudo desse ramo do Direito reclama, de início, a distinção entre o Direito Administrativo, de um lado, e as normas e princípios que nele se inserem, de outro. Normas hoje consideradas como pertencentes a esse ramo sempre existiram, inclusive ao tempo em que a figura do Estado ainda não se havia constituído com a fisionomia atual. Com efeito, mesmo que despidos de qualquer sistematização, os ordenamentos mais antigos exibiam normas que pretendiam regular, conquanto timidamente, a relação jurídica entre o Poder e os integrantes das sociedades de modo geral.

O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja,

quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública e, por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.

No período anterior o regime vigorante era o das monarquias absolutas, em que todos os poderes do Estado desaguavam nas mãos do monarca, tornando frágeis as relações entre o Estado e os súditos. O brocardo da época era o célebre "*L'État c'est moi*", para indicar a concentração dos poderes exclusivamente sob o manto real.[20] Com a teoria da separação de poderes concebida por MONTESQUIEU, o Estado, distribuindo seu próprio poder político, permitiu que em sua figura se reunisse, ao mesmo tempo, o sujeito ativo e passivo do controle público. Nesse ambiente, foi possível criar normas próprias para a execução desse controle.[21]

5.2. Conceito

Com o desenvolvimento do quadro de princípios e normas voltados à atuação do Estado, o Direito Administrativo se tornou *ramo autônomo* dentre as matérias jurídicas. Como assinalou VEDEL, agora a comunidade jurídica não mais se defrontava com normas derrogatórias do direito privado, mas, ao contrário, surgiam normas diretamente vocacionadas à solução de eventuais litígios oriundos das relações entre o Estado e os administrados, formando um bloco diverso do adotado para o direito privado.[22]

Entretanto, o Direito Administrativo, como novo ramo autônomo, propiciou nos países que o adotaram diversos critérios como foco de seu objeto e conceito. Na França, prevaleceu a ideia de que o objeto desse Direito consistia nas leis reguladoras da Administração. No direito italiano, a corrente dominante o limitava aos atos do Poder Executivo.[23] Outros critérios foram ainda apontados como foco do Direito Administrativo, como o critério de regulação dos órgãos inferiores do Estado e o dos serviços públicos. À medida, porém, que esse ramo jurídico se

desenvolvia, verificou-se que sua abrangência se irradiava para um âmbito maior, de forma a alcançar o Estado internamente e a coletividade a que se destina.

Muitos são os conceitos encontrados nos autores modernos de Direito Administrativo. Alguns levam em conta apenas as atividades administrativas em si mesmas; outros preferem dar relevo aos fins desejados pelo Estado. Em nosso entender, porém, o Direito Administrativo, com a evolução que o vem impulsionando contemporaneamente, há de focar-se em dois tipos fundamentais de relações jurídicas: uma, de *caráter interno*, que existe entre as pessoas administrativas e entre os órgãos que as compõem; outra, de *caráter externo*, que se forma entre o Estado e a coletividade em geral.

Desse modo, sem abdicar dos conceitos dos estudiosos, parece-nos se possa conceituar o Direito Administrativo como sendo *o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir*.

De fato, tanto é o Direito Administrativo que regula, por exemplo, a relação entre a Administração Direta e as pessoas da respectiva Administração Indireta, como também a ele compete disciplinar a relação entre o Estado e os particulares participantes de uma licitação, ou entre o Estado e a coletividade, quando se concretiza o exercício do poder de polícia.[24]

Não custa, ao final deste tópico, lembrar que, como ensina DIEZ, o Direito Administrativo apresenta três características principais: 1ª) constitui um *direito novo*, já que se trata de disciplina recente com sistematização científica; 2ª) espelha um *direito mutável*, porque ainda se encontra em contínua transformação; e 3ª) é um *direito em formação*, não se tendo, até o momento, concluído todo o seu ciclo de abrangência.[25]

5.3. Relações com outros ramos jurídicos

O estudo moderno do Direito não mais comporta a análise isolada e estanque de um ramo jurídico. Na verdade, o Direito é um só; são as relações jurídicas que podem ter diferente natureza. Assim, embora de forma sucinta, é cabível indicar algumas linhas em que o Direito Administrativo se tangencia com outras disciplinas jurídicas.

No entanto, antes de serem indicados os pontos de contato entre as

disciplinas, vale a pena relembrar um assunto sempre comentado: a antiga classificação romana, que admitia, como os dois grandes ramos jurídicos, o *Direito Público* e o *Direito Privado*. Tal classificação está hoje superada, como registram praticamente todos os estudiosos. O fundamento está em que todo ramo jurídico contém, de algum modo, normas de ambos os campos; significa, portanto, que nenhuma disciplina se afigura inflexível quanto à natureza das normas que a integram. Se tal fundamento é verdadeiro, não menos o é o fundamento de que, em cada Direito, *predominam as normas* de um ramo sobre as do outro. E sob esse aspecto não há dúvida de que *o Direito Administrativo se insere no ramo do Direito Público*, tal como ocorre com o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Eleitoral e outros. No campo do Direito Privado ficam, em última instância, o Direito Civil e o Direito Comercial (ou Empresarial, se assim se preferir).

A relação de maior intimidade do Direito Administrativo é com o *Direito Constitucional*. E não poderia ser de outra maneira. É o Direito Constitucional que alinhava as bases e os parâmetros do Direito Administrativo; este é, na verdade, o lado dinâmico daquele. Na Constituição se encontram os princípios da Administração Pública (art. 37), as normas sobre servidores públicos (arts. 39 a 41) e as competências do Poder Executivo (arts. 84 e 85). São mencionados, ainda, na Lei Maior os institutos da desapropriação (arts. 5º, XXIV, 182, § 4º, III, 184 e 243), das concessões e permissões de serviços públicos (art. 175), dos contratos administrativos e licitações (arts. 37, XXI e 22, XXVII) e da responsabilidade extracontratual do Estado (art. 37, § 6º), entre outros.

Com o *Direito Processual* o Direito Administrativo se relaciona pela circunstância de haver em ambos os ramos a figura do *processo*: embora incidam alguns princípios próprios em cada disciplina, existem inevitáveis pontos de ligação entre os processos administrativos e judiciais. Como exemplo, lembre-se que o direito ao contraditório e à ampla defesa incide tanto numa como noutra categoria (art. 5º, LV, CF). Por outro lado, nos processos administrativos de natureza acusatória são aplicáveis alguns postulados e normas do processo penal.[26] No que diz respeito ao processo civil, este prevê algumas normas que consideram especificamente o Estado como parte da relação processual e que, por isso, lhe outorgam algumas prerrogativas (*v.g.*, arts. 188 e 475, do Cód. Proc. Civil).

A relação com o *Direito Penal* se consuma através de vários elos de ligação. Um deles é a previsão, no Código Penal, dos crimes contra a Administração Pública (arts. 312 a 326, Cód. Penal) e a definição dos sujeitos passivos desses delitos (art. 327, *caput*, e § 1º, C. Penal). A interseção se dá também no caso de normas penais em branco, aquelas cujo conteúdo pode completar-se com normas administrativas.

Também com o *Direito Tributário* há matérias conexas e relacionadas. Uma delas é a que outorga ao Poder Público o exercício do poder de polícia, atividade tipicamente administrativa e é remunerada por *taxas* (art. 145, II, CF e arts. 77 e 78, do Cód. Tributário Nacional). De outro ângulo, tem-se que as normas de arrecadação tributária se inserem dentro do Direito Administrativo.

O *Direito do Trabalho* é outra disciplina que apresenta alguns pontos de contato com o Direito Administrativo. Primeiramente, porque as normas reguladoras da função fiscalizadora das relações de trabalho estão integradas no Direito Administrativo. Depois, é de se reconhecer que ao Estado-Administração é permitido o recrutamento de servidores pelo *regime trabalhista*, aplicando-se preponderantemente a essa relação jurídica as normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Existem, ainda, relações entre o Direito Administrativo e os *Direitos Civil e Comercial* (ou *Empresarial*). Diga-se, aliás, que são intensas essas relações. À guisa de exemplo, todavia, vale anotar que a teoria civilista dos atos e negócios jurídicos e a teoria geral dos contratos se aplica supletivamente aos atos e contratos administrativos (vide, por exemplo, o art. 54, da Lei nº 8.666/93 – o Estatuto dos Contratos e Licitações). Numa outra vertente, destaque-se que o Estado pode criar empresas públicas e sociedades de economia mista para a exploração de atividade econômica (art. 173, § 1º, CF). A nova Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 9.2.2005), a seu turno, exclui do regime falimentar aquelas entidades administrativas.

Por último, é de atentar-se para as relações que alguns novos ramos jurídicos mantêm com o Direito Administrativo. Como exemplo, cite-se o *Direito Urbanístico*, que, objetivando o estudo, a pesquisa e as ações de política urbana, contém normas tipicamente de Direito Administrativo. Poderia até mesmo dizer-se, sem receio de errar, que se trata de verdadeiro subsistema do Direito Administrativo. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001) dispõe sobre vários instrumentos próprios desse ramo, como as licenças, as obrigações urbanísticas, o estudo prévio de

impacto de vizinhança etc.

II. Administração Pública: Sentidos

Há um consenso entre os autores no sentido de que a expressão "administração pública" é de certo modo duvidosa, exprimindo mais de um sentido. Uma das razões para o fato é a extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado. Outra é o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução. Exatamente por isso é que, para melhor precisar o sentido da expressão, devemos dividi-lo sob a ótica dos executores da atividade pública, de um lado, e da própria atividade, de outro.

1. Sentido Objetivo

O verbo *administrar* indica *gerir*, *zelar*, enfim uma ação dinâmica de supervisão. O adjetivo *pública* pode significar não só algo ligado ao Poder Público, como também à coletividade ou ao público em geral.

O sentido objetivo, pois, da expressão – que aqui deve ser grafada com iniciais minúsculas[27] – deve consistir na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a *função administrativa*, com os lineamentos que procuramos registrar anteriormente (vide item nº 3).

Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública *(res publica)*, é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar. Essa a administração pública, no sentido objetivo.

2. Sentido Subjetivo

A expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o *sujeito* da função administrativa, ou seja, quem a

exerce de fato. Para diferenciar este sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas: Administração Pública.

A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a *função administrativa em si*, e não o Poder em que é ela exercida. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Desse modo, todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública.

A Constituição vigente, é justo que se registre aliás, se houve com elogiável técnica ao dispor em separado da Administração Pública (Capítulo VII do Título III) e dos Poderes estruturais da República (Capítulos I, II e III do Título IV).

Os órgãos e agentes a que nos temos referido integram as entidades estatais, ou seja, aquelas que compõem o sistema federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Entretanto, existem algumas pessoas jurídicas incumbidas por elas da execução da função administrativa. Tais pessoas também se incluem no sentido de Administração Pública. São elas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. No primeiro caso temos a Administração Direta, responsável pelo desempenho das atividades administrativas de forma centralizada; no segundo se forma a Administração Indireta, exercendo as entidades integrantes a função administrativa descentralizadamente.

As referidas entidades, por estarem unidas por pontos de identificação e por outros de distinção, serão examinadas em capítulo próprio (Capítulo IX), a que remetemos o leitor.

III. Órgãos Públicos

1. Introdução

A noção de Estado, como visto, não pode abstrair-se da de pessoa jurídica. O Estado, na verdade, é considerado um ente personalizado, seja no âmbito

internacional, seja internamente. Quando se trata de Federação, vigora o *pluripersonalismo*, porque além da pessoa jurídica central existem outras internas que compõem o sistema político.

Sendo uma pessoa jurídica, o Estado manifesta sua vontade através de seus agentes, ou seja, as pessoas físicas que pertencem a seus quadros.

Entre a pessoa jurídica em si e os agentes, compõe o Estado um grande número de repartições internas, necessárias à sua organização, tão grande é a extensão que alcança e tamanhas as atividades a seu cargo. Tais repartições é que constituem os *órgãos públicos*.

2. A Relação Órgão/Pessoa

Primitivamente se entendeu que os agentes eram mandatários do Estado (*teoria do mandato*). Não podia prosperar a teoria porque, despido de vontade, não poderia o Estado outorgar mandato.

Passou-se a considerar os agentes como representantes do Estado (*teoria da representação*). Acerbas foram também as críticas a essa teoria. Primeiro, porque o Estado estaria sendo considerado como uma pessoa incapaz, que precisa da representação. Depois, porque se o dito representante exorbitasse de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidade ao Estado, este como representado. A solução seria, à evidência, iníqua e inconveniente.

Por inspiração do jurista alemão OTTO GIERKE, foi instituída a *teoria do órgão*, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes.[28]

2.1. Característica Básica

A característica fundamental da teoria do órgão consiste no *princípio da imputação volitiva*, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence.

A teoria tem aplicação concreta na hipótese da chamada *função de fato*. Desde que a atividade provenha de um órgão, não tem relevância o fato de ter sido exercida por um agente que não tenha investidura legítima. Bastam a *aparência* da investidura e o exercício da atividade pelo órgão: nesse caso, os efeitos da conduta

vão ser imputados à pessoa jurídica.

2.2. Criação e Extinção

Representando compartimentos internos da pessoa pública, os órgãos públicos não são livremente criados e extintos pela só vontade da Administração. Tanto a criação como a extinção de órgãos *dependem de lei*, e nesse sentido dispõe a vigente Constituição quando inclui a exigência na relação das denominadas "*reservas legais*", matérias cuja disciplina é reservada à lei (art. 48, XI). Anteriormente era exigida lei para a criação, estruturação e atribuições dos órgãos, mas com a nova redação dada ao dispositivo pela EC nº 32, de 11/9/2001, a exigência passou a alcançar apenas a criação e a extinção de órgãos. Em consequência, a estruturação e as atribuições podem ser processadas por decreto do Chefe do Executivo, como consta, aliás, no art. 84, VI, "a", da CF, também alterado pela referida Emenda.

Não obstante, pelo evidente interesse da Administração, a Carta reserva ao Presidente da República (e, por simetria, aos demais Chefes de Executivo) iniciativa privativa para deflagrar o processo legislativo sobre a matéria (art. 61, § 1º, II, "e", CF).[29] A EC nº 32/2001, alterando este último dispositivo, fez remissão ao art. 84, VI, da CF, também alterado pela aludida Emenda, como vimos, segundo o qual é da competência do Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Federal, desde que não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Sendo assim, são legítimas a transformação e a reengenharia de órgãos públicos por ato privativo do Chefe do Executivo (e, portanto, dispensada lei) quando tais fatos administrativos se incluírem no mero processo de organização da administração pública.

A nova diretriz constitucional já tinha o endosso de parte da doutrina, segundo a qual seria lícito que o Executivo criasse órgãos auxiliares, inferiores ou subalternos, desde que aproveitasse os cargos já existentes e tivesse a competência delegada por lei, somando-se ainda a condição de não serem praticados atos que pudessem constranger a esfera jurídica dos particulares.[30] De qualquer forma, a Constituição agora parece ter dirimido qualquer dúvida a respeito dessa possibilidade.

Sobre o poder de deflagrar o processo legislativo para a criação de órgãos públicos (*iniciativa reservada* ou *privativa*), dois aspectos merecem realce. De um lado,

é inconstitucional a lei sobre a matéria que se tenha originado da iniciativa de outro órgão: se a iniciativa, por exemplo, é do Chefe do Poder Executivo, o projeto de lei não pode ser apresentado por membro ou comissão do Legislativo.[31] De outro, deve ser lembrado que a Constituição aponta hipóteses em que a iniciativa reservada é atribuída a órgãos diversos. Assim, além do art. 61, § 1º, II, "e", da CF (iniciativa do Presidente da República e, por simetria, dos demais Chefes do Executivo), encontra-se tal tipo de iniciativa nos arts. 96, II, "c" e "d" (iniciativa dos Tribunais judiciários) e 127, § 2º (iniciativa do Ministério Público).

No Poder Legislativo, a criação e a extinção de órgãos se situam dentro do poder que têm suas Casas de dispor sobre sua organização e funcionamento, conforme previsto nos arts. 51, IV (Câmara dos Deputados) e 52, XIII (Senado Federal). Por via de consequência, não dependem de *lei*, mas sim de *atos administrativos* praticados pelas respectivas Casas. Como retratam princípios extensíveis atinentes à organização funcional, tais mandamentos aplicam-se também ao Legislativo de Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. Teorias de Caracterização do Órgão

Estudioso do tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observa, em sua conhecida monografia,[32] que há três teorias que procuram caracterizar os órgãos públicos.

A primeira teoria é a *subjetiva*, e de acordo com ela os órgãos públicos são os próprios agentes públicos. Tal pensamento não se coaduna com a realidade administrativa, pois que, a ser assim, se desaparecido o agente, extinto estaria também o órgão.

Temos ainda a teoria *objetiva*: órgãos públicos seriam as unidades funcionais da organização administrativa. A crítica à teoria objetiva também tem procedência: é que, prendendo-se apenas à unidade funcional em si, repudia-se o agente, que é o verdadeiro instrumento através do qual as pessoas jurídicas recebem a oportunidade de querer e agir.

A terceira é a teoria *eclética*, que não rechaça qualquer dos dois elementos – nem o objetivo, significando os círculos de competência, nem o subjetivo, ligado aos próprios agentes públicos. Também esta teoria merece a crítica que lhe é feita no sentido de que incide no mesmo contra-senso das primeiras.

O pensamento moderno reside em caracterizar-se o órgão público como um círculo efetivo de poder que, para tornar efetiva a vontade do Estado, precisa estar integrado pelos agentes. Em outras palavras, os dois elementos se reclamam entre si, mas não constituem uma só unidade.[33]

4. Conceito

Ante a fixação dessas premissas, pode-se conceituar o órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.

5. Capacidade Processual

Como círculo interno de poder, o órgão em si é despersonalizado; apenas integra a pessoa jurídica. A capacidade processual é atribuída à pessoa física ou jurídica, como bem averba o art. 7º do CPC, segundo o qual *toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo*. Sendo assim, o órgão não pode, como regra geral, ter capacidade processual, ou seja, idoneidade para figurar em qualquer dos pólos de uma relação processual. Faltaria a presença do pressuposto processual atinente à capacidade de estar em juízo. Nesse sentido já decidiu o STF[34] e têm decidido os demais Tribunais.[35]

De algum tempo para cá, todavia, tem evoluído a ideia de conferir capacidade a órgãos públicos para certos tipos de litígio. Um desses casos é o da impetração de mandado de segurança por órgãos públicos de natureza constitucional, quando se trata da defesa de sua competência, violada por ato de outro órgão. Em consequência, para exemplificar, *a Assembléia Legislativa Estadual, a par de ser órgão com autonomia financeira expressa no orçamento do Estado, goza, legalmente, de independência organizacional. É titular de direitos subjetivos, o que lhe confere a chamada "personalidade judiciária", que a autoriza a defender os seus interesses em juízo. Tem, pois, capacidade processual.* [36] Em outra hipótese, já se admitiu mandado de segurança impetrado por Câmara Municipal contra o Prefeito para o fim de obrigá-lo à devida prestação de contas ao Legislativo, tendo sido concedida a segurança.[37]

Repita-se, porém, que essa excepcional personalidade judiciária só é aceita em relação aos órgãos mais elevados do Poder Público, de envergadura constitucional, quando defendem suas prerrogativas e competências. Por outro lado, esse tipo de

conflito se passa entre órgãos da mesma natureza, como é o caso (talvez o mais comum) de litígio entre o Executivo e o Legislativo, e, como pertencem à mesma pessoa política, não haveria mesmo outra alternativa senão admitir-lhes, por exceção, a capacidade processual. O que não nos parece tecnicamente adequado é a formação de litisconsórcio entre o órgão e a própria pessoa a que pertence, como já foi decidido.[38] Ou a personalidade judiciária é atribuída ao órgão em si para a defesa de sua competência, ou, se o problema é diverso, a capacidade deve ser da pessoa federativa, ainda que a controvérsia atinja mais especificamente determinado órgão.

Para os conflitos entre órgãos comuns da Administração, a solução deve ter caráter interno e ser processada pelos órgãos a que são subordinados, em observância ao princípio da hierarquia administrativa.

Mais recentemente, veio a dispor o Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/9/1990) que são legitimados para promover a liquidação e execução de indenização "as entidades e *órgãos* da administração pública, direta ou indireta, *ainda que sem personalidade jurídica*, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código" (art. 82, III).

Tal situação processual, diga-se por oportuno, é excepcional e só admissível ante expressa previsão legal.

6. Classificação

São os mais diversos os critérios adotados para definir-se a classificação dos órgãos públicos. Veremos os mais importantes:

6.1. *Quanto à pessoa federativa*: de acordo com a estrutura em que estejam integrados, os órgãos dividem-se em *federais, estaduais, distritais e municipais*.

6.2. *Quanto à situação estrutural*: este critério leva em conta a situação do órgão ou da estrutura estatal. Classificam-se em: 1º) *Diretivos*, aqueles que detêm funções de comando e direção; e 2º) *Subordinados*, os incumbidos das funções rotineiras de execução.[39]

6.3. *Quanto à composição*: sob este aspecto, podem os órgãos dividir-se em *singulares*, quando integrados por um só agente (como a Chefia do Executivo; o inventariante judicial), e *coletivos*, os mais comuns, quando

compostos por vários agentes. Estes últimos podem subdividir-se em dois grupos:

a) *Órgãos de Representação Unitária*: aqueles em que a exteriorização da vontade do dirigente do órgão é bastante para consubstanciar a vontade do próprio órgão. É o caso, por exemplo, de um Departamento ou de uma Coordenadoria: a manifestação volitiva do órgão é representada pela manifestação volitiva do Diretor ou do Coordenador;

b) *Órgãos de Representação Plúrima*: aqueles em que a exteriorização da vontade do órgão, quando se trata de expressar ato inerente à função institucional do órgão como um todo, emana da unanimidade ou da maioria das vontades dos agentes que o integram, normalmente através de votação. É o caso de Conselhos, Comissões ou Tribunais Administrativos. Como a manifestação do órgão resulta da vontade conjugada de seus membros, têm sido denominados de *órgãos colegiados*. [40]

Ressalte-se, contudo, que, se o ato é de rotina administrativa, a vontade do órgão de representação plúrima será materializada pela manifestação volitiva apenas de seu presidente. Ademais, se for impetrado mandado de segurança contra ato do órgão, a notificação para prestar informações deverá ser dirigida exclusivamente ao agente que exerça a sua presidência.[41]

IV. Agentes Públicos

Os agentes são o elemento físico da Administração Pública. Na verdade, não se poderia conceber a Administração sem a sua presença. Como visto anteriormente (tópico III, nº 3), não se pode abstrair dos agentes para a projeção da vontade do Estado.

Agentes públicos são todos aqueles que, a qualquer título, executam uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica. Compõem, portanto, a trilogia fundamental que dá o perfil da Administração: órgãos, agentes e funções.

Em virtude da variada fisionomia das relações jurídicas que os vinculam ao Estado, permitimo-nos examinar o tema relativo aos agentes públicos em local

próprio (Capítulo XI).

V. Princípios Administrativos

Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. Bem observa CRETELLA JÚNIOR que não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios.[42]

A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das *normas jurídicas*. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN – as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: *os princípios* e *as regras*. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no *plano da validade*: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado *valor* ou *razão*, o conflito entre eles admite a adoção do critério da *ponderação de valores* (ou *ponderação de interesses*), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído *grau de preponderância*. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito.[43]

Adotando-se essa nova análise, poderá ocorrer, também em sede de Direito Administrativo, a colisão entre princípios, sobretudo os de índole constitucional, sendo necessário verificar, após o devido processo de ponderação de seus valores, qual o princípio preponderante e, pois, aplicável à hipótese concreta.

Não são unânimes os autores quanto a tais princípios, muitos deles originados de enfoques peculiares à Administração Pública e vistos pelos estudiosos como de maior relevância.

Por ter a Constituição Federal enunciado alguns princípios básicos para a Administração, vamos considerá-los *expressos* para distingui-los daqueles outros que, não o sendo, são aceitos pelos publicistas, e que denominaremos de *reconhecidos*.

1. Princípios Expressos

A Constituição vigente, ao contrário das anteriores, dedicou um capítulo à Administração Pública (Capítulo VII do Título III) e, no art. 37, deixou expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Convencionamos denominá-los de *princípios expressos* exatamente pela menção constitucional.

Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.

1.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.[44]

Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do *Estado de Direito*, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.

O princípio *"implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas".*[45] Na clássica e feliz comparação de HELY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público *só pode atuar* onde a lei autoriza. [46]

É extremamente importante o *efeito* do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função

subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.

1.2. Princípio da Impessoalidade

A referência a este princípio no texto constitucional, no que toca ao termo *impessoalidade*, constituiu uma surpresa para os estudiosos, que não o empregavam em seus trabalhos. *Impessoal* é "o que não pertence a uma pessoa em especial",[47] ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas.

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da *isonomia*. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido *princípio da finalidade*, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.

Não se pode deixar de fora a relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei. *"Uma atividade e um fim supõem uma norma que lhes estabeleça, entre ambos, o nexo necessário"*, na feliz síntese de CIRNE LIMA.[48] Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque a isso a Constituição a obriga (art. 5º, *caput* e inc. I), a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se *desvio de finalidade*, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento – o interesse público.[49]

Embora sob a expressão "desvio de finalidade", o princípio da impessoalidade tem proteção no direito positivo: o art. 2º, alínea "e", da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, comina com a sanção de invalidade o desvio de finalidade.

Assim, portanto, deve ser encarado o princípio da impessoalidade: a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial.[50]

1.3. Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.[51]

O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se.

O que pretendeu o Constituinte foi exatamente coibir essa imoralidade no âmbito da Administração. Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.[52]

A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, *caput*. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto,* o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.[53]

A falta de moralidade administrativa pode afetar vários aspectos da atividade da Administração. Quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, que, como regra, causam prejuízos ao erário, o diploma regulador é a Lei nº 8.429, de 2/6/1992, que prevê as hipóteses configuradoras da falta de probidade na Administração, bem como estabelece as sanções aplicáveis a agentes públicos e a

terceiros, quando responsáveis por esse tipo ilegítimo de conduta. Ao mesmo tempo, contempla os instrumentos processuais adequados à proteção dos cofres públicos, admitindo, entre outras, ações de natureza cautelar de sequestro e arresto de bens e o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras, sem contar, logicamente, a ação principal de perdimento de bens, ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa de direito público interessada na reconstituição de seu patrimônio lesado.[54]

Outro instrumento relevante de tutela jurisdicional é a *ação popular,* contemplada no art. 5º, LXXIII, da vigente Constituição. Anteriormente só direcionada à tutela do patrimônio público econômico, passou a tutelar, mais especificamente, outros bens jurídicos de inegável destaque social, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa. Pela ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29/6/65, qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos do Poder Público contaminados de imoralidade administrativa. Por isso, advogamos o entendimento de que o tradicional pressuposto da *lesividade*, tido como aquele causador de dano efetivo ou presumido ao patrimônio público, restou bastante mitigado diante do novo texto constitucional na medida em que guarda maior adequação à tutela do patrimônio em seu sentido econômico. Quando a Constituição se refere a atos *lesivos* à moralidade administrativa, deve entender-se que a ação é cabível pelo simples fato de ofender esse princípio, independentemente de haver ou não efetiva lesão patrimonial.[55]

Por fim, não se pode esquecer de também citar a *ação civil pública*, prevista no art. 129, III, da CF, como uma das funções institucionais do Ministério Público, e regulamentada pela Lei nº 7.347, de 24/7/85, como outro dos instrumentos de proteção à moralidade administrativa. Esta se encontra inserida não somente no conceito de patrimônio social como também dentre os interesses difusos, ambos referidos naquele dispositivo constitucional. A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12/2/93) consagra, com base naqueles bens jurídicos, a defesa da moralidade administrativa pela ação civil pública promovida pelo Ministério Público.[56]

É fácil observar, desse modo, que não faltam instrumentos de combate a condutas e atos ofensivos ao princípio da moralidade administrativa. Cumpre, isto

sim, aos órgãos competentes e aos cidadãos em geral diligenciar para que se invalidem esses atos e se apliquem aos responsáveis severas punições, isso, é óbvio, enquanto o futuro não demonstrar que os administradores públicos e as pessoas em geral estejam realmente mais apegados aos valores morais que devem inspirar uma sociedade justa e equânime.[57]

Quanto à necessidade de preservar os padrões de moralidade no serviço público, é justo sublinhar (e também aplaudir) a disciplina aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em resolução regulamentadora de dispositivo constitucional, pela qual ficou expressamente vedada a condenável prática do *nepotismo*, sem dúvida uma das revoltantes formas de improbidade na Administração.[58] Para tanto, ficou proibida a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge (ou companheiro) ou parente em linha direta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores investidos em cargos de direção ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento (o parente de uma autoridade subordina-se formalmente a outra, ao passo que o parente desta ocupa cargo vinculado àquela).

Excetuam-se da vedação para tais hipóteses, é claro, os casos em que a nomeação recai sobre cônjuge ou parente que ocupam cargos efetivos por efeito de aprovação em concurso público. Ainda assim, porém, não podem exercer funções com subordinação direta ao juiz ou à autoridade administrativa aos quais estejam vinculados por matrimônio, união estável ou parentesco. A norma proibitiva – é oportuno consignar – pretende alcançar, isto sim, parentes que sequer integram os quadros funcionais, propiciando seu ingresso nestes, portanto, sem concurso público.

A vedação atinge, da mesma forma, a contratação temporária por prazo determinado das mesmas pessoas (salvo quando comprovada necessidade temporária de excepcional interesse público, como averba o art. 37, IX, da CF, e por meio de processo seletivo), bem como a contratação de pessoa jurídica de que sejam sócios, gerentes ou diretores os aludidos parentes. Ficou vedada, ainda, a contratação de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus empregados cônjuges ou parentes de juízes e de titulares de cargos de direção e assessoramento.[59] Além de estabelecer as proibições, a Resolução CNJ nº 7 fixou o prazo de 90

dias para proceder-se à exoneração dos servidores que se encontram nas situações atualmente vedadas.[60] O Conselho, posteriormente, excluiu das vedações: 1º) os servidores admitidos antes da Constituição de 1988, quando não era exigido concurso público; 2º) os parentes de juízes aposentados ou falecidos; 3º) quem se casou com magistrado após a nomeação para os cargos em comissão.

A despeito da resistência oposta por alguns setores do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da aludida Resolução ao argumento de que se encontra em completa sintonia com os axiomas constitucionais previstos no art. 37 da Lei Maior, sobretudo no que tange aos princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, ao mesmo tempo em que repudiou a tese de ofensa ao princípio federativo, eis que o CNJ não usurpou qualquer função atribuída ao Poder Legislativo.[61]

A Corte Suprema, todavia, não cingiu a sua orientação apenas ao Poder Judiciário. E nem seria razoável que o fizesse: afinal não é o único responsável por tal prática. Desse modo, considerou ofensiva à Constituição qualquer nomeação – para cargos ou funções de confiança, ou ainda funções gratificadas – de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, do agente nomeante ou de servidor que, na mesma pessoa jurídica, ocupe cargo de direção, chefia ou assessoramento. A vedação estende-se à administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nela se inclui, ainda, o *nepotismo transverso* (ou *nepotismo cruzado*), ou seja, aquele resultante de ajuste mediante designações recíprocas.[62]

A determinação guarda algum radicalismo e certamente provocará algumas injustiças, visto que existem parentes ocupando cargos e funções de confiança dotados de eficiência, interesse administrativo e espírito público. Não obstante, tantos foram os abusos cometidos e os apadrinhamentos ocorridos, e tão densa se revelou a insatisfação social com esse estado de coisas, que a reação acabou por exceder os limites em função dos quais foi oposta. Essa é a constatação que, numa visão sociológica, frequentemente se encontra. Por outro lado, a norma, tal como veiculada, provocará algumas complexidades em sua aplicação.

Ficaram, porém, fora da proibição as nomeações de parente para cargos políticos, como os de Ministro ou Secretário Estadual ou Municipal, e isso em virtude de terem esses cargos natureza eminentemente *política,* diversa, portanto, da

que caracteriza os cargos e funções de confiança em geral, os quais têm feição nitidamente *administrativa*. Sendo assim, será lícito que Governador nomeie irmão para o cargo de Secretário de Estado, ou que Prefeito nomeie sua filha para o cargo de Secretária Municipal de Educação.[63] De qualquer modo, devem ser evitadas tais nomeações, se possível: independentemente da natureza política dos cargos, sempre vai pairar uma suspeita de favorecimento ilegítimo.[64]

1.4. Princípio da Publicidade

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas. O que importa, com efeito, é dar a eles a maior publicidade, porque somente em raríssimas hipóteses se admite o sigilo na Administração.

O princípio da publicidade pode ser reclamado através de dois instrumentos básicos:

1) *o direito de petição*, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, XXXIV, "a", CF); e
2) as *certidões*, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, "b", CF).

Negado o exercício de tais direitos, ou ainda não veiculada a informação, ou veiculada incorretamente, terá o prejudicado os instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade – o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF). Na verdade, não se deve perder de vista que todas

as pessoas têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, com exceção das situações resguardadas por sigilo (art. 5º, XXXIII, CF), e o exercício de tal direito, de estatura constitucional, há de pressupor necessariamente a obediência da Administração ao princípio da publicidade.[65]

Por fim, é importante que não se deixe de fora o registro de que ao princípio da publicidade devem submeter-se todas as pessoas administrativas, quer as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas outras que, mesmo sendo privadas, integram o quadro da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

A Constituição deixou bem clara não somente a existência de tais direitos, como também realçou o *direito de acesso* à sua tutela. Assim, fez constar do texto que são eles assegurados *independentemente do pagamento de taxas* (art. 5º, XXXIV, "a" e "b"), considerando a atuação dos órgãos administrativos nessas hipóteses como dever inafastável e geral da Administração Pública. A esta cabe o ônus da prestação de semelhante serviço, só se admitindo, em algumas situações, a cobrança ressarcitória, ou seja, aquela que corresponde ao gasto com o material empregado. Para o fornecimento em si da certidão, porém, não há como cobrar qualquer tipo de taxa para o administrado, mesmo que a imposição do tributo, no fundo, dissimule esse tipo de cobrança.[66]

O direito de acesso à expedição de certidões somente está sujeito a restrição, ou até mesmo ao seu não reconhecimento, quando o interessado age com *abuso de direito*, o que ocorre em situações nas quais formula sejam enunciados fatos absurdos ou inviáveis, ou reitera pedidos sucessivos de modo irrazoável ou inócuo. Tais situações devem ser cuidadosamente analisadas, de modo que, constatado o abuso, não se aplicará o princípio da publicidade.

Várias questões sobre a publicidade dos atos da Administração foram enfrentadas pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual, ajuizada por Governador do Estado, a qual, oriunda de iniciativa parlamentar, disciplinou a aludida matéria.[67]

Primeiramente, o Tribunal rejeitou a alegação de vício de iniciativa parlamentar, já que a matéria não se referia à criação, estruturação e atribuições de

órgão público, esta sim, da iniciativa reservada do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, "e", CF). Rejeitou, também, a alegação de inferioridade do Executivo em relação ao Legislativo e Judiciário em virtude da norma que exigia que a publicidade dos atos, programas, obras ou serviços implementados pelo Executivo deveria ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que pudessem caracterizar promoção pessoal de autoridades públicas. O STF indeferiu a cautelar sob o argumento de que não havia plausibilidade jurídica da tese, tendo em vista que a norma guardava compatibilidade com o art. 37, § 1º, da CF.

Entretanto, foi deferida a cautelar para suspender a eficácia do dispositivo que vedava qualquer publicidade que constituísse propaganda direta ou subliminar, já que haveria dificuldade na aplicação prática da norma pela dificuldade em identificar-se o que seria propaganda direta e subliminar, fato que poderia causar prejuízo ao dever de informar e prestar contas, inerente à competência do Chefe do Executivo.

Outra questão enfrentada diz respeito ao dispositivo que exigia que em atos do Executivo em jornais, comunicados, avisos e outros do gênero fosse feita menção ao custo para os cofres públicos. O Tribunal deferiu a liminar porque a exigência ofendia os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo porque a obrigação só era destinada ao Executivo. Além disso, a exigência provocaria mais custos ao erário, violando o princípio da economicidade.

Finalmente, o STF deferiu a cautelar e determinou a suspensão da norma que obrigava o Poder Executivo a informar à Assembléia Legislativa, trimestralmente, todos os gastos com publicidade e divulgação de comunicados oficiais ou publicações legais. Entendeu o Tribunal que tal imposição extrapolava, aparentemente, o art. 71, I, da CF, segundo o qual ao Congresso Nacional compete apreciar anualmente as contas do Presidente da República.

Sem embargo da circunstância de que a publicidade dos atos constitui a regra, o sistema jurídico – repita-se – institui algumas exceções, tendo em vista a excepcionalidade da situação e os riscos que eventual divulgação poderia acarretar. O próprio art. 5º, XXXIII, da CF, resguarda o sigilo de informações quando se revela indispensável à segurança da sociedade e do Estado. O mesmo ocorre na esfera judicial: nos termos do art. 93, IX, da CF, com a redação dada pela E.C.

45/2004, apesar de serem públicos os julgamentos, poderá a lei limitar que, em certos atos, só estejam presentes as partes e seus advogados, ou, conforme a hipótese, apenas estes últimos. A Constituição pretendeu proteger o direito à intimidade do interessado diante de certos casos, considerando-o prevalente sobre o princípio do interesse público à informação. Vale dizer: a própria Carta admitiu o conflito entre tais princípios, indicando, na ponderação de valores a ser feita pelo intérprete, a preponderância do direito de sigilo e intimidade sobre o princípio geral de informação.

Situação que merece comentário diz respeito aos *efeitos* decorrentes da falta de publicidade (mais comumente de publicação) de atos administrativos. Cuida-se de saber se tal ausência se situa no plano da *validade* ou da *eficácia*. Anteriormente, a doutrina era mais inflexível, considerando como inválido o ato sem publicidade; ou seja, a publicidade seria *requisito de validade*. Modernamente, tem-se entendido que cada hipótese precisa ser analisada separadamente, inclusive a lei que disponha sobre ela. Em várias situações, a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando como *fator de eficácia*: o ato é válido, mas inidôneo para produzir efeitos jurídicos. Se o for, a irregularidade comporta saneamento.[68]

Ultimamente, tem-se desenvolvido a ação administrativa denominada de "*chamada pública"*, por meio da qual a Administração publica edital com o objetivo de divulgar a adoção de certas providências específicas e convocar interessados para participar da iniciativa, indicando, quando for o caso, os critérios objetivos necessários à seleção. É o caso, entre outros, da convocação de interessados para credenciamento junto à Administração, ou de capacitação de comunidades para recebimento de algum serviço público, ou ainda para apresentação de projetos e programas a serem estudados por órgãos administrativos. Semelhante instrumento espelha, sem dúvida, a aplicação do princípio da publicidade, na medida em que, de forma transparente, a Administração divulga seus objetivos e permite que interessados do setor privado acorram na medida de seus interesses.

Por oportuno, cabe ainda dar destaque ao fato de que a publicidade não pode ser empregada como instrumento de propaganda pessoal de agentes públicos. De acordo com o art. 37, § 1º, da CF, a publicidade de atos, programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos tem por objetivo somente educar, informar e orientar. É vedado às autoridades que se valham do sistema de divulgação de atos e

fatos para promoção pessoal, muito embora seja comum referido desvio, numa demonstração de egocentrismo incompatível com o regime democrático. Vulnerar aquele mandamento representa, ao mesmo tempo, ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, como já têm decidido os nossos Tribunais, exigindo rigorosa necessidade de coibir semelhantes práticas.[69]

1.5. Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional nº 19/98, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao *caput* do art. 37, outro princípio: o da eficiência (denominado de "qualidade do serviço prestado" no projeto da Emenda).

Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços.

A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhum órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada como princípio na Constituição.[70] O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que

é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.[71]

Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37, § 3º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da alteração introduzida pela mencionada Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta.

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejaram as recentes ideias a respeito da *administração gerencial* nos Estados modernos (*public management*), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.[72]

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 (denominada de "Reforma do Judiciário"), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*". O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a

insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade.[73]

Exatamente por esse motivo é que o art. 7º da citada E.C. nº 45/2004 determinou a instalação pelo Congresso Nacional de comissão especial mista, com o objetivo de elaborar, em cento e oitenta dias da promulgação da Emenda, os projetos de lei para a regulamentação do que nela foi disciplinado. Cominou-se, ainda, à mesma comissão a obrigação de promover alterações na legislação federal, no intuito de ampliar o acesso à justiça e tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional, como constitui anseio de toda a sociedade.[74]

Atualmente os publicistas têm apresentado vários estudos sobre a questão concernente ao *controle* da observância do princípio da eficiência. A complexidade que envolve o tema é compreensível: de um lado, há que se respeitar as diretrizes e prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis e, de outro, não se pode admitir que o princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado. Os controles administrativo (de caráter interno e processado pelos próprios órgãos administrativos) e legislativo são reconhecidamente legítimos e indubitáveis à luz dos arts. 74 e 70 da Lei Maior, respectivamente. O controle judicial, entretanto, sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade. Como tem consagrado corretamente a doutrina, *"o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência"*, nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência.[75] Note-se que a ideia não pretende excluir inteiramente o controle judicial, mas sim evitar que a atuação dos juízes venha a retratar devida intervenção no círculo de competência constitucional atribuída aos órgãos da Administração.

A *eficiência* não se confunde com a *eficácia* nem com a *efetividade*. A eficiência transmite sentido relacionado ao *modo* pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por

outro lado, eficácia tem relação com os *meios e instrumentos* empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os *resultados* obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.

Alguns estudiosos proclamam a necessidade de que a reforma da Administração seja constante e adequada às mudanças sociais, e não apenas um fato isolado em busca de impacto.[76] Se é verdadeira tal premissa, mais importante se nos afigura a premência na mudança de postura e de consciência por parte dos administradores públicos, processo que, inegavelmente, passa pela transformação dos baixos padrões éticos facilmente observados no seio de nossa sociedade. Sem dúvida, eficiência guarda estreita aproximação com moralidade social.

2. Princípios Reconhecidos

Além dos princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outras diretrizes que também se incluem em sua principiologia, e que por isso são da mesma relevância que aqueles. Doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela a sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de *princípios reconhecidos*, para acentuar exatamente essa aceitação. Vejamos tais princípios.

2.1. Princípio da Supremacia do Interesse Público

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

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo

exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.

A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como *conceito jurídico indeterminado,* a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito *determinável.* [77]

Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas.[78] Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias.[79] A "*desconstrução*" do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita "*reconstrução*", vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.[80]

Com a vênia aos que perfilham visão oposta, reafirmamos nossa convicção de que, malgrado todo o esforço em contrário, a prevalência do interesse público é

indissociável do direito público, este, como ensina SAYAGUÉS LASO, o regulador da harmonia entre o Estado e o indivíduo.[81] Sobre o tema, já firmamos a seguinte consideração: *"Elidir o princípio se revela inviável, eis que se cuida de axioma inarredável em todo tipo de relação entre corporação e indivíduo. A solução, destarte, está em ajustá-lo para que os interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados".[82]*

2.2. Princípio da Autotutela

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um *dever*, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado.[83]

Registre-se, ainda, que a autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa:

1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e
2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento.

A capacidade de autotutela está hoje consagrada, sendo, inclusive, objeto de firme orientação do Supremo Tribunal Federal, que a ela faz referência nas clássicas Súmulas nºs 346 e 473.[84]

Em nome, porém, do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, vêm sendo criados limites ao exercício da autotutela pela Administração. Na verdade, a eterna pendência da possibilidade de revisão dos atos

administrativos revela-se, em alguns casos, mais nociva do que a sua permanência. Por isso mesmo, a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo federal, consignou que o direito da Administração de anular atos administrativos que tenham irradiado efeitos favoráveis ao destinatário *decai* em cinco anos, salvo comprovada má-fé (art. 54). Vê-se, portanto, que, depois desse prazo, incabível se torna o exercício de autotutela pela Administração, eis que tal hipótese acarreta, *ex vi legis*, a conversão do fato anterior em situação jurídica legítima.

2.3. Princípio da Indisponibilidade

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.

O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade.

2.4. Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é o de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade.

Encontramos em mais de um momento a aplicação do princípio. Em primeiro lugar, dispôs a Constituição Federal que a greve dentro da Administração seria regulada por lei específica (art. 37, VII), ou seja, lei ordinária que trate especificamente da matéria (antes da Emenda Constitucional nº 19/98, o dispositivo previa lei complementar). Mesmo no setor privado, o Constituinte, embora tenha reconhecido o direito de greve para os trabalhadores, ressalvou no

art. 9º, § 1º: *A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.* Tudo isso mostra a preocupação de não ocasionar solução de continuidade nos serviços públicos.[85]

Não é dispensável, porém, acentuar que a continuidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da eficiência, hoje expressamente mencionado no art. 37, *caput,* da CF, por força de alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, relativa à reforma do Estado. Logicamente, um dos aspectos da qualidade dos serviços é que não sofram solução de continuidade, prejudicando os usuários.[86]

Outro exemplo, sempre referido entre os autores, é o dos contratos administrativos. Para evitar a paralisação das obras e serviços, é vedado ao particular contratado, dentro de certos limites, opor em face da Administração a exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus).*

Na verdade, o princípio em foco guarda estreita pertinência com o princípio da supremacia do interesse público. Em ambos se pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventual realce a interesses particulares.[87]

É evidente que a continuidade dos serviços públicos não pode ter caráter absoluto, embora deva constituir a regra geral. Existem certas situações específicas que excepcionam o princípio, permitindo a paralisação temporária da atividade, como é o caso da necessidade de proceder a reparos técnicos ou de realizar obras para a expansão e melhoria dos serviços. Por outro lado, alguns serviços são remunerados por tarifa, pagamento que se caracteriza como preço público, de caráter tipicamente negocial. Tais serviços, frequentemente prestados por concessionários e permissionários, admitem suspensão no caso de inadimplemento da tarifa pelo usuário, devendo ser restabelecidos tão logo seja quitado o débito. É o caso, para exemplificar, dos serviços de energia elétrica e uso de linha telefônica. [88]

2.5. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança)

As teorias jurídicas modernas sempre procuraram realçar a crise conflituosa entre os princípios da legalidade e da estabilidade das relações jurídicas. Se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas

permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos. A prescrição e a decadência são fatos jurídicos através dos quais a ordem jurídica confere destaque ao princípio da *estabilidade das relações jurídicas*, ou, como se tem denominado atualmente, ao *princípio da segurança jurídica*.

Como já foi sublinhado em estudos modernos sobre o tema, o princípio em tela comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a *perspectiva de certeza,* que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a *perspectiva de estabilidade,* mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado.[89]

No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, e distinguem os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção à confiança*. Pelo primeiro, confere-se relevo ao *aspecto objetivo* do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o *aspecto subjetivo*, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade.[90]

Os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança passaram a constar de forma expressa no art. 54, da Lei nº 9.784, de 29.1.99, nos seguintes termos: *"O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé"*. A norma, como se pode observar, conjuga os aspectos de tempo e boa-fé, mas se dirige essencialmente a estabilizar relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos inquinados de vício de legalidade.

É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela *"teoria do fato consumado"*, isto é, em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Com a positivação do princípio, tornou-se de maior densidade a sustentação do fato ilegítimo anterior; por mais que se esforçassem os intérpretes, a fundamentação do fato consumado não se afigurava muito convincente.[91]

Decorre, portanto, da citada norma a clara intenção de sobrelevar o princípio da proteção à confiança, de modo que, após cinco anos e desde que tenha havido boa-fé, fica limitado o poder de autotutela administrativa e, em consequência, não mais poderá a Administração suprimir os efeitos favoráveis que o ato produziu para seu destinatário. Registre-se, a propósito, que o STF, invocando a Lei nº 9.784/99, convalidou ato administrativo de transposição de carreira em favor de servidor, porquanto, embora calcado em lei supostamente inconstitucional, já consolidara a situação jurídica do destinatário e, desse modo, merecia proteção *"em homenagem ao princípio da segurança jurídica".*[92] Atos de ascensão funcional também foram convalidados, vez que seu desfazimento ultrapassou de muito o quinquênio fixado na Lei nº 9.784/99; mais uma vez foi protegida a confiança do administrado.[93]

Em diversos outros aspectos se tem desenvolvido o princípio da segurança jurídica e de seu corolário – o princípio da proteção à confiança. No campo da responsabilidade civil do Estado, por exemplo, decidiu-se que o governo federal deveria indenizar os prejuízos causados a empresários do setor sucro-alcooleiro em virtude de sua intervenção no domínio econômico, fixando preços inferiores aos propostos por autarquia vinculada ao próprio governo. Reconheceu-se que, embora lícita a intervenção, a hipótese estaria a configurar a responsabilidade objetiva do Poder Público – tudo por afronta à confiança depositada pelos prejudicados em pessoa da mesma administração federal.[94]

No campo do direito positivo, merecem citação as Leis nºs 9.868, de 10.11.99 (processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade), e 9.882, de 3.12.99 (processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental), nas quais o legislador admite expressamente que a decisão nas referidas ações possa ter eficácia tão-somente após o trânsito em julgado, ou a partir de outro momento, *"tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social"*, mantendo-se, por conseguinte, os efeitos pretéritos da lei declarada inconstitucional e resguardando-se a confiança depositada pelo indivíduo na lei editada pelos poderes políticos.[95]

Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no

direito comunitário europeu, advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o *poder normativo da Administração*, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade. Semelhante tutela demanda dois requisitos: 1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; 2º) a imprevisibilidade das modificações. Em tais hipóteses, cabe à Administração adotar algumas soluções para mitigar os efeitos das mudanças : uma delas é a exclusão do administrado do novo regime jurídico; outra, o anúncio de medidas transitórias ou de um período de *vacatio*; outra, ainda, o direito do administrado a uma indenização compensatória pela quebra da confiança decorrente de alterações em atos normativos que acreditava sólidos e permanentes. É claro que a matéria ainda está em fase de estudos e desenvolvimento, mas, inegavelmente, constitui uma forma de proteger a confiança e as expectativas legítimas na estabilidade normativa, desejável em qualquer sistema jurídico.[96]

O desenvolvimento do princípio em tela denota que a *confiança* traduz um dos fatores mais relevantes de um regime democrático, não se podendo perder de vista que é ela que dá sustentação à entrega dos poderes aos representantes eleitos, como já registrou autorizada doutrina.[97] Em nosso entender, porém, não se pode levá-lo ao extremo para o fim de salvaguardar meras expectativas fáticas ou jurídicas, como já ocorre em outros sistemas; semelhante direção elidiria o próprio desenvolvimento do Estado e de seus projetos em prol da coletividade. O que se pretende é que o cidadão não seja surpreendido ou agravado pela mudança inesperada de comportamento da Administração, sem o mínimo respeito às situações formadas e consolidadas no passado, ainda que não se tenham convertido em direitos adquiridos.

2.6. Princípio da Precaução

Em virtude da moderna tendência entre os estudiosos de desenvolver-se a ideia de que é necessário evitar a catástrofe antes que ela ocorra, parece-nos oportuno tecer breve comentário sobre o *princípio da precaução,*[98] que, embora não expresso, tem sido reconhecido como inspirador das condutas administrativas.

Esse postulado teve origem no âmbito do direito ambiental, efetivamente foro

próprio para seu estudo e aprofundamento. Significa que, em caso de risco de danos graves e degradação ambientais, *medidas preventivas* devem ser adotadas de imediato, ainda que não haja certeza científica absoluta, fator este que não pode justificar eventual procrastinação das providências protetivas.[99] Autorizada doutrina, a propósito, já deixou consignado que, existindo dúvida sobre a possibilidade de dano, *"a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato*". [100]

Atualmente, o axioma tem sido invocado também para a tutela do *interesse público,* em ordem a considerar que, se determinada ação acarreta risco para a coletividade, deve a Administração adotar postura de precaução para evitar que eventuais danos acabem por concretizar-se. Semelhante cautela é de todo conveniente na medida em que se sabe que alguns tipos de dano, por sua gravidade e extensão, são irreversíveis ou, no mínimo, de dificílima reparação.

Nesses casos, incide a *inversão do ônus da prova,* exigindo-se que o interessado comprove que seu projeto não traz riscos para a coletividade, cabendo à Administração, em cada caso, aferir a existência, ou não, de reais condições de segurança para o interesse público.

Embora ainda em fase de evolução, o princípio da precaução merece total agasalho na sociedade moderna em face de certas ações que se têm revelado devastadoras para os indivíduos. Aqui a prevenção deve sobrepujar a correção.

3. O Princípio da Razoabilidade

Alguns autores modernos têm procurado alinhar também, entre os princípios da Administração Pública, o denominado "princípio da razoabilidade".[101]

Em nosso entender, porém, é necessário examinar com precisão o sentido desse princípio, sob pena de se chegar a conclusões dissonantes dos postulados de direito público.

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

mera alegação de que não a entendeu *razoável*. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.

Desse modo, quando alguns estudiosos indicam que *a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas*,[102] parece-nos que a falta da referida congruência *viola, na verdade, o princípio da legalidade*, porque, no caso, ou há vício nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício estará no objeto desta. A falta de razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta. Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se calca em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade, ou o da impessoalidade, como tivemos a oportunidade de examinar.

Com esses elementos, desejamos frisar que o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como realça CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não se podendo supor que a correção judicial possa invadir o *mérito administrativo,* que reflete o juízo de valoração em que se baseia o administrador para definir sua conduta, invasão que, diga-se de passagem, tem sido reiteradamente repudiada pelo Judiciário em virtude do princípio da separação de Poderes, consignado no art. 2º da Lei Maior. Conclui o eminente administrativista que "*tal não ocorre porque a sobredita* liberdade *é liberdade* dentro da lei, *vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas",* aditando que *uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal; é desbordante dos limites nela admitidos*.[103]

Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas

interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que *a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal*. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público.

Dissentimos, por conseguinte, de doutrina que advoga a eliminação do poder discricionário da Administração diante da aplicação do princípio da razoabilidade. Se é verdade que este abranda o excesso de poder administrativo, não é menos verdadeiro que o administrador continua detendo o poder jurídico de valorar condutas e decisões, pois que essa é a sua atribuição. Não concordamos, pois, com as posições segundo as quais ao Judiciário seria conferida a função de praticamente substituir o juízo de valoração levado a cabo pelo administrador. Trata-se de radicalismo que mais complica que elucida a aplicação do direito.[104]

Não custa lembrar, por outro lado, que o princípio da razoabilidade não incide apenas sobre a função administrativa, mas, ao contrário, incide sobre qualquer função pública, inclusive a função legislativa. Por isso mesmo, o STF, por mais de uma vez, já declarou a inconstitucionalidade de lei por violação ao princípio, tanto de lei federal,[105] quanto de lei estadual,[106] o que denota que esse tipo de ofensa afeta realmente o *plano de validade* dos atos.

4. O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, que está ainda em evolução e tem sido acatado em alguns ordenamentos jurídicos, guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.[107]

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o *excesso de poder*, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de

agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.[108]

O princípio, que grassou no Direito Constitucional, hoje incide também no Direito Administrativo como forma de controle da Administração Pública. É necessário, contudo, advertir que, embora o aludido princípio possa servir como instrumento de controle da atividade administrativa, sua aplicação leva em conta, repita-se, o excesso de poder. Não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública. Em consequência, sua aplicação exige equilíbrio e comedimento por parte do julgador, que deverá considerar com acuidade todos os elementos da hipótese sob apreciação; se não o fizer, ele mesmo será o agente violador do princípio que pretende aplicar.

Examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando

desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, *"confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da* ponderação de valores e bens jurídicos*, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)".*[109]

VI. Súmulas

Súmulas Vinculantes

Súmula Vinculante nº 13: *A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*

Capítulo II

Poderes e Deveres dos Administradores Públicos

I. Introdução

O Estado, embora se caracterize como instituição política, cuja atuação produz efeitos externos e internos, não pode deixar de estar a serviço da coletividade. A evolução do Estado demonstra que um dos principais motivos inspiradores de sua existência é justamente a necessidade de disciplinar as relações sociais, seja propiciando segurança aos indivíduos, seja preservando a ordem pública, ou mesmo praticando atividades que tragam benefício à sociedade.

Não obstante, é impossível conceber que o Estado alcance os fins colimados sem a presença de seus *agentes*, estes, como visto no capítulo anterior, o elemento físico e volitivo através do qual atua no mundo jurídico.

Logicamente, o ordenamento jurídico há de conferir a tais agentes certas prerrogativas peculiares à sua qualificação de prepostos do Estado, prerrogativas estas indispensáveis à consecução dos fins públicos. Constituem elas os *poderes administrativos*.

Mas, ao mesmo tempo em que confere poderes, o ordenamento jurídico impõe, de outro lado, deveres específicos para aqueles que, atuando em nome do Poder Público, executam as atividades administrativas. São os *deveres administrativos*.

Serão esses os aspectos a serem examinados no presente capítulo. Frise-se, todavia, que tanto uns quanto outros emanam do variado e difuso conjunto normativo aplicável às relações jurídico-administrativas em geral. É impossível, assim, mencioná-los a todos, razão pela qual nos limitaremos ao exame daqueles que causam mais profunda repercussão no âmbito do Direito Administrativo e que de forma mais própria caracterizam a atuação dos administradores.

II. Uso e Abuso de Poder

1. Uso do Poder

O poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes do Estado. Cada um destes terá a seu cargo a execução de certas funções. Ora, se tais funções foram por lei cometidas aos agentes, devem eles exercê-las, pois que seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Ao fazê-lo, dentro dos limites que a lei traçou, pode dizer-se que usaram normalmente os seus poderes.

Uso do poder, portanto, é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere.

2. Poder-Dever de Agir

Quando um poder jurídico é conferido a alguém, pode ele ser exercitado ou não, já que se trata de mera faculdade de agir. Essa a regra geral. Seu fundamento está na circunstância de que o exercício ou não do poder acarreta reflexos na esfera jurídica do próprio titular.

O mesmo não se passa no âmbito do direito público. Os poderes administrativos são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade. Sendo assim, deles emanam duas ordens de consequência:

1ª) são eles irrenunciáveis;[110] e
2ª) devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares.

Desse modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes.

Esse aspecto dúplice do poder administrativo é que se denomina de *poder-dever de agir*. E aqui são irretocáveis as já clássicas palavras de HELY LOPES MEIRELLES: "Se para o particular o *poder de agir* é uma faculdade, para o administrador público é uma *obrigação de atuar*, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade".[111]

Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegitimidade de que se reveste a inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta

comissiva, a omissão (conduta omissiva) haverá de configurar-se como ilegal. Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omisso a conduta comissiva imposta na lei, quer na via administrativa, o que poderá fazer pelo exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer (ou, para outros, pedido mandamental).

Ressalve-se, no entanto, que nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal; estão nesse caso as *omissões genéricas*, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas. [112]

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de *reserva do possível*, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da *possibilidade* de fazê-lo, à luz do que constitui a *reserva administrativa* dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a *reserva do possível*.

Ilegais, desse modo, serão as *omissões específicas*, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa imposição legal no sentido do *facere* administrativo em prazo determinado,[113] ou ainda quando, mesmo sem prazo fixado, a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de tolerância ou razoabilidade.[114] Em tais hipóteses, assegura-se ao interessado exigir da autoridade omissa conduta positiva – originária, pois, do poder-dever de agir atribuído aos administradores públicos. Em caso de resistência, é assegurado ao interessado o recurso à via judicial, na qual poderá postular seja o omisso condenado ao cumprimento de obrigação de fazer, no caso, a de adotar conduta positiva, inclusive para o fim de praticar o ato administrativo de sua competência.[115]

Cabe lembrar, neste ponto, que a omissão da Administração Pública pode também ser objeto de *reclamação* a ser proposta junto ao STF, quando houver

contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida de enunciado de súmula vinculante, como dispõe a Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que regulou o art. 103-A da CF. Exige-se, entretanto, que o interessado tenha esgotado anteriormente as instâncias administrativas (art. 7º, *caput* e § 1º).[116]

Quanto ao agente omisso, poderá ele ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente, conforme o tipo de inércia a ele atribuído. Pode, inclusive, ser punido por desídia no respectivo estatuto funcional, ou, ainda, ser responsabilizado por conduta qualificada como improbidade administrativa.[117] Caso da omissão administrativa sobrevenham danos para terceiros, têm estes ação indenizatória em face da pessoa administrativa a que pertencer o servidor inerte, respondendo este em ação regressiva perante aquela (art. 37, § 6º, CF).[118]

3. Abuso do Poder

3.1. Sentido

Nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores. Como a atuação destes deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser.

Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.

3.2. Formas de Abuso: Excesso e Desvio de Poder

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas:

1ª) o agente atua fora dos limites de sua competência; e

2ª) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo.

No primeiro caso, diz-se que o agente atuou com *"excesso de poder"* e no segundo, com *"desvio de poder"*.

Excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos

limites de sua competência administrativa.[119] Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu.

Já o desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, como bem assinala LAUBADÈRE.[120] A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício é também denominado de *desvio de finalidade*, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº 4.717, de 29/6/1965, art. 2º, parágrafo único, "e").[121]

O desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade. Observa a esse respeito CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio.*[122] Não obstante, ainda que sem prova ostensiva, é possível extrair da conduta do agente os dados indicadores do desvio de finalidade, sobretudo à luz do objetivo que a inspirou.[123]

Em preciosa monografia sobre o tema, CRETELLA JUNIOR, também reconhecendo a dificuldade da prova, oferece, entretanto, a noção dos *sintomas denunciadores* do desvio de poder. Chama sintoma *"qualquer traço, interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado".*

3.3. Efeitos

Agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. O abuso de poder não pode compatibilizar-se com as regras da legalidade, de modo que, constatado o abuso, cabe repará-lo.

A invalidação da conduta abusiva pode dar-se na própria esfera administrativa (autotutela) ou através de ação judicial, inclusive por mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF). Por outro lado, o abuso de poder constitui, em certas circunstâncias,

ilícito penal, como dispõe a Lei nº 4.898, de 9/12/1965, que estabelece sanções para o agente da conduta abusiva.

O comportamento abusivo de autoridades públicas só pode ser eficazmente combatido pelo instrumento do *controle*, seja qual for o Poder estatal em que seja exercido. A ausência de controle rende ensejo à prática de abuso de poder; assim, para coibi-lo, necessária se torna a criação de mecanismos adequados à identificação do abuso e de seu autor, bem como das consequências jurídicas a que estará sujeito o responsável pela ilegalidade. Sensível a tais situações, aliás, a E.C. 45/2004 determinou a instituição de órgãos específicos no combate a abuso de poder cometido por integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público (Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público), admitindo reclamações dos interessados e punição aos responsáveis.[124]

3.4. Abuso de Poder e Ilegalidade

Pela própria natureza do fato em si, todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta de um agente, fora dos limites de sua competência ou despida da finalidade da lei, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa ou judicial.

Conforme pensamento adotado por vários autores, a ilegalidade é gênero do qual o abuso de poder é espécie.[125] Há autores, todavia, que entendem diversamente, ao consignar que nem todo abuso de poder constitui ilegalidade. [126]

Com a devida vênia a esses renomados juristas, pensamos que todo abuso de poder é realmente uma afronta ao princípio da legalidade. Por isso mesmo, não se houve o legislador constituinte com a devida técnica ao delinear o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e o direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a"), fixando como pressuposto dessas garantias o fato de haver na conduta administrativa "ilegalidade ou abuso de poder", dando a falsa impressão de serem fenômenos diversos e ensejando a errônea interpretação de que poderia haver abuso de poder *legal*, o que seria inegável *contradictio in terminis*.

Precisa é a lição de SEABRA FAGUNDES a respeito dessa alternativa

constitucional, que, de resto, repete a que continha o art. 153, §§ 20 e 21, da Constituição de 1967: *"A conceituação do abuso de poder terá caráter meramente teórico, por isto que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o abuso de poder espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constate caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar".*[127] A melhor doutrina adota o mesmo pensamento sobre o tema.[128]

O poder administrativo, como visto, é conferido para ser devidamente utilizado e só dessa forma é que se pode afirmar a presença da legalidade. Sem a utilização conforme a lei, o abuso de poder jamais refugirá a seu caráter de ilegalidade.

III. Poderes Administrativos

1. Conceito

Vimos que sem determinadas prerrogativas aos agentes administrativos não poderia o Estado alcançar os fins a que se destina. Essas prerrogativas são exatamente os poderes administrativos.

Pode-se, pois, conceituar os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.

2. Modalidades

2.1. Poder Discricionário

SENTIDO – A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a *conveniência* e a *oportunidade* dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos.

Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. *Poder discricionário,* portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a

discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.[129]

Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa. Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, *a posteriori*, ao momento em que a Administração decide por sua revogação.[130]

Trata-se, sem dúvida, de significativo poder para a Administração. Mas não pode ser exercido arbitrariamente. Conforme tem assinalado autorizada doutrina, o Poder Público há de sujeitar-se à devida contrapartida, esta representada pelos direitos fundamentais à boa administração, assim considerada a administração transparente, imparcial, dialógica, eficiente e respeitadora da legalidade temperada. [131] Portanto, não se deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do Judiciário.

LIMITAÇÕES AO PODER DISCRICIONÁRIO – A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na *adequação* da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.

Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e de desvio de finalidade.[132]

Tais fatores constituem meios de evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa e ainda possibilitam a revisão da conduta no âmbito da própria Administração ou na via judicial.

O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF).

As limitações à atividade administrativa abrangem, inclusive, a denominada *discricionariedade técnica,* no âmbito da qual se atribui à Administração o poder de fixar juízos de ordem técnica, mediante o emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências ou artes. Tal poder é assegurado a algumas agências reguladoras com eminente função técnica, como as que atuam nas áreas de energia elétrica, telecomunicações e exploração de petróleo. Embora se revele possível o controle de legalidade nesses casos, sempre poderá haver alguma margem eminentemente discricionária, particularmente quando presente o intuito de auxiliar a Administração quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, não parecendo razoável o entendimento de que "nunca" haverá espaço para a discricionariedade. [133]

DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE – A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com *discricionariedade*, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete *arbitrariedade*, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem.*

ATIVIDADES VINCULADAS – Há atividades administrativas cuja execução fica inteiramente definida na lei. Dispõe esta sobre todos os elementos do ato a ser

praticado pelo agente. A este não é concedida qualquer liberdade quanto à atividade a ser desempenhada e, por isso, deve submeter-se por inteiro ao mandamento legal.

O desempenho de tal tipo de atividade é feito através da prática de *atos vinculados*, diversamente do que sucede no poder discricionário, permissivo da prática de *atos discricionários*. O que se distingue é a liberdade de ação. Ao praticar atos vinculados, o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta. O mesmo já não ocorre quando pratica atos discricionários, como visto anteriormente.

Doutrina autorizada inclui, entre os poderes administrativos, o denominado *"poder vinculado"*, situando-o em antagonismo com o *poder discricionário*.[134] Com a devida vênia, porém, pensamos não se tratar propriamente de "poder" outorgado ao administrador; na verdade, através dele não se lhe confere qualquer prerrogativa de direito público. Ao contrário, a *atuação vinculada* reflete uma imposição ao administrador, obrigando-o a conduzir-se rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais. Por conseguinte, esse tipo de atuação mais se caracteriza como *restrição* e seu sentido está bem distante do que sinaliza o verdadeiro poder administrativo.[135] Diversamente ocorre, como já se viu, com o poder discricionário: neste, o administrador tem a prerrogativa de decidir qual a conduta mais adequada à satisfação do interesse público.

CONTROLE JUDICIAL – Todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário do princípio da legalidade. Em relação aos atos vinculados, não há dúvida de que o controle de legalidade a cargo do Judiciário terá muito mais efetividade. Com efeito. Se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará, para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; se não houver, haverá vício de legalidade.[136]

No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com o objeto

dissonante do motivo etc.

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador.

Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador.[137] Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a *reserva do possível*, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.[138]

Neste passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o *controle de políticas públicas*, como resultado do desenvolvimento das ideias de *"judicialização da política"* (ou *"politização da justiça"*), segundo as quais se admite o que se tem denominado de "*ativismo judicial*", propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência. A matéria é delicada e, como é de se esperar, ainda aguarda maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para solver o problema.[139]

Assinale-se, no que concerne a essa temática, que moderna doutrina, em análise científica sobre o tema, advoga a interpretação de que deve rechaçar-se o *"ativismo judicial"* disfarçado em *"constitucionalismo da efetividade",* fincando estacas no sentido de que ao Judiciário, especialmente, cabe desempenhar seu efetivo papel, qual seja, o da guarda da Constituição, sem que, para tanto, tenha que invadir

competências constitucionais que não lhe foram reservadas.[140]

Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os *aspectos de legalidade* dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador. Um exemplo mostra bem a hipótese: em virtude de o Município do Rio de Janeiro ter alterado paradas e itinerários de certas linhas de ônibus, foi proposta ação contra tal fato, e o STJ, apreciando a matéria, decidiu *tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência.* Corretamente, portanto, a Egrégia Corte considerou inviável que razões meramente administrativas fossem objeto de apreciação pelo Judiciário.[141]

Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso. Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como o denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos *(checks and balances).*[142]

DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Alguns estudos doutrinários têm tratado, como uma só unidade, a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Entretanto, embora haja aspectos comuns em ambos, os autores modernos mais autorizados têm procurado distinguir os institutos.

Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do

tipo "ordem pública", "bons costumes", "interesse público", "segurança nacional" e outras do gênero. Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles *cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito.*[143]

A discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis. Aqui é a própria norma que, ao ser criada, oferece ao aplicador a oportunidade de fazer a subsunção do fato à hipótese normativa mediante processo de escolha, considerando necessariamente o fim a que se destina a norma. Não é, portanto, uma opção absolutamente livre, visto que tem como parâmetro de legitimidade o objetivo colimado pela norma. A fisionomia jurídica da discricionariedade comporta três elementos: 1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; 2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; 3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma.[144]

A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstância de que ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que neles a norma não exibe padrões objetivos de atuação. Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de *previsão* da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na *estatuição* da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele.[145]

Levando-se em conta justamente a ausência de *standards* de objetividade tanto na discricionariedade quanto na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, surgem como mecanismos de controle os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelos quais se poderá evitar excesso de poder e adequação da conduta ao fim a que a norma se destina, como já visto anteriormente. O certo é constatar que a indeterminação dos institutos não pode conduzir à imunidade de controle.[146] Em outras palavras, cabe afirmar que a razoabilidade representa uma barreira de contenção, ou seja, um limite contra condutas irrazoáveis.[147]

2.2. Poder Regulamentar

SENTIDO – Ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Cumpre, então, à Administração criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. Essa é a base do poder regulamentar.

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.[148] A prerrogativa, registre-se, é apenas para *complementar* a lei; não pode, pois, a Administração *alterá-la* a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá *abuso de poder regulamentar,* invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.

Registre-se, por oportuno, que, ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegavelmente *função normativa*, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamento de validade na lei. Como assinala autorizada doutrina, a *função normativa* é gênero no qual se situa a *função legislativa*, o que significa que o Estado pode exercer aquela sem que tenha necessariamente que executar esta última.[149] É na função normativa geral que se insere o poder regulamentar.

NATUREZA DO PODER REGULAMENTAR – Em primeiro lugar, o poder regulamentar representa uma prerrogativa de direito público, pois que conferido aos órgãos que têm a incumbência de gestão dos interesses públicos.

Sob o enfoque de que os atos podem ser originários e derivados, o poder regulamentar é de natureza *derivada (ou secundária)*: somente é exercido à luz de lei preexistente. Já as leis constituem atos de *natureza originária* (ou *primária*), emanando diretamente da Constituição.

Nesse aspecto, é importante observar que só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação de leis, ou atos análogos a elas. Daí seu caráter derivado. Há alguns casos, todavia, em que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e têm natureza primária; inexiste qualquer ato de natureza legislativa que se situe em patamar entre a Constituição e o ato de regulamentação,

como ocorre com o poder regulamentar. Serve como exemplo o art. 103-B, da CF, inserido pela E.C. 45/2004, que, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão atribuição para *"expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências"*.[150] A despeito dos termos da expressão (*"atos regulamentares"*), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles *autônomos e de natureza primária*, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa.

FORMALIZAÇÃO – A formalização do poder regulamentar se processa, basicamente, por *decretos* e *regulamentos*. Nesse sentido é que o art. 84, IV, da Constituição Federal dispõe que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Pelo princípio da simetria constitucional, o mesmo poder é conferido a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores) para os mesmos objetivos.

Há também atos normativos que, editados por outras autoridades administrativas, podem caracterizar-se como inseridos no poder regulamentar. É o caso de instruções normativas, resoluções, portarias etc. Tais atos têm frequentemente um círculo de aplicação mais restrito, mas, veiculando normas gerais e abstratas para a explicitação das leis, não deixam de ser, a seu modo, meios de formalização do poder regulamentar.

Por esse motivo é que, considerando nosso sistema de hierarquia normativa, podemos dizer que existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o ato regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados como *atos de regulamentação de primeiro grau*; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como *atos de regulamentação de segundo grau*, e assim por diante. Como exemplo de atos de regulamentação de segundo grau, podemos citar as *instruções* expedidas pelos Ministros de Estado, que têm por objetivo regulamentar as leis, decretos e regulamentos, possibilitando sua execução.[151]

Embora em regra o poder regulamentar expresso por atos de regulamentação de primeiro grau seja formalizado por decretos e regulamentos, existem situações

especiais em que a lei indicará, para sua regulamentação, ato de formalização diversa, embora idêntico seja seu conteúdo normativo e complementar. Neste caso, o que importa realmente é a natureza do ato: sendo normativo e visando a complementar e minudenciar as normas da lei, terá ele a natureza de ato regulamentar de primeiro grau, produzido no exercício do poder regulamentar. [152]

REGULAMENTAÇÃO TÉCNICA – De acordo com o sistema clássico da separação de Poderes, não pode o legislador, fora dos casos expressos na Constituição, delegar integralmente seu poder legiferante aos órgãos administrativos. Significa dizer que o poder regulamentar legítimo não pode simular o exercício da função de legislar decorrente de indevida delegação oriunda do Poder Legislativo, delegação essa que seria, na verdade, inaceitável renúncia à função que a Constituição lhe reservou.

Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da *deslegalização*, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*). [153] O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos.

Não obstante, é importante ressaltar que referida delegação não é completa e integral. Ao contrário, sujeita-se a limites. Ao exercê-la, o legislador reserva para si a competência para o regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, transferindo tão-somente a competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei. É o que no Direito americano se denomina *delegação com parâmetros (delegation with standards)*. Daí poder afirmar-se que a delegação só pode conter a discricionariedade técnica.

Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas

de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. Por esse motivo, há estudiosos que o denominam de *poder regulador* para distingui-lo do poder regulamentar tradicional.[154]

Exemplos dessa forma especial do poder regulamentar têm sido encontrados na instituição de algumas *agências reguladoras*, entidades autárquicas às quais o legislador tem delegado a função de criar as normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em cuja competência se insere a produção de normas técnicas para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua atuação controladora.[155]

LEI E PODER REGULAMENTAR – O poder regulamentar é subjacente à lei e pressupõe a existência desta. É com esse enfoque que a Constituição autorizou o Chefe do Executivo a expedir decretos e regulamentos: viabilizar a efetiva execução das leis (art. 84, IV).

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei *(contra legem),* pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem,* ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser.[156] Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF).

É legítima, porém, a fixação de *obrigações subsidiárias* (ou *derivadas*) – diversas das obrigações *primárias* (ou *originárias*) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária *adequação* às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. Esta obrigação probatória é derivada e legítima por estar amparada na lei. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou

desnecessárias em relação à obrigação legal; neste caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no art. 5º, II, da CF.[157]

Por via de consequência, não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível da autoridade de onde se tenha originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos. Haverá, nessa hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação de Poderes insculpido no art. 2º da CF.[158] Por isso, de inegável acerto a afirmação de que *só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos*, de modo que são inconstitucionais regulamentos produzidos em forma de *delegações disfarçadas* oriundas de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas.[159]

CONTROLE DOS ATOS DE REGULAMENTAÇÃO – Visando a coibir a indevida extensão do poder regulamentar, dispôs o art. 49, V, da Constituição Federal, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.* Cuida-se, como se pode observar, de controle exercido pelo Legislativo sobre o Executivo no que diz respeito aos limites do poder regulamentar, com o objetivo de ser preservada a função legislativa para o Poder constitucionalmente competente para exercê-la.

No que se refere ao *controle judicial,* é preciso distinguir a natureza do conteúdo estampado no ato regulamentar. Tratando-se de ato regulamentar *contra legem*, ou seja, aquele que extrapole os limites da lei, viável será apenas o *controle de legalidade* resultante do confronto do ato com a lei, ainda que tenha caráter normativo. O Pretório Excelso já teve a oportunidade de decidir que, *se a interpretação administrativa da lei que vier a consubstanciar-se em decreto executivo divergir do sentido e do conteúdo da norma legal, que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado* ultra legem, *quer porque tenha permanecido* citra legem, *quer, ainda, porque tenha investido* contra legem, *a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade.*

[160] Desse modo, revelar-se-á inadequado o uso da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, "a", da CF, a despeito da referência, no dispositivo, a leis e *atos normativos.*

Se o ato regulamentar, todavia, ofender diretamente a Constituição, sem que haja lei a que deva subordinar-se, terá a qualificação de ato *autônomo* e, nessa hipótese, poderá sofrer controle de constitucionalidade pela via direta, ou seja, através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", CF), medida que permite a impugnação de leis ou atos normativos que contrariem a Constituição. Sendo assim, para que seja viável o controle de constitucionalidade de decreto, regulamento ou outro tipo de ato administrativo de cunho normativo editado pelo Executivo (o que, na verdade, não seria propriamente forma de exercício do poder regulamentar), dois serão os aspectos de que deva revestir-se o ato: além de *normativo* (como o exige a Constituição), deverá ele ser *autônomo.*[161]

Não há dúvida, porém, de que essa interpretação dava margem a que certos atos regulamentares subordinados restassem sem um efetivo controle; porquanto, de um lado, não podiam ser atacados pela via direta e, de outro, não permitiam concreta defesa do direito individual pela via incidental, já que nesta os efeitos do ato regulamentar só poderiam ser paralisados se o interessado obtivesse a concessão de medida cautelar. Atualmente, no entanto, é cabível a impugnação direta pela *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, prevista no art. 102, § 1º, da CF, e regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3/12/99, porque aqui o controle concentrado é mais amplo, abrangendo a inconstitucionalidade direta e indireta, atos normativos autônomos e subordinados e até mesmo atos concretos. Tal ação, portanto, veio colmatar a lacuna antes existente, permitindo o controle direto e concentrado sobre qualquer ato regulamentar, mesmo que derivado de lei.[162]

Outra relação entre a lei e o poder regulamentar se encontra no *mandado de injunção*, instrumento especial criado pela Constituição de 1988 (art. 5º, LXXI). Tratando-se de poder, a atividade de regulamentação se configura também como dever. Desse modo, não pode a Administração eximir-se de desempenhá-la quando necessária à aplicação da lei. O vício aí consiste na *ausência da norma regulamentadora.* Inicialmente, depois de fundas divergências entre seus Ministros, o STF decidiu que, no mandado de injunção, lhe caberia apenas declarar a inércia do órgão ou agente incumbidos da regulamentação da norma, com a finalidade de permitir que o

indivíduo pudesse exercer os direitos e liberdades constitucionais de que fosse titular. Posteriormente, a Corte admitiu a fixação de prazo para que o omisso fosse constituído em mora. Em processo evolutivo, a Corte tem admitido proceder à imediata regulamentação para o caso concreto, tornando mais eficaz o citado remédio constitucional.[163]

LEI PENDENTE DE REGULAMENTO – Não raras vezes o legislador, ao instituir a lei, prevê que o Poder Executivo deve proceder a sua regulamentação. Quando o legislador contempla essa previsão, está implicitamente admitindo que a lei precisa ser complementada para merecer devida e correta aplicação. E ao Poder Executivo, como regra, incumbe desempenhar essa função complementadora do mandamento legal através dos respectivos atos de regulamentação.

A regra legal que autoriza o Chefe do Executivo a regulamentar a lei deve necessariamente apontar o prazo fixado para ser expedido o ato de regulamentação. Nesse prazo, a lei ainda não se torna exequível enquanto não editado o respectivo decreto ou regulamento, e isso porque o ato regulamentar, nessa hipótese, figura como verdadeira condição suspensiva de exequibilidade da lei. Significa que os efeitos da lei ficam pendentes, e somente quando implementada a condição com o advento do referido ato é que a lei se torna, então, passível de aplicabilidade.[164]

O Executivo não pode se eximir de regulamentar a lei no prazo que lhe foi assinado. Cuida-se de poder-dever de agir, não se reconhecendo àquele Poder mera faculdade de regulamentar a lei, mas sim dever de fazê-lo para propiciar sua execução. Na verdade, a omissão regulamentadora é inconstitucional, visto que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o poder de *legislação negativa em contrário*, ou seja, de permitir que sua inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a estrutura de Poderes da República.

Com tal fundamento, se for ultrapassado o prazo de regulamentação sem a edição do respectivo decreto ou regulamento, a lei deve tornar-se exequível para que a vontade do legislador não se afigure inócua e eternamente condicionada à vontade do administrador.[165] Nesse caso, os titulares de direitos previstos na lei passam a dispor de ação com vistas a obter do Judiciário decisão que lhes permita exercê-los, com o que estará sendo reconhecido que a lei deve ser aplicada e observada. Entre as ações cabíveis está, como vimos, o mandado de injunção,

remédio adequado conforme a natureza do direito dependente da regulamentação.

A ausência, na lei, de fixação de prazo para a regulamentação afigura-se-nos inconstitucional, uma vez que não pode o Legislativo deixar ao exclusivo alvedrio do Executivo a prerrogativa de só tornar a lei exequível quando julgar conveniente. Primeiramente, inexiste tal prerrogativa na Constituição. E depois tal situação equivaleria a uma disfarçada delegação de poderes, o que é proibido no vigente sistema constitucional.

REGULAMENTOS AUTÔNOMOS – Lavra funda divergência na doutrina sobre a possibilidade, ou não, de o Executivo editar os denominados *regulamentos autônomos*, atos destinados a prover sobre situações não contempladas na lei.[166]

Uma primeira posição defende sua existência no Direito brasileiro como decorrente dos poderes implícitos da Administração.[167] Outros professam o entendimento de que, conquanto possam teoricamente existir, os regulamentos autônomos não são admitidos no ordenamento jurídico pátrio, e isso porque a Carta vigente, como visto, atribui à Chefia do Executivo o poder de editar atos para a fiel execução das leis, razão por que só teria admitido os *regulamentos de execução*. [168]

Refletindo sobre o tema, entendemos que esta última posição é a que melhor se compatibiliza com nosso sistema jurídico. Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas.

Sob a égide da Constituição de 67, sustentava-se a existência de regulamentos autônomos pela circunstância de se conferir ao Presidente da República competência para dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal.[169] A vigente Constituição, entretanto, teve dicção diferente, atribuindo competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal *"na forma da lei"*, insinuando a supressão de qualquer autonomia normativa para o Presidente da República.[170] A EC nº 32, de 11/9/2001, porém, modificando o art. 84, VI, da CF, excluiu aquela expressão e

retornou ao sistema da Constituição anterior, atribuindo ao Presidente da República competência para dispor, mediante decreto, sobre *"organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos"*. Em consequência, os simpatizantes da admissibilidade dos regulamentos autônomos poderão reforçar seu entendimento, invocando o novo texto constitucional.[171]

Não obstante, mesmo diante da alteração processada na Constituição, permanecemos fiel ao pensamento que expressamos acima. Aliás, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir *primariamente* direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF). Aqui, sim, o poder legiferante é *direto* e *primário*, mas os atos são efetivamente legislativos, e não regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante *indireto e simulado*, e este não encontra suporte na Constituição.

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias. Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos. Na verdade, vários outros atos, além do decreto, dispõem sobre a organização administrativa, como é o caso de avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço. A diferença é apenas de hierarquia do agente responsável pela prática do ato e da maior ou menor amplitude de seu objeto. O conteúdo organizacional, no entanto, é o mesmo.[172]

É mister, todavia, distinguir os decretos e regulamentos como atos

administrativos e os decretos oriundos do exercício da função política da competência do Presidente da República. É o caso, por exemplo, dos decretos de intervenção (art. 36, § 1º, CF), de estado de defesa (art. 136, § 1º, CF) e de estado de sítio (art. 138, CF). Ao contrário dos atos administrativos, cuida-se de *atos políticos* e de *natureza primária,* neste caso porque emanam diretamente da Constituição, como ocorre com os regimentos de Tribunais e resoluções de órgãos legislativos. Por tal razão, e somente por ela, é que se podem considerar autônomos. Os atos administrativos, como já visto, pressupõem a existência de lei, ainda que provenham das autoridades mais graduadas da Administração. Em consequência, apenas estes, e não aqueles, é que são idôneos ao exercício do efetivo poder regulamentar.

2.3. Poder de Polícia

Além dos poderes discricionário e regulamentar, dispõem os agentes da Administração do *poder de polícia*, que completa o rol das reais prerrogativas administrativas. Como se trata de atividade que reclama uma série de enfoques, tal poder será examinado em separado, no capítulo seguinte.

IV. Deveres dos Administradores Públicos

O direito positivo não confere apenas poderes aos administradores públicos. Ao contrário, estabelece também certos deveres que devem ser por eles cumpridos para evitar sejam responsabilizados pelo descumprimento. Dentre tantos deveres que lhes são cometidos, estudaremos os mais importantes, segundo o ensinamento dos estudiosos.

1. Dever de Probidade

É o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração.

Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o

indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio.

A improbidade acarreta vários efeitos para o administrador. Além de ter suspenso seus direitos políticos, submete-se à perda da função pública, à indisponibilidade de seus bens e à obrigação de ressarcir o erário público pelos danos que cometeu, sem contar a ação penal que terá de responder. Tais efeitos estão expressos no art. 37, § 4º, da Constituição.[173]

Regulamentando esse mandamento constitucional, foi editada a Lei nº 8.429, de 2/6/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa. Estes podem ser caracterizados de três formas:

1ª) os que dão ensejo a enriquecimento ilícito;
2ª) os que geram prejuízo ao erário; e
3ª) os que ofendem os princípios da Administração Pública.[174]

A lei abrange todo e qualquer agente público, seja qual for a situação que o vincule ao Poder Público, bem como aqueles que, não sendo agentes, concorram para as condutas de improbidade ou delas se beneficiem. Tomando conhecimento de ato de improbidade praticado na Administração, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa ou ao Ministério Público para o fim de providenciar a apuração do fato denunciado. Várias são as sanções aplicáveis nas hipóteses de improbidade, sem prejuízo das previstas na legislação específica: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio, pagamento de multa civil e vedação ao recebimento de benefícios fiscais.

No que concerne à hipótese em que o ato de improbidade provoque danos ao erário, é competente a pessoa jurídica interessada ou o Ministério Público para ajuizar ação cautelar de sequestro (*rectius:* arresto) dos bens do agente ou do terceiro para garantir o ressarcimento aos cofres públicos, como também para promover a ação principal, de rito ordinário, com o objetivo de recompor o erário lesado pela conduta ímproba.[175] Trata-se, portanto, de legislação específica que bem demonstra a necessidade de ser observado o dever de probidade na Administração.

[176]

Sujeita-se a conduta inquinada de imoralidade, por outro lado, à ação popular (art. 5º, LXXIII, CF, e Lei nº 4.717/65), proposta por qualquer cidadão, já que titular do direito a uma administração legítima e adequada. Os estatutos funcionais também preveem deveres e obrigações dos administradores, relativos ao dever de probidade.[177]

De tal relevo é esse dever que a conduta do Presidente da República, quando o afronta, configura crime de responsabilidade (art. 85, V, CF).

2. Dever de Prestar Contas

Como é encargo dos administradores públicos a gestão de bens e interesses da coletividade, decorre daí o natural dever, a eles cometido, de prestar contas de sua atividade. Se no âmbito privado o administrador já presta contas normalmente ao titular dos direitos, com muito maior razão há de prestá-las aquele que têm a gestão dos interesses de toda a coletividade.

O dever abrange o círculo integral da gestão, mas, sem dúvida, é na utilização do dinheiro público que mais se acentua. O dinheiro público, originário em sua maior parte da contribuição dos administrados, tem de ser vertido para os fins estabelecidos em lei e por isso mesmo é que constitui crime contra o erário a malversação dos fundos públicos.

A prestação de contas de administradores pode ser realizada internamente, através dos órgãos escalonados em graus hierárquicos, ou externamente. Neste caso, o controle de contas é feito pelo Poder Legislativo por ser ele o órgão de representação popular.[178] No Legislativo se situa, organicamente, o Tribunal de Contas, que, por sua especialização, auxilia o Congresso Nacional na verificação de contas dos administradores. No art. 71 da Constituição Federal estão enumeradas as várias funções do Tribunal de Contas voltadas para o controle da atividade financeira dos agentes da Administração. Registre-se, ainda, que o dever de prestar contas alcança não só a Administração centralizada, mas também os agentes de entidades a ela vinculadas e até mesmo outras pessoas que recebam subvenção governamental.[179]

O próprio Presidente da República tem o dever de prestar contas ao Congresso Nacional, referentes ao exercício anterior, no prazo de sessenta dias após

a abertura da sessão legislativa (art. 84, XXIV, CF). É o que basta para demonstrar que esse dever é inerente a qualquer agente que atue em nome dos interesses coletivos.

Anote-se também que, preocupado com a necessidade de controle da atividade financeira da Administração, o Constituinte alterou, por meio da E.C. nº 40, de 29/5/2003, a redação do inciso V do art. 163, da Constituição (dispositivo incluído no capítulo das finanças públicas), para consignar que a lei complementar a que se refere o dispositivo deverá dispor, entre outras matérias, sobre "*a fiscalização financeira da administração pública direta e indireta*". Trata-se, portanto, da possibilidade de serem criados outros instrumentos de controle dos órgãos administrativos, a par dos muitos já existentes. A intenção do Constituinte é digna de aplausos pelo fim a que se propõe, mas, acima disso, urge que os órgãos de controle, ao implementar sua tarefa, atuem com eficiência, valendo-se de meios eficazes para alcançar efetividade no objetivo. Sem isso, a norma abstrata, segundo pensamos, será simplesmente inócua.

3. Dever de Eficiência

Não é desconhecido que o Estado de direito atua subjacentemente à lei e visa alcançar determinados fins que, de uma forma ou de outra, trazem benefício à coletividade.[180]

Desse modo, não é cabível supor que tais fins sejam conquistados sem que a atividade administrativa se qualifique como eficiente.

O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho.

A eficiência, porém, não depende apenas da natureza da atividade. É mister que os sujeitos da atividade tenham qualificação compatível com as funções a seu cargo. Indiscutível, pois, o rigor com que se deve haver a Administração para o recrutamento de seus servidores. Quando estes possuem qualificação, escolhidos que foram pelo sistema do mérito, as atividades da Administração são exercidas com maior eficiência.[181]

A eficiência da atividade administrativa, com efeito, produz frutos e causa

benefícios à própria coletividade. Daí configurar-se como dever do administrador público. Aliás, a Emenda Constitucional nº 19/98, como vimos, acrescentou no art. 37, *caput,* da CF, o princípio da eficiência. Ainda para atendimento a esse princípio, a E.C. nº 45/2004, como vimos, acrescentando o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, assegurou a todos o direito à razoável duração do processo e aos meios garantidores da celeridade de seu procedimento, tudo na tentativa de instilar e propiciar maior eficiência no exercício das funções cometidas ao Poder Judiciário.

V. Hierarquia e Disciplina

Hierarquia e *Disciplina* são situações que ocorrem dentro da estrutura funcional da Administração Pública. Pode-se mesmo afirmar que se trata de *fatos administrativos*, porquanto representam acontecimentos normais surgidos no âmbito da organização administrativa.

Há autores que consideram a hierarquia e a disciplina como poderes administrativos – o "*poder hierárquico"* e o *"poder disciplinar".*[182] Entendemos, contudo, que tais situações não devem ser qualificadas rigorosamente como *"poderes"*; falta-lhes a fisionomia inerente às prerrogativas de direito público que cercam os verdadeiros *poderes administrativos*. Cuida-se, como dissemos, de fatos administrativos – fatos esses que se configuram como características relacionadas à organização administrativa em geral.[183]

Não obstante, comentaremos tais fenômenos administrativos neste capítulo; é que, mesmo não sendo típicos poderes administrativos, são inegavelmente situações próprias da atividade administrativa, das quais emana uma série de efeitos jurídicos de direito público pertinentes à organização da Administração Pública.

1. Hierarquia

Hierarquia é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa. E não poderia ser de outro modo. Tantas são as atividades a cargo da Administração Pública que não se poderia conceber sua normal realização sem a organização, em escalas, dos agentes e dos órgãos públicos. Em razão desse escalonamento firma-se uma relação jurídica entre os agentes, que se denomina de *relação hierárquica*.

1.1. Efeitos

Do sistema hierárquico na Administração decorrem alguns efeitos específicos. O primeiro consiste no poder de *comando* de agentes superiores sobre outros hierarquicamente inferiores. Estes, a seu turno, têm *dever de obediência* para com aqueles, cabendo-lhes executar as tarefas em conformidade com as determinações superiores.[184]

Outro efeito da hierarquia é o de *fiscalização* das atividades desempenhadas por agentes de plano hierárquico inferior para a verificação de sua conduta não somente em relação às normas legais e regulamentares, como ainda no que disser respeito às diretrizes fixadas por agentes superiores.

Decorre também da hierarquia o poder de *revisão* dos atos praticados por agentes de nível hierárquico mais baixo. Se o ato contiver vício de legalidade, ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a essa orientação ou para restaurar a legalidade.

Por fim, derivam do escalonamento hierárquico a *delegação* e a *avocação*. "Delegação é a transferência de atribuições de um órgão a outro no aparelho administrativo", como resume CRETELLA JR.[185] O poder de delegação não é irrestrito e, por isso, não atinge certas funções específicas atribuídas a determinados agentes; a delegação abrange funções genéricas e comuns da Administração. Cuida-se de fato administrativo que vislumbra maior eficiência na ação dos administradores públicos e que reclama expressa definição das atribuições delegadas.[186]

A avocação é o fato inverso. Através dela, *o chefe superior pode substituir-se ao subalterno, chamando a si (ou avocando) as questões afetas a este, salvo quando a lei só lhe permita intervir nelas após a decisão dada pelo subalterno.*[187] Acrescente-se que a avocação, embora efeito do sistema hierárquico, não deve ser disseminada em profusão, uma vez que excepciona as regras normais de competência administrativa. Daí seu caráter de excepcionalidade.[188]

1.2. Subordinação e Vinculação

A subordinação e a vinculação constituem relações jurídicas peculiares ao sistema administrativo. Não se confundem, porém. A primeira tem caráter *interno* e se estabelece entre *órgãos* de uma mesma pessoa administrativa como fator decorrente da hierarquia. A vinculação, ao contrário, possui caráter *externo* e resulta

do controle que pessoas federativas exercem sobre as pessoas pertencentes à Administração Indireta.

É, portanto, de subordinação a relação entre uma Divisão e um Departamento dentro da Secretaria de determinado Município, por exemplo. Mas se configura como de vinculação a que liga um Estado-Membro a uma de suas autarquias ou empresas públicas.

1.3. Hierarquia e Funções Estatais

A hierarquia é cabível apenas no âmbito da função administrativa. Não podemos, contudo, restringi-la ao Poder Executivo, porque, como já observamos antes, a função administrativa se difunde entre todos os órgãos que a exercem, seja qual for o Poder que integrem. Existem, desse modo, escalas verticais em toda a Administração, ou seja, em todos os segmentos de quaisquer dos Poderes onde se desempenha a função administrativa.

Entretanto, inexiste hierarquia entre os agentes que exercem *função jurisdicional* ou *legislativa*, visto que inaplicável o regime de comando que a caracteriza. No que concerne aos primeiros, prevalece o *princípio da livre convicção do juiz*, pelo qual age este com independência, "sem subordinação jurídica aos tribunais superiores", como bem salienta HUMBERTO THEODORO JUNIOR.[189]

É bem verdade que o sistema de *súmulas vinculantes*, implantado no direito pátrio pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o art. 103-A na Constituição, provoca mitigação àquele princípio, vez que dele ressai o preceito de que órgãos jurisdicionais devam exercer a função jurisdicional em conformidade com a orientação contida na súmula, o que, de certo modo, reflete relação de caráter hierárquico. E tanto é verdadeiro esse aspecto que, se ato administrativo ou decisão judicial contrariar a súmula vinculante, ou der a esta aplicação indevida, poderá o interessado promover *reclamação* junto ao Supremo Tribunal Federal, como expressa o art. 103-A, § 3º, da CF, inserido no texto constitucional pela E.C. 45/2004 (Reforma do Judiciário).[190] Ainda assim, contudo, a regra será a independência do juiz para decidir os conflitos que lhe são apresentados na via judicial, ou seja, a atuação com livre convencimento para julgar.[191] O regime das súmulas vinculantes foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006.

Por outro lado, na função legislativa vigora o *princípio da partilha das competências*

constitucionais, peculiar às federações como a nossa, em função do qual o poder legiferante já se encontra delineado na Constituição. Assim, não há poder de mando, por exemplo, do Legislativo federal em relação ao estadual quando a matéria é suscetível de ser disciplinada por este. Nem do Legislativo estadual sobre o municipal, se se trata de competência atribuída ao município. Se lei federal dispõe sobre matéria reservada ao Município, por exemplo, não haverá preponderância dela sobre a lei municipal, o que comprova que não há hierarquia. Ao contrário, a lei federal é que será inconstitucional e suprimida do ordenamento jurídico.

2. Disciplina Funcional

2.1. Sentido

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções.

Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos.

2.2. Direito Penal e Direito Punitivo Funcional

Cada um desses conjuntos normativos traz preceitos impositivos de conduta e prevê sanções para as hipóteses de infração. As relações jurídicas por eles reguladas, no entanto, apresentam perfil diverso. O Direito Penal deriva do poder punitivo *geral* atribuído ao Estado na sua relação com os indivíduos em geral, ainda que no exercício de função pública.[192] Já o Direito punitivo funcional se enquadra dentro do Direito Administrativo, e emana da relação entre a Administração Pública e os seus servidores, exatamente para preservar a disciplina que deve reinar na organização administrativa.

ILICITUDE PENAL E ADMINISTRATIVA-FUNCIONAL – São diversos os ilícitos penal, civil e administrativo, o que vai redundar na diversidade também da sua configuração.

No Direito Penal, o legislador utilizou o sistema da rígida *tipicidade*, delineando cada conduta ilícita e a sanção respectiva. O mesmo não sucede no campo disciplinar. Aqui a lei limita-se, como regra, a enumerar os deveres e as obrigações funcionais e, ainda, as sanções, sem, contudo, uni-los de forma discriminada, o que afasta o sistema da rígida tipicidade.

Nada impede, todavia, que o legislador estabeleça conduta dotada de tipicidade específica como caracterizadora de ilícito administrativo. Nesse caso, nenhum problema haverá quanto à punibilidade: esta ocorrerá ou não conforme tenha ou não ocorrido a conduta. Mas não é essa a regra do ilícito administrativo, como sucede em relação à ilicitude penal. Esta não admite os denominados *tipos abertos*, aceitos normalmente na esfera da Administração.

A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES – É exatamente em virtude desse fato que as formas de apenação se distanciam uma da outra.

No Direito Penal, o juiz aplica ao infrator a pena atribuída à conduta tipificada na lei, permitindo-se ao aplicador somente *quantificá-la* (dosimetria da pena). No Direito disciplinar, não obstante, tal não ocorre. De acordo com a gravidade da conduta, *a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais reprima a falta cometida*,[193] o que lhe confere certo poder de avaliação dos elementos que provocaram a infração para aplicar a sanção apropriada ao fato. Em virtude dessa competência, não cabe ao Judiciário alterar ou majorar sanções aplicadas pelo administrador, porque decisão desse tipo ofenderia o princípio da separação de Poderes consagrado na Carta vigente; ao juiz cabe tão-somente invalidá-las se constatar hipótese de ilegalidade.[194]

A avaliação conferida ao administrador para aplicar a punição não constitui discricionariedade, como costuma afirmar a doutrina tradicional, e isso porque não há propriamente juízo de conveniência e de oportunidade. Urge que o administrador forme a sua convicção com base em todos os elementos do processo administrativo; sua conduta, portanto, *está vinculada a tais elementos*.[195] Desse modo, deve reduzir-se a um mínimo qualquer parcela de subjetivismo no que tange ao poder punitivo da Administração, permitindo-se, em consequência, que o Judiciário aprecie o ato sancionatório praticamente em sua integralidade.

Ressalve-se, contudo, que esse poder não vai ao extremo de conduzir o agente

aplicador da sanção ao cometimento de abuso, sobretudo de desvio de finalidade, caso em que estará configurada hipótese de arbitrariedade, incompatível com o princípio da legalidade.

A correta aplicação da sanção deve obedecer ao *princípio da adequação punitiva* (ou *princípio da proporcionalidade*), vale dizer, o agente aplicador da penalidade deve impor a sanção perfeitamente adequada à conduta infratora. Por essa razão, a observância do referido princípio há de ser verificada caso a caso, de modo a serem analisados todos os elementos que cercaram o cometimento do ilícito funcional.

2.3. Procedimento de Apuração

A apuração das infrações funcionais deve ser feita de forma regular, normalmente com as formalidades que rendam ensejo à precisa comprovação dos fatos, e se admitindo sempre ampla possibilidade de defesa por parte do servidor acusado da prática da infração.

Como regra geral, a apuração de infrações funcionais é formalizada por meio de processo disciplinar, cuja tramitação é prevista em leis e outras normas regulamentares, geralmente de caráter estatutário. O assunto será melhor desenvolvido adiante, no capítulo destinado ao controle da Administração Pública e, especificamente, na parte relativa aos processos administrativos. Não podemos, todavia, deixar de já agora destacar que em tais procedimentos não pode o administrador abstrair-se do *princípio do devido processo legal (due process of law),* hoje inscrito expressamente na Constituição (art. 5º, LIV), pelo qual o Estado deve obedecer às próprias regras que institui.[196]

Por fim, queremos deixar expresso que qualquer punição funcional, mesmo de natureza leve, pressupõe a instauração de processo administrativo disciplinar, no qual se assegure a garantia do contraditório e ampla defesa ao servidor acusado da prática de fato considerado pela lei como passível de punição. É o que reza, de modo peremptório, o art. 5º, LV, da Constituição.

Capítulo III

Poder de Polícia

I. Introdução

Não é desconhecido o fato de que o Estado deve atuar à sombra do princípio da supremacia do interesse público. Significa dizer que o interesse particular há de curvar-se diante do interesse coletivo. É fácil imaginar que, não fora assim, se implantaria o caos na sociedade.

Dessume de tal postulado que o Direito não pode deixar de regular uma relação jurídica própria do direito público, a relação jurídico-administrativa. Nela se instalam, de um lado, a Administração Pública e, de outro, o administrado, considerado este como o indivíduo que, de alguma forma, esteja vinculado àquela, como bem acentua ENTRENA CUESTA.[197]

Por outro lado, foi visto no capítulo antecedente que o Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que colima, mecanismos esses inseridos no direito positivo e qualificados como verdadeiros *poderes* ou prerrogativas especiais de direito público.

Um desses poderes resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. É preciso ressaltar, contudo, que tais benefícios não são despropositados, mas imprescindíveis, *"a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão".*[198]

Quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia.[199]

II. Sentido Amplo e Estrito

A expressão *poder de polícia* comporta dois sentidos, um amplo e um estrito.

Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (art. 5º, II, CF).

Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.[200] É nesse sentido que foi definido por RIVERO, que deu a denominação de *polícia administrativa*.[201] Aqui se trata, pois, de atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos. É neste sentido que nos concentraremos, porque o tema é inerente ao Direito Administrativo.[202]

Apenas com o intuito de evitar possíveis dúvidas em decorrência da identidade de vocábulos, vale a pena realçar que não há como confundir *polícia-função* com *polícia-corporação*: aquela é a função estatal propriamente dita e deve ser interpretada sob o aspecto material, indicando atividade administrativa; esta, contudo, corresponde à ideia de órgão administrativo, integrado nos sistemas de segurança pública e incumbido de prevenir os delitos e as condutas ofensivas à ordem pública, razão por que deve ser vista sob o aspecto subjetivo (ou formal).[203] A polícia-corporação executa frequentemente funções de polícia administrativa, mas a polícia-função, ou seja, a atividade oriunda do poder de polícia, é exercida por outros órgãos administrativos além da corporação policial.

III. Conceito

Clássico é o conceito firmado por MARCELO CAETANO: *É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir*.[204]

De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como *a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o*

uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.

IV. Poder de Polícia no Direito Positivo

O poder de polícia não é estranho ao direito positivo. A Constituição Federal autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituírem taxas em razão do exercício do poder de polícia (art. 145, II).

Por outro lado, dispõe o art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) que se considera poder de polícia a *atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*[205]

Conquanto longe de perfeita, a conceituação da lei ao menos desenhou, em suas linhas fundamentais, a noção do poder de polícia, destacando o aspecto ligado às limitações que a Administração pode instituir sobre os direitos.

Observe-se, contudo, que a atividade do Poder Público no exercício do poder de polícia autoriza-o a exigir do interessado o pagamento de *taxa*, conforme exprimem a citada disposição constitucional e o art. 77 do Código Tributário Nacional. Em consequência, não é cabível a cobrança de *tarifa*, que se caracteriza como *preço público*, e que, diferentemente daquele tributo, tem natureza negocial ou contratual, sendo adequado, por exemplo, para remunerar serviços públicos econômicos, inclusive os executados por concessionários e permissionários de serviços públicos (energia, transportes, linhas telefônicas etc.). Desse modo, é ilícito que ato administrativo institua tarifa para remunerar o poder de polícia, quando o correto é a instituição de taxa, a ser processada por lei.[206]

Da mesma forma, para que seja legítima a cobrança de taxa pelo Poder Público competente, necessário se faz que a entidade *exerça efetivamente* o poder de polícia. Por essa razão, várias decisões judiciais invalidaram os atos de cobrança de taxa quando o Poder Público não lograva demonstrar o exercício do poder de polícia. Se é esta atividade que constitui o fato gerador do aludido tributo, logicamente inexiste fato gerador se não há o desempenho da atividade que lhe serve de base. Entretanto, se, no ente público, existe órgão específico e estrutura

implantada, é de considerar-se presumido o exercício do poder de polícia,[207] podendo eventual omissão, no entanto, ensejar a responsabilização dos agentes desidiosos.

V. Competência

A competência para exercer o poder de polícia é, em princípio, da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria. Na verdade, *os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.*[208]

De fato, o sistema de competências constitucionais fixa as linhas básicas do poder de regulamentação das pessoas federativas (arts. 21, 22, 25 e 30, CF). Não se pode esquecer, entretanto, que as hipóteses de *poder concorrente* vão ensejar, *ipso facto,* o exercício conjunto do poder de polícia por pessoas de nível federativo diverso, conclusão que emana do disposto nos arts. 22, parágrafo único, 23 e 24 da Constituição Federal.

Por conseguinte, será inválido o ato de polícia praticado por agente de pessoa federativa que não tenha competência constitucional para regular a matéria e, portanto, para impor a restrição.

Da mesma forma, só pode ter-se por legítimo o exercício da atividade administrativa configuradora do poder de polícia se a lei em que se fundar a conduta da Administração tiver lastro constitucional. Se a lei for inconstitucional, ilegítimos serão os atos administrativos que, com fundamento nela, se voltarem a uma pretensa tutela do interesse público, materializada no exercício do poder de polícia. Só há, portanto, poder de polícia legítimo na medida em que legítima é a lei que lhe dá suporte.[209]

Como o sistema de partilha de competências constitucionais envolve três graus federativos – o federal, o estadual e o municipal –, e tendo em vista ainda a demarcação de competências privativas e concorrentes, é forçoso reconhecer que, dada a complexidade da matéria, não raramente surgem hesitações na doutrina e nos Tribunais quanto à entidade competente para a execução de certo serviço ou para o exercício do poder de polícia.

Só para exemplificar, a jurisprudência já se firmou no sentido de que a União tem competência para regular horário de atendimento bancário,[210] mas para fixar horário de funcionamento de lojas comerciais competente é o Município.[211] Por outro lado, cabe à União, e não aos Estados, autorizar e fiscalizar o funcionamento de máquinas caça-níqueis, videobingos, videopôquer e assemelhadas, atividades incluídas no "sistema de sorteios" constante do art. 22, XX, da CF.[212] Por conseguinte, é imperioso que o intérprete faça detida análise da hipótese concreta de modo a adequar-se ao sistema traçado na Constituição.[213]

Avulta notar, ainda, que o poder de polícia, sendo atividade que, em algumas hipóteses, gera competência concorrente entre pessoas federativas, rende ensejo à sua execução em sistema de cooperação calcado no regime de *gestão associada*, como o autoriza o art. 241, da CF. Nessas hipóteses, os entes federativos interessados firmarão convênios administrativos e consórcios públicos para atenderem aos objetivos de interesse comum. No caso do trânsito, por exemplo, é comum a celebração de tais ajustes, visto que há infrações sujeitas à fiscalização federal, estadual e municipal, sendo, então, conveniente uma atuação conjunta para conquistar maior eficiência.

VI. Poder de Polícia Originário e Delegado

Ante o princípio de que quem pode o mais pode o menos, não é difícil atribuir às pessoas políticas da federação o exercício do poder de polícia. Afinal, se lhes incumbe editar as próprias leis limitativas, de todo coerente que se lhes confira, em decorrência, o poder de minudenciar as restrições. Trata-se aqui do poder de polícia *originário*, que alcança, em sentido amplo, as leis e os atos administrativos provenientes de tais pessoas.

O Estado, porém, não age somente por seus agentes e órgãos internos. Várias atividades administrativas e serviços públicos são executados por pessoas administrativas vinculadas ao Estado. A dúvida consiste em saber se tais pessoas têm idoneidade para exercer o poder de polícia.

E a resposta não pode deixar de ser positiva, conforme proclama a doutrina mais autorizada.[214] Tais entidades, com efeito, são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas.

Indispensável, todavia, para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por *lei formal*, originária da função regular do Legislativo.[215] Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstaria que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado.[216] O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública.[217]

A respeito do tema, suscitou-se grande polêmica relacionada à Guarda Municipal, quando o Município do Rio de Janeiro a instituiu sob a forma de empresa pública.[218] Com o argumento de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, bem como pela circunstância de que seus servidores se subordinavam ao regime trabalhista, o que não lhes poderia conferir estabilidade, alguns passaram a defender a anulação das multas de trânsito por eles aplicadas em consequência da impossibilidade jurídica de ser exercido poder de polícia pela entidade.[219] A nosso ver, tal entendimento reflete flagrante desvio de perspectiva. Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia *em sua modalidade fiscalizatória*. Não lhes cabe – é lógico – o *poder de criação* das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições. Aliás, cabe aqui observar que a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) é claríssima ao admitir que o agente da autoridade de trânsito, a quem incumbe comprovar a infração, seja *servidor civil, estatutário ou celetista* ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito.[220] Acertadamente, porém, a jurisprudência mais recente tem julgado legítimo o exercício do poder de polícia fiscalizatório pela aludida corporação.[221]

Assim, o que se precisa averiguar é o preenchimento de três condições: 1ª) a pessoa jurídica deve integrar a estrutura da Administração Indireta, isso porque sempre poderá ter a seu cargo a prestação de serviço público; 2ª) a competência delegada deve ter sido conferida por lei; 3ª) o poder de polícia há de restringir-se à prática de atos de natureza fiscalizatória, partindo-se, pois, da premissa de que as restrições preexistem e de que se cuida de função *executória*, e não *inovadora*. Por outro lado, também não colhe o argumento de que seus agentes são empregados

regidos pela CLT. Várias autarquias incumbidas do exercício do poder de polícia relativo ao exercício de profissões, como é o caso, por exemplo, da O.A.B., têm em seu quadro, senão todos, mas ao menos parte, de servidores sujeitos ao regime celetista. Seus atos, no exercício da função delegada, caracterizam-se como atos administrativos, o que não é nenhuma novidade no direito administrativo. Fora daí, o que resta é a estranheza do entendimento proibitivo, e em cujo foco parece haver maior preocupação com aspectos formais do direito do que com a exigência de postura mais civilizada no trânsito por parte de algumas pessoas – exigência, diga-se de passagem, notória em toda a sociedade.

Nessa questão de trânsito, costuma-se reclamar contra o que se vem denominando de "*indústria de multa*", acusação desferida contra entidades encarregadas da fiscalização do trânsito, que estariam aplicando multas de forma abusiva para arrecadação de recursos. A questão aqui é outra. Cuida-se de abuso de poder, que precisa ser severamente reprimido pelas autoridades competentes. Tal abuso, todavia, tanto pode vir de pessoas privadas quanto de pessoas públicas incumbidas da função fiscalizadora. Portanto, esse aspecto não serve para solucionar juridicamente a questão posta sob enfoque. O que se exige é o controle e a exemplar punição pelo cometimento de abusos, o que, infelizmente, quase nunca acontece.

Por outro lado, releva destacar que a delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas da potestade *(ius imperii)* necessária ao desempenho da atividade de polícia.[222]

Quando a lei confere a uma entidade administrativa o poder acima referido, diz-se que há na hipótese poder de polícia *delegado*. Sem embargo de algumas resistências, como antecipamos, moderna doutrina vem admitindo essa delegação, com o destaque apenas da necessidade de serem observadas certas cautelas, como (a) o impedimento de conflito entre os interesses público e privado, (b) o afastamento do setor econômico de mercado e (c) o acidentalismo do poder de polícia, significando que o ente delegado não deve exercê-lo como essência institucional, mas sim em decorrência da própria prestação do serviço público.[223]

Em determinadas situações em que se faz necessário o exercício do poder de

polícia *fiscalizatório* (normalmente de caráter preventivo), o Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, instituir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à *constatação de fatos*. O mesmo ocorre, aliás, com a fixação de equipamentos de fiscalização de restrições de polícia, como os aparelhos eletrônicos utilizados pelos órgãos de trânsito para a identificação de infrações por excesso de velocidade: ainda que a fixação e a manutenção de tais aparelhos possam ser atribuídos a pessoas privadas, o poder de polícia continua sendo da titularidade do ente federativo constitucionalmente competente. Nada há de ilícito em semelhante atribuição operacional.[224]

VII. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

Costumam os estudiosos do assunto dividir o poder de polícia em dois segmentos: a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária. Não obstante, antes de traçar a linha diferencial entre cada um desses setores, cabe anotar que ambos se enquadram no âmbito da *função administrativa*, vale dizer, representam atividades de gestão de interesses públicos.

A Polícia Administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a Polícia Judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que a faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts. 4º e seguintes) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a Polícia Administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador.

Outra diferença reside na circunstância de que a Polícia Administrativa incide basicamente sobre *atividades* dos indivíduos, enquanto a polícia judiciária preordena-se ao *indivíduo* em si, ou seja, aquele a quem se atribui o cometimento de ilícito penal.[225]

Vejamos um exemplo: quando agentes administrativos estão executando

serviços de fiscalização em atividades de comércio, ou em locais proibidos para menores, ou sobre as condições de alimentos para consumo, ou ainda em parques florestais, essas atividades retratam o exercício de Polícia Administrativa. Se, ao contrário, os agentes estão investigando a prática de crime e, com esse objetivo, desenvolvem várias atividades necessárias à sua apuração, como oitiva de testemunhas, inspeções e perícias em determinados locais e documentos, convocação de indiciados etc., são essas atividades caracterizadas como Polícia Judiciária, eis que, terminada a apuração, os elementos são enviados ao Ministério Público para, se for o caso, providenciar a propositura da ação penal.

Por pretender evitar a ocorrência de comportamentos nocivos à coletividade, reveste-se a Polícia Administrativa de caráter eminentemente *preventivo*: pretende a Administração que o dano social sequer chegue a consumar-se. Já a Polícia Judiciária tem natureza predominantemente *repressiva*, eis que se destina à responsabilização penal do indivíduo. Tal distinção, porém, não é absoluta, como têm observado os estudiosos. Na verdade, os agentes da Polícia Administrativa também agem repressivamente, quando, por exemplo, interditam um estabelecimento comercial ou apreendem bens obtidos por meios ilícitos. Por outro lado, os agentes de segurança têm a incumbência, frequentemente, de atuar de forma preventiva, para o fim de ser evitada a prática de delitos.[226]

VIII. Fundamentos

No que concerne ao benefício resultante do poder de polícia, constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público o *interesse público*. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade.

Em outro ângulo, a prerrogativa em si se funda na supremacia geral da Administração Pública. É que esta mantém, em relação aos administrados, de modo indistinto, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos.[227]

IX. Finalidade

No Estado liberal, ao mesmo tempo em que se passava a dedicar ao indivíduo

maior proteção em face do próprio Estado, verificaram os sistemas políticos que essa proteção não se tornaria eficaz sem que se permitisse ao Poder Público intervir nas relações privadas, como bem registra CAIO TÁCITO.[228]

Desse modo, outra não poderia ser a finalidade dessa intervenção através do poder de polícia senão a de proteção dos interesses coletivos, o que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder, ou seja, se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há de constituir alvo dela a proteção do mesmo interesse. Este tem que ser entendido em sentido amplo, para alcançar todo e qualquer aspecto, como o material, moral, cultural, ecológico etc. [229]

X. Âmbito de Incidência

É bastante amplo o círculo em que se pode fazer presente o poder de polícia. Com efeito, qualquer ramo de atividade que possa contemplar a presença do indivíduo rende ensejo à intervenção restritiva do Estado. Em outras palavras, não há direitos individuais *absolutos* a esta ou àquela atividade, mas ao contrário deverão estar subordinados aos interesses coletivos. Daí poder dizer-se que a liberdade e a propriedade são sempre direitos *condicionados*, visto que sujeitos às restrições necessárias a sua adequação ao interesse público.

É esse o motivo pelo qual se faz menção à polícia de construções, à polícia sanitária, à polícia de trânsito e tráfego, à polícia de profissões, à polícia do meio ambiente etc. Em todos esses ramos aparece o Estado, em sua atuação restritiva de polícia, para a preservação do interesse da comunidade.

XI. Atuação da Administração

1. Atos Normativos e Concretos

No exercício da atividade de polícia, pode a Administração atuar de duas maneiras.

Em primeiro lugar, pode editar *atos normativos*, que têm como característica o seu conteúdo genérico, abstrato e impessoal, qualificando-se, por conseguinte, como atos dotados de amplo círculo de abrangência. Nesse caso, as restrições são perpetradas por meio de decretos, regulamentos, portarias, resoluções, instruções e

outros de idêntico conteúdo.

Além desses, pode criar também *atos concretos,*[230] estes preordenados a determinados indivíduos plenamente identificados, como são, por exemplo, os veiculados por atos sancionatórios, como a multa, e por atos de consentimentos, como as licenças e autorizações.

Se o Poder Público pretende regular, por exemplo, o desempenho de profissão, ou edificações, editará atos normativos. Quando, ao revés, interdita um estabelecimento ou concede autorização para porte de arma, pratica atos concretos.

2. Determinações e Consentimentos Estatais

Os denominados *atos de polícia* possuem, quanto ao objeto que colimam, dupla qualificação: ou constituem determinações de ordem pública ou consubstanciam consentimentos dispensados aos indivíduos.

O Poder Público estabelece *determinações* quando a vontade administrativa se apresenta impositiva, de modo a gerar deveres e obrigações aos indivíduos, não podendo estes se eximir de cumpri-los.[231]

Os *consentimentos* representam a resposta positiva da Administração Pública aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que dependa do referido consentimento para ser considerada legítima. Aqui a Polícia Administrativa resulta da verificação que fazem os órgãos competentes sobre a existência ou inexistência de normas restritivas e condicionadoras, relativas à atividade pretendida pelo administrado.

Tais atos de consentimento são as *licenças* e as *autorizações*. As licenças são atos vinculados e, como regra, definitivos, ao passo que as autorizações espelham atos discricionários e precários. Exemplo das primeiras é a licença para construção; constitui autorização o consentimento dado a determinados moradores para fechamento temporário de uma rua com vistas à realização de festa popular. Outros exemplos desta última categoria estão na Lei nº 10.826, de 22/12/2003 (o estatuto do desarmamento), na qual foi previsto ato de autorização para compra de arma de fogo (art. 4º, § 1º) e também para o porte (art. 10). Como atos administrativos que são, serão eles estudados com maior enfoque no capítulo próprio.[232]

Instrumento formal de tais atos é normalmente o *alvará,*[233] mas documentos diversos podem formalizá-los, como carteiras, declarações, certificados

e outros que tenham idêntica finalidade. Apenas a título de exemplo, a autorização para que se mantenha arma de fogo no interior da residência é formalizada pelo certificado de registro de arma de fogo, como averba o art. 5º da citada Lei nº 10.826/03. O que importa, pois, no caso é o consentimento que a Administração deseja exprimir por semelhantes atos.

Não obstante, convém destacar que a Administração, de forma equivocada, tenta ocasionalmente cobrar taxas de renovação de licença por suposto exercício do poder de polícia em atividade de fiscalização. Tal conduta se reveste de ilegalidade, pois que somente onde a Administração atua efetivamente no exercício do poder de polícia é que se justifica a cobrança de taxa, como, aliás, está expresso no art. 145, II, da CF. Um desses casos de renovação ilegal de licença foi apreciado pelo STJ, que decidiu: *Há exercício do Poder de Polícia na concessão inicial da licença. O mesmo não ocorre na renovação de Licença para Localização, onde não há o que verificar, pois o estabelecimento é o mesmo que inicialmente foi licenciado.*[234]

Órgãos e entidades que prestam serviços públicos por delegação sujeitam-se ao poder de ordenamento municipal quanto à localização de seus estabelecimentos. Urge, pois, que se sujeitem ao poder de polícia municipal e que obtenham a necessária licença para instalação. É o caso de cartórios notariais ou de registro, que, embora sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, só podem instalar-se legitimamente mediante a expedição do alvará de licença.[235]

3. Atos de Fiscalização

Não adiantaria deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização da conduta destes. Assim, o poder de polícia reclama do Poder Público a atuação de agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos.[236]

A fiscalização apresenta duplo aspecto: um *preventivo*, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um *repressivo*, que, em face da transgressão da norma de polícia, redunda na aplicação de uma sanção. Neste último caso, é inevitável que a Administração, deparando a conduta ilegal do administrado, imponha-lhe alguma obrigação de fazer ou de não fazer. Como exemplo, cite-se o caso em que o indivíduo construiu em área pública, tendo decidido o STJ que *a construção clandestina em logradouro público está sujeita à demolição, não*

tendo o invasor de má-fé direito à retenção, nem à indenização pelo município de eventuais benfeitorias.[237]

XII. Limites

Bem averba CRETELLA JR. que *a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis.*[238]

A observação é de todo acertada: há uma linha, insuscetível de ser ignorada, que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos (liberdade e propriedade, entre outros) assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegitimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder, porque *a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos.*[239]

XIII. Características

1. Discricionariedade e Vinculação

Reina alguma controvérsia quanto à caracterização do poder de polícia, se vinculado ou discricionário.[240] Em nosso entender, porém, a matéria tem de ser examinada à luz do enfoque a ser dado à atuação administrativa.

Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. É o caso, por exemplo, em que autoridades públicas enumeram apenas alguns rios onde a pesca se tornará proibida. Sem dúvida que nesse momento a Administração age no exercício de seu poder *discricionário*.

Em questão que envolveu ordem do Município para transferir a área de atividade comercial de camelôs deficientes físicos, o então TACív-RJ, realçando o caráter discricionário do poder de polícia nesse aspecto, bem como o interesse público que constitui a finalidade dos atos administrativos, decidiu que a autorização tem natureza precária, razão por que *o direito de exploração de comércio em determinado local não inibe a municipalidade de alterá-lo em prol da comunidade, máxime porque a autorização traz ínsita em si o germe de sua potencial extinção, ainda que com prazo certo.*

[241] É nessa valoração do órgão administrativo sobre a conveniência e a oportunidade da transferência que está a discricionariedade do poder de polícia. Evidentemente, o que é vedado à Administração é o abuso do poder de polícia, algumas vezes processado por excesso de poder ou por desvio de finalidade.

O inverso ocorre quando já está fixada a dimensão da limitação. Nessa hipótese, a Administração terá de cingir-se a essa dimensão, não podendo, sem alteração da norma restritiva, ampliá-la em detrimento dos indivíduos. A atuação, por via de consequência, se caracterizará como *vinculada*. No exemplo acima dos rios, será vedado à Administração impedir a pesca (não havendo, obviamente, outra restrição) naqueles cursos d'água não arrolados como alvo das medidas restritivas de polícia.

A doutrina tem dado ênfase, com cores vivas, à necessidade de controle dos atos de polícia, ainda quando se trate de determinados aspectos, pelo Poder Judiciário. Tal controle inclui os atos decorrentes do poder discricionário para evitar-se excessos ou violências da Administração em face de direitos individuais. [242] O que se veda ao Judiciário é agir como *substituto* do administrador, porque estaria invadindo funções que constitucionalmente não lhes são atribuídas.[243]

2. Autoexecutoriedade

Nas precisas palavras de DEBBASCH, a Administração pode tomar, *sponte sua*, as providências que modifiquem imediatamente a ordem jurídica, impondo desde logo obrigações aos particulares, com vistas ao interesse coletivo.[244] Pelo objetivo que a inspira, não pode ficar a Administração à mercê do consentimento dos particulares. Ao revés, cumpre-lhe agir de imediato.

A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a *autoexecutoriedade*. Tanto é autoexecutória a restrição imposta em caráter geral, como a que se dirige diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da autoexecutoriedade.

Outro ponto a considerar é o de que a autoexecutoriedade não depende de

autorização de qualquer outro Poder, desde que a lei autorize o administrador a praticar o ato de forma imediata. Assim, acertada a decisão segundo a qual, *no exercício de poder de polícia administrativa, não depende a Administração da intervenção de outro poder para torná-lo efetivo*.[245] Quando a lei autoriza o exercício do poder de polícia com autoexecutoriedade, é porque se faz necessária a proteção de determinado interesse coletivo.

Impõem-se, ainda, duas observações. A primeira consiste no fato de que há atos que não autorizam a imediata execução pela Administração, como é o caso das *multas*, cuja cobrança só é efetivamente concretizada pela ação própria na via judicial. A outra é que a autoexecutoriedade não deve constituir objeto de abuso de poder, de modo que deverá a prerrogativa compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal para o fim de ser a Administração obrigada a respeitar as normas legais.[246]

A despeito de a multa não ser autoexecutória, é possível que seu pagamento se configure como condição para que a Administração pratique outro ato em favor do interessado. Exige-se, contudo, que tal condição tenha expressa previsão em lei. Há, aqui e ali, entendimento no sentido de que a liberação de veículo alvo da penalidade de apreensão por motivo de infração de trânsito dispense o pagamento da multa, e isso sob o argumento de que se estaria, indiretamente, convertendo a multa em punição autoexecutória.[247] Não nos parece correta tal orientação. No caso, não se trata de transformação da natureza da multa, mas sim da circunstância de ter a lei considerado a quitação da multa como condição da prática de novo ato administrativo.[248] Se a lei fez expressamente a previsão, não há fundamento para impugnar a exigência.[249]

O que não se admite é que o órgão de trânsito imponha o pagamento da multa que ainda não tenha sido objeto de *notificação*, pois que com esta é que a sanção se torna exigível. Todavia, se está vencida é porque o infrator não a impugnou oportunamente, deixando transcorrer *in albis* o prazo de impugnação, ou, se impugnou, seu recurso foi improvido: nesse caso, seu pagamento pode ser normalmente imposto como condição de liberação do veículo.[250]

Hipótese interessante sobre o tema, aliás, foi decidida pelo TJ-RJ. Em razão de estar operando transporte de passageiros sem a devida autorização legal, determinado veículo (uma "van") foi objeto de apreensão e multa pela autoridade

de trânsito. Para liberar o veículo, exigiu-se do proprietário que pagasse a multa. Em outras palavras: a multa figuraria como condição para liberação do veículo. Em mandado de segurança, o Tribunal decidiu que a multa não é autoexecutória e não pode figurar como condição de outro ato, a menos que haja expressa previsão legal. [251] Ora, o Código de Trânsito, como visto, prevê expressamente a hipótese, o que deixa sem fundamento a decisão.

Vale a pena observar que o direito positivo também qualifica o pagamento de tributos ou contribuições como condição para a prática de outros atos. Como exemplo, pode citar-se a exigência de quitação fiscal para participação em procedimentos de licitação pública.[252] Portanto, não há qualquer estranheza em tal situação, devendo-se admitir que o legislador, nesses casos, não quis permitir que as multas impostas venham a permanecer indefinidamente sem a quitação por parte do infrator; afinal, se foi aplicada multa, houve fatalmente a transgressão administrativa.

Outra hipótese que tem provocado alguma polêmica diz respeito à mesma exigência de pagamento de multas no caso de renovação de licenciamento de veículos. Como essa exigência é prevista na lei de trânsito, nenhuma razão existe para dispensá-la.

O que é imprescindível é que tais hipóteses tenham previsão legal, não ficando, por conseguinte, ao mero alvedrio da autoridade administrativa. Assim, não encontramos ressonância para algumas opiniões que, em nome da pseudotutela de direitos, opõe alguma resistência a esse tipo de condicionamento previsto em lei, invocando basicamente o argumento de que a multa de trânsito é penalidade administrativa e, como tal, pode ser inscrita na dívida ativa e cobrada por processo especial de execução fiscal.[253] Com a devida vênia, não abonamos esse pensamento: a uma, porque o pagamento das multas como condição de novo licenciamento está expresso em lei, que nada tem de inconstitucional;[254] a duas, porque o fato de a multa ser suscetível de execução fiscal não tem qualquer relação com a exigência de sua quitação antes do licenciamento e vistoria; e, a três, porque o excesso de infrações, como regra, é sintoma de periculosidade no trânsito e de risco para pedestres e outros motoristas, e é nessa verificação que se situa o exercício do poder de polícia pela Administração – atividade, na hipótese, tipicamente preventiva contra a indevida prática da atividade pelos particulares.

Felizmente, tem predominado a lógica em decisões e entendimentos contrários. [255]

3. Coercibilidade

Essa característica estampa o grau de imperatividade de que se revestem os atos de polícia. A Polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos.

Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessária para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam *manu militari* da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei.

XIV. Legitimidade da Polícia Administrativa

1. Requisitos Gerais de Validade

Os atos oriundos da atividade de Polícia Administrativa, para serem legítimos, precisam, como ocorre com qualquer ato administrativo, estar revestidos de todos os requisitos de validade.

Tais requisitos serão mais detidamente estudados no capítulo destinado ao ato administrativo. Não obstante, e pela pertinência com o tema sob estudo, convém desde já assinalar os principais aspectos ligados à legitimidade dos atos de polícia.

Deverão os atos de polícia ser praticados por agentes no exercício regular de sua *competência*. É também indispensável que o ato seja produzido com a *forma* imposta pela lei. Outros requisitos de validade são a *finalidade*, o *motivo* e o *objeto*. Enfim, como ato administrativo que é, o ato de polícia será legal ou ilegal, conforme compatível ou não com os requisitos exigidos para sua validade.

2. Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade.

Em virtude disso, tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os *meios* e os *fins* da atividade administrativa. Como bem observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é preciso que a Administração tenha cautela na sua atuação, *nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei*.[256]

Não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, incorrerá a autoridade administrativa em *abuso de poder* e ensejará a invalidação da medida na via judicial, inclusive através de mandado de segurança.[257]

Na verdade, sobram razões para esse entendimento. Mas a principal, segundo nosso entender, descansa no postulado maior pelo qual à Administração são conferidas prerrogativas que têm o único escopo de atender aos interesses coletivos, não lhe sendo lícito, todavia, atuar em detrimento deste ou daquele indivíduo, a pretexto de buscar aqueles interesses.[258] Se a conduta administrativa é desproporcional, a conclusão inevitável é a de que um ou alguns indivíduos estão sendo prejudicados por excesso de poder, revelando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se, sem dúvida, ilegalidade que merece correção.

Exemplo típico, e lamentavelmente não raro, de ofensa ao princípio da proporcionalidade consiste no uso exagerado de violência por agentes policiais encarregados de manter a ordem em casos de protestos ou movimentos populares e de diligências em locais de maior incidência de delitos, como favelas, morros e outras comunidades. A violência excessiva é conduta desproporcional à regular diligência de preservação da ordem pública, de modo que merece repressão e responsabilização dos agentes causadores da violação.

Aplica-se, da mesma forma, o princípio em tela quando a lei prevê a punição por meio de *multa,* fixando um valor mínimo e um valor máximo. O administrador não é inteiramente livre para fixar o valor da multa; ao contrário, cabe-lhe aplicar a sanção em conformidade com a natureza da infração, exigindo-se-lhe, assim, observância à proporcionalização punitiva. E mais: compete-lhe também expressar o *motivo* (ou *justificativa*) que lhe impulsionou a manifestação de vontade geradora da aplicação da multa.[259]

Bem ilustrativos a propósito são os dizeres de aresto do STF, segundo o qual *a atuação da administração pública, no exercício do poder de polícia, há de ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade*. Acrescentou a decisão que, se for ultrapassada a simples correção da conduta e aplicada punição, devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da CF. E concluiu a Corte que *não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista.*[260] No caso, a autoridade administrativa, além de praticar o ato proporcional ao gravame cometido pelo motorista de táxi, extrapolou o limite imposto pelo interesse público, aplicando punição bem mais gravosa, fato que se configurou como ofensa ao princípio da proporcionalidade.

XV. Sanções de Polícia

Sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração.[261] A *infração administrativa*, por sua vez, configura-se como o comportamento típico, antijurídico e reprovável idôneo a ensejar a aplicação de sanção administrativa, no desempenho de função administrativa.[262]

Se a sanção resulta do exercício do poder de polícia, qualificar-se-á como *sanção de polícia*.[263] O primeiro aspecto a ser considerado no tocante às sanções de polícia consiste na necessária observância do *princípio da legalidade*. Significa dizer que somente a lei pode instituir tais sanções com a indicação das condutas que possam constituir infrações administrativas. Atos administrativos servem apenas como meio de possibilitar a execução da norma legal sancionatória, mas não podem, por si mesmos, dar origem a apenações.[264]

As sanções espelham a atividade repressiva decorrente do poder de polícia. Estão elas difundidas nas diversas leis que disciplinam atividades sujeitas a esse poder. As mais comuns são a multa, a inutilização de bens privados, a interdição de atividade, o embargo de obra, a cassação de patentes, a proibição de fabricar produtos etc. São sanções, na verdade, todos os atos que representam a punição aplicada pela Administração pela transgressão de normas de polícia.

Modernamente tem sido feita – corretamente, diga-se de passagem – distinção

entre *sanções de polícia* e *medidas de polícia*. Sanções são aquelas que espelham uma punição efetivamente aplicada à pessoa que houver infringido a norma administrativa, ao passo que medidas são as providências administrativas que, embora não representando punição direta, decorrem do cometimento de infração ou do risco em que esta seja praticada.[265] Em algumas circunstâncias, a mesma conduta administrativa pode caracterizar-se como uma ou outra modalidade, sempre considerando o que a lei tiver previsto para enfrentar a referida situação. É o caso, para exemplificar, da interdição de estabelecimento: tanto pode ser ato punitivo direto pela prática de infração grave, como pode ser medida administrativa, adotada em face da prática de infração para a qual a lei previu sanção direta.[266]

Não se deve esquecer que as sanções devem ser aplicadas em observância ao devido processo legal *(due process of law),* para que se observe o princípio da garantia de defesa aos acusados, inscrito no art. 5º, LIV e LV, da CF. Se o ato sancionatório de polícia não tiver propiciado ao infrator a oportunidade de rechaçar a acusação e de produzir as provas necessárias às suas alegações, estará contaminado de vício de legalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial.[267] Como se trata de processo acusatório, deve reconhecer-se a incidência, por analogia, de alguns axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.[268]

Em relação à multa de trânsito, o STJ já se pacificou no sentido de que no respectivo processo administrativo são indispensáveis as notificações da autuação e da aplicação da sanção decorrente da infração cometida pelo motorista: a primeira se materializa no ato que indica os elementos que cercam a infração (local, dia, horário etc); a segunda consiste no ato que corresponde à efetiva aplicação da penalidade.[269] Entretanto, se houver autuação em flagrante, torna-se desnecessária a notificação da infração; nesse caso, fica aberto, de imediato, o prazo para que o infrator apresente sua defesa prévia.[270] Avulta notar, ainda, que o pagamento da multa de trânsito não impede que o interessado discuta judicialmente o débito, cabendo a repetição do indébito se a sanção for anulada.[271]

Na esfera da Administração Pública federal, direta ou indireta, a ação punitiva, quando se tratar do exercício do poder de polícia, prescreve em cinco anos contados da data da prática do ato ou, em se tratando de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Entretanto, se o fato constituir crime, o prazo prescricional será o mesmo atribuído pela lei penal. É o que dispõe a Lei nº

9.873, de 23/11/1999, promulgada após sucessivas medidas provisórias. Cuida-se, pois, de prescrição contra o Poder Público e a favor do infrator, de modo que, consumada, fica este garantido contra qualquer sanção de polícia a cargo da Administração.

A prescrição incide também sobre procedimentos administrativos paralisados por mais de três anos na hipótese em que se aguarda despacho ou julgamento da autoridade administrativa. O processo deverá ser arquivado de ofício ou a requerimento do interessado, mas caberá à Administração apurar a responsabilidade funcional do agente pela omissão no referido prazo.[272] A prescrição da ação punitiva da Administração, no caso das sanções de polícia, se interrompe: a) pela citação do indiciado ou acusado, ainda que por edital; b) por qualquer ato inequívoco pelo qual se demonstre o interesse administrativo na apuração do fato; e c) pela decisão condenatória recorrível.[273]

Em consonância com esse quadro normativo, já se pacificou o entendimento de que a pretensão da Administração de promover a execução da multa por infração ambiental prescreve em cinco anos, contados a partir do término do respectivo processo administrativo.[274]

Vale destacar, por último, que a prescrição da pretensão punitiva da Administração, regulada pela Lei nº 9.873/99, tem incidência específica para as infrações relacionadas ao poder de polícia, sendo, por conseguinte, inaplicável em processos administrativos funcionais e de natureza tributária.[275]

A nova regulação merece aplausos porque, limitando a ação punitiva da Administração, prestigia o princípio de segurança nas relações jurídicas e, assim, confere garantia do indivíduo ou pessoa jurídica contra eventuais comportamentos inquinados de excesso de poder ou desvio de finalidade. Não obstante, foi destinada exclusivamente à Administração *federal*, embora, por sua relevância, devesse estender-se também às Administrações estaduais e municipais.

A despeito de a prescrição quinquenal estar direcionada à Administração Federal, cresce a tendência de estendê-la a todas as multas, fundando-se o entendimento na aplicação isonômica do Decreto nº 20.910/32.[276] Não nos parece procedente o argumento: a uma, porque esse diploma trata da prescrição de pretensões de administrados contra a Fazenda, e não desta contra administrados, de onde se infere ser inviável a aplicação analógica; a duas, porque seria exigível lei

própria para fixar o aludido prazo (que, aliás, já deveria haver), mas, do momento em que inexiste, caberia aplicar-se o Código Civil, que, ao contrário do que se costuma afirmar, não regula apenas relações privadas, mas, em certas ocasiões, também rege relações de direito público, já que muitas de suas normas pertencem à teoria geral do direito.

XVI. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula nº 645: *É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.*

Súmula nº 646: *Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula nº 19: *A fixação de horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.*

Súmula nº 312: *No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.*

Súmula nº 434: *O pagamento da multa por infração de trânsito não inibe a discussão judicial do débito.*

Súmula nº 467: *Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental.*

Capítulo IV

Ato Administrativo

I. Introdução

A teoria do ato administrativo compõe, sem qualquer dúvida, o ponto central do estudo do Direito Administrativo, como, aliás, oportunamente anota MARCELO CAETANO.[277] Diz o autor que a expressão passou a ser utilizada com frequência a partir do início do presente século, talvez enganchada à ideia de ato jurídico, constituída por civilistas alemães e italianos no curso do século anterior. Remata observando que a noção da expressão traduz uma ação *concluída,* "*uma vontade que se manifestou ou pelo menos se revelou nem que seja por omissão".*[278] Antes, porém, de chegar ao ato administrativo como manifestação da vontade administrativa, é necessário distinguir os conceitos de certas figuras com as quais aquele provoca alguma confusão.

1. Fatos Administrativos

A noção de *fato administrativo* não guarda relação com a de *fato jurídico,* encontradiça no direito privado.[279] Fato jurídico significa o fato capaz de produzir efeitos na ordem jurídica, de modo que dele se originem e se extingam direitos *(ex facto oritur ius).*

A ideia de fato administrativo não tem correlação com tal conceito, pois que não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de *atividade material* no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração. Exemplos de fatos administrativos são a apreensão de mercadorias, a dispersão de manifestantes, a desapropriação de bens privados, a requisição de serviços ou bens privados etc. Enfim, a noção indica tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração, um movimento na ação administrativa. Significa dizer que a noção de fato administrativo é mais ampla que a de fato jurídico, uma vez que, além deste, engloba também os fatos simples, ou

seja, aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração.

Observa com precisão SEABRA FAGUNDES que o fundamento do fato administrativo, como operação material, é, como regra, o ato administrativo. Manifestada a vontade administrativa através deste, surge como consequência a ocorrência daquele.[280] Entretanto, o fato administrativo não se consuma sempre em virtude de algum ato administrativo. Às vezes, decorre de uma conduta administrativa, ou seja, de uma ação da Administração, não formalizada em ato administrativo. A só alteração de local de determinado departamento administrativo não se perfaz, necessariamente, pela prática de ato administrativo; como a mudança de lugar, porém, representou atividade administrativa material, poderá afirmar-se que constituiu um fato administrativo. Acrescente-se, ainda, que até fenômenos naturais, quando repercutem na esfera da Administração, constituem fatos administrativos, como é o caso, por exemplo, de um raio que destrói um bem público ou de uma enchente que inutiliza equipamentos pertencentes ao serviço público.

Em síntese, podemos constatar que os *fatos administrativos* podem ser *voluntários* e *naturais*. Os fatos administrativos voluntários se materializam de duas maneiras: 1ª) por *atos administrativos*, que formalizam a providência desejada pelo administrador através da manifestação da vontade; 2ª) por *condutas administrativas*, que refletem os comportamentos e as ações administrativas, sejam ou não precedidas de ato administrativo formal. Já os fatos administrativos naturais são aqueles que se originam de fenômenos da natureza, cujos efeitos se refletem na órbita administrativa.

Assim, quando se fizer referência a fato administrativo, deverá estar presente unicamente a noção de que ocorreu um evento dinâmico da Administração.

2. Atos da Administração

Na verdade, entre os atos da Administração se enquadram atos que não se caracterizam propriamente como atos administrativos, como é o caso dos *atos privados* da Administração. Exemplo: os contratos regidos pelo direito privado, como a compra e venda, a locação etc. No mesmo plano estão os *atos materiais,* que correspondem aos fatos administrativos, noção vista acima: são eles atos da

Administração, mas não configuram atos administrativos típicos.

Alguns autores aludem também aos *atos políticos* ou *de governo*.[281] Não concordamos, porém, com tal referência, vez que entendemos que tais atos estão fora das linhas dos atos da Administração. Estes emanam sempre da lei; são diretamente subjacentes a esta. Aqueles alcançam maior liberdade de ação, e resultam de normas constitucionais. O caráter governamental sobreleva ao administrativo.

Por outro lado, como se verá adiante, há atos administrativos produzidos por agentes de entidades que não integram a estrutura da Administração Pública, mas que nem por isso deixam de qualificar-se como tais.[282] Já quando se fala em atos da Administração, tem que ser levada em consideração a circunstância de terem emanado desta.[283]

3. Atos Jurídicos e Atos Administrativos

As noções de ato jurídico e de ato administrativo têm vários pontos comuns. No direito privado, o ato jurídico possui a característica primordial de ser um *ato de vontade,* com idoneidade de infundir determinados efeitos no mundo jurídico. *Adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, eis, em poucas palavras, em toda a sua extensão e profundidade, o vasto alcance dos atos jurídicos*, como bem registra WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.[284] Trata-se, pois, de instituto que revela a primazia da vontade.

Os elementos estruturais do ato jurídico – o sujeito, o objeto, a forma e a própria vontade – garantem sua presença também no ato administrativo. Ocorre que neste o sujeito e o objeto têm qualificações especiais: o sujeito é sempre um agente investido de prerrogativas públicas, e o objeto há de estar preordenado a determinado fim de interesse público. Mas no fundo será ele um instrumento da vontade para a produção dos mesmos efeitos do ato jurídico.

Temos, assim, uma relação de gênero e espécie. Os atos jurídicos são o gênero do qual os atos administrativos são a espécie, o que denota que em ambos são idênticos os elementos estruturais.

O novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10/1/2002, com vigor a partir de janeiro de 2003, introduziu algumas alterações na disciplina relativa aos atos jurídicos. Uma dessas alterações consiste no fato de não mais indicar-se o

objeto da vontade, ou seja, se a pessoa pretende adquirir, modificar ou extinguir direitos e obrigações, como figurava no art. 81 do antigo Código. De fato, o núcleo da noção do ato jurídico é a vontade jurígena, aquela que objetiva a produção de efeitos no mundo jurídico, e não a especificidade perseguida pela vontade em relação aos direitos e obrigações (aquisição, modificação, transferência, extinção).

Outra inovação reside na adoção, pelo novo Código, da doutrina alemã do *negócio jurídico*.[285] Segundo esse pensamento doutrinário, é preciso distinguir o ato jurídico e o negócio jurídico. A noção central do ato jurídico repousa na manifestação de vontade em conformidade com o ordenamento jurídico, ao passo que a do negócio jurídico reside na declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado perseguido pelo emitente. O ato jurídico, portanto, é gênero do qual o negócio jurídico é espécie. Toda vontade legítima preordenada à produção de efeitos jurídicos constitui um ato jurídico, mas há várias manifestações volitivas produzidas *ex lege*, vale dizer, declarações de vontade que visam a uma consequência jurídica, desejada ou não pelo emitente. Outras, ao contrário, buscam finalidade jurídica própria, ou seja, uma consequência jurídica alvitrada pelo manifestante. Estas, e não as anteriores, é que propiciam a configuração de negócios jurídicos.[286]

O Código Civil revogado tratou conjuntamente o ato e o negócio jurídico, como constava do já citado art. 81. O novo Código, todavia, cuidou especificamente do negócio jurídico (arts. 104 a 184) para então estabelecer, em norma genérica, que aos atos jurídicos lícitos, não qualificados como negócios jurídicos, hão de aplicar-se, no que couber, as disposições pertinentes a estes últimos (art. 185).

Na sistemática do novo Código, por conseguinte, devem os atos administrativos (assim como os atos jurisdicionais e legislativos) enquadrar-se como atos jurídicos, porquanto a vontade jurígena será emitida pelos agentes da Administração em conformidade com a lei, mas não poderão ser qualificados como negócios jurídicos, porque a emissão volitiva decorre diretamente da lei, independentemente de o agente desejar, ou não, a finalidade a ser alcançada pelo ato.

Nada obstante, é preciso considerar que a Administração Pública, conquanto muito mais voltada à edição de atos jurídicos, qualificados como atos

administrativos, também pode praticar negócios jurídicos, conforme sucede, por exemplo, quando celebra contratos com particulares. A razão é simples: aqui o objeto contratual será realmente o alvitrado pelas partes.

II. Conceito

Não há uniformidade entre os autores quanto a um conceito de ato administrativo, e isso porque o conceito deve atender ao exato perfil do instituto.

Consideramos, todavia, que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Quanto à manifestação de vontade, deve assinalar-se que, para a prática do ato administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva difere da que o agente manifesta nos atos de sua vida privada em geral. Por outro lado, quando pratica ato administrativo, a vontade individual se subsume na *vontade administrativa*, ou seja, a exteriorização da vontade é considerada como proveniente do órgão administrativo, e não do agente visto como individualidade própria. Por isso é que, como vimos, o ato administrativo é um ato jurídico, mas não um negócio jurídico. Daí ser específico o exame dos denominados *vícios de vontade* no ato administrativo, sendo certo concluir que *"o Direito Administrativo escolheu critérios objetivos para disciplinar a invalidação do ato administrativo, podendo prescindir dos chamados 'vícios da vontade' existentes no Direito Privado"*.[287]

Firmadas tais premissas, podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo *a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.*[288]

À guisa de esclarecimento, deve registrar-se que o Código Civil revogado enumerava os objetivos específicos da manifestação de vontade nos atos jurídicos: adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos e obrigações. O Código vigente, porém, não mais adotou essa técnica (arts. 104 a 114), e isso em

virtude de a vontade estar realmente preordenada a todo o tipo de efeitos jurídicos, inclusive aqueles anteriormente mencionados; a ideia moderna é a do *ato jurígeno*, isto é, aquele idôneo à produção de efeitos no mundo jurídico. A conceituação que adotamos, desse modo, passa a ficar em consonância com a nova lei, sobretudo considerado o fato de que, como visto, os atos administrativos espelham uma categoria especial dos atos jurídicos em geral.

As linhas do conceito que firmamos redundam na exclusão, como atos administrativos típicos, dos atos privados da Administração e dos fatos administrativos não produtores de eficácia jurídica, estes meros atos materiais, como anteriormente já tivemos a oportunidade de ver.

1. Sujeitos da Manifestação de Vontade

Não são todas as pessoas que têm competência para praticar atos administrativos. Para que o ato assim se qualifique, é necessário que o sujeito da manifestação volitiva esteja, de alguma forma, vinculado à Administração Pública. Por esse motivo é que, no conceito, aludimos a duas categorias de sujeitos dos atos administrativos: os agentes da Administração e os delegatários.

Agentes da Administração são todos aqueles que integram a estrutura funcional dos órgãos administrativos das pessoas federativas, em qualquer dos Poderes, bem como os que pertencem aos quadros de pessoas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). O único pressuposto exigido para sua caracterização é que, no âmbito de sua competência, exerçam *função administrativa*. Estão, pois, excluídos os magistrados e os parlamentares, quando no exercício das funções jurisdicional e legislativa, respectivamente; se, entretanto, estiverem desempenhando eventualmente função administrativa, também serão qualificados como agentes da Administração para a prática de atos administrativos.

Os *agentes delegatários*, a seu turno, são aqueles que, embora não integrando a estrutura funcional da Administração Pública, receberam a incumbência de exercer, por delegação, função administrativa (*função delegada*). Resulta daí, por conseguinte, que, quando estiverem realmente no desempenho dessa função, tais pessoas estarão atuando na mesma condição dos agentes da Administração, estando, desse modo, aptas à produção de atos administrativos. Estão nesse caso, para exemplificar, os

agentes de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, e também os de pessoas vinculadas formalmente à Administração, como os serviços sociais autônomos (SESI, SENAI etc.). Averbe-se, porém, que, fora do exercício da função delegada, tais agentes praticam negócios e atos jurídicos próprios das pessoas de direito privado.

Avulta, por fim, assinalar que os atos administrativos oriundos de agentes delegatários, quando no exercício da função administrativa, são considerados atos de autoridade para fins de controle de legalidade por meio de ações específicas voltadas para atos estatais, como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e a ação popular (art. 5º, LXXIII, CF).

2. Regime Jurídico de Direito Público

Note-se que no conceito mencionamos que os atos administrativos são sujeitos a *regime jurídico de direito público*. Com efeito, na medida em que tais atos provêm de agentes da Administração e se vocacionam ao atendimento do interesse público, não podem ser inteiramente regulados pelo direito privado, este apropriado para os atos jurídicos privados, cujo interesse prevalente é o particular.[289]

Significa dizer que há regras e princípios jurídicos específicos para os atos administrativos que não incidem sobre atos privados, e isso porque aqueles se qualificam como atos de Poder, e, como tais, devem ser dotados de certas prerrogativas especiais. É o caso, para exemplificar, das normas que contemplam os requisitos de validade dos atos administrativos, ou os princípios da legalidade estrita, da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade dos mesmos atos. [290]

Desse modo, é o regime jurídico de direito público que rege *basicamente* os atos administrativos, cabendo ao direito privado fazê-lo *supletivamente*, ou seja, em caráter subsidiário e sem contrariar o regramento fundamental específico para os atos públicos.

Não custa observar que não é apenas o interesse público concreto, ou o intento de beneficiar a coletividade, que caracteriza o ato administrativo. Alguns atos assemelham-se realmente a atos administrativos, porque, em seu conteúdo, estão direcionados ao atendimento de demandas da sociedade. Estando, porém, ao desamparo do regime de direito público, tais condutas propiciam a prática de atos

meramente privados; são atos de utilidade pública, mas caracterizam-se como atos privados. É o caso, por exemplo, de atos praticados por agentes de algumas entidades de caráter assistencial: mesmo voltados para o público em geral, tais atos serão privados, já que essas pessoas não têm vínculo jurídico formal com a Administração, de onde se infere que seus atos não estão subordinados a regime de direito público.[291]

3. Silêncio Administrativo

Questão que encerra algumas discrepâncias entre os estudiosos é a que diz respeito *ao silêncio administrativo*, isto é, à omissão da Administração quando lhe incumbe manifestação de caráter comissivo. É o tema relativo ao silêncio como manifestação de vontade. No direito privado, a aplicação normativa sobre o silêncio encontra solução definida. De acordo a lei civil, o silêncio, como regra, importa consentimento tácito, considerando-se os usos ou as circunstâncias normais. Só não valerá como anuência se a lei declarar indispensável a manifestação expressa (art. 111, Cód. Civil).

No direito público, todavia, não pode ser essa a solução a ser adotada. Urge anotar, desde logo, que o silêncio não revela a prática de ato administrativo, eis que inexiste manifestação formal de vontade; não há, pois, qualquer declaração do agente sobre sua conduta. Ocorre, isto, sim um *fato jurídico administrativo,* que, por isso mesmo, há de produzir efeitos na ordem jurídica.[292]

Em nosso entendimento, é preciso distinguir, de um lado, a hipótese em que a lei já aponta a consequência da omissão e, de outro, aquela em que na lei não há qualquer referência sobre o efeito que se origine do silêncio.

No primeiro caso, a lei pode indicar dois efeitos: 1º) o silêncio importa manifestação positiva (anuência tácita); 2º) o silêncio implica manifestação denegatória.[293] Quando o efeito retrata manifestação positiva, considera-se que a Administração pretendeu emitir vontade com caráter de anuência, de modo que o interessado decerto terá sua pretensão satisfeita.[294] Expressando a lei, por outro lado, que a ausência de manifestação tem efeito denegatório, deve entender-se que a Administração contrariou o interesse do administrado, o que o habilita a postular a invalidação do ato, se julgar que tem vício de legalidade. Aqui a pretensão tem cunho *constitutivo*, porquanto objetiva extinguir a relação jurídica decorrente do fato

denegatório tácito.

O mais comum, entretanto, é a hipótese em que a lei se omite sobre a consequência do silêncio administrativo. Em tal circunstância, a omissão pode ocorrer de duas maneiras: 1ª) com a ausência de manifestação volitiva no prazo fixado na lei; 2ª) com a demora excessiva na prática do ato quando a lei não estabeleceu prazo, considerada excessiva aquela que refoge aos padrões de tolerabilidade e razoabilidade. Em semelhantes situações, o interessado faz jus a uma definição por parte da Administração, valendo-se, inclusive, do direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, "a", da vigente Constituição.

Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação comissiva da Administração, não restará para o interessado outra alternativa senão recorrer à via judicial. Diferentemente do que sucede na hipótese em que a lei indica que a omissão significa denegação – hipótese em que se pretende desconstituir relação jurídica –, o interessado deduzirá pedido de natureza *mandamental* (ou, para alguns, condenatória para cumprimento de obrigação de fazer), o qual, se for acolhido na sentença, implicará a expedição de ordem judicial à autoridade administrativa para que cumpra seu poder-dever de agir e formalize manifestação volitiva expressa, sob pena de desobediência a ordem judicial.[295]

Há juristas, no entanto, que sustentam que, se a Administração estava vinculada ao conteúdo do ato não praticado (ato vinculado), e tendo o interessado direito ao que postulara, poderia o juiz suprir a ausência de manifestação.[296] Ousamos dissentir desse entendimento, porquanto não pode o órgão jurisdicional substituir a vontade do órgão administrativo; pode, isto sim, obrigá-lo a emiti-la, se a lei o impuser, arcando o administrador com as consequências de eventual descumprimento.[297]

Por outro lado, se o pedido do interessado consiste na emissão de vontade geradora de ato discricionário, e a Administração silencia sobre o pedido, tem o postulante o mesmo direito subjetivo de exigir, na via judicial, que o juiz determine à autoridade omissa expressa manifestação sobre o que foi requerido na via administrativa. Note-se que a pretensão do interessado na ação não consiste na prolação de sentença que ordene ao agente omisso o *atendimento do pedido administrativo*, fato que refletiria a substituição da vontade do administrador pela do juiz e que, por isso mesmo, seria incabível. A pretensão – isto sim – é a de ser o

administrador omisso condenado ao cumprimento de obrigação de fazer, vale dizer, ser condenado à *prática do ato administrativo em si*, independentemente do conteúdo que nele venha a ser veiculado. Cessada a omissão pela prática do ato, poderá então o interessado verificar se nele estão presentes os requisitos de sua validade.[298]

Por via de consequência, vale a pena anotar que a impugnação ao silêncio administrativo (omissões administrativas) não se confunde com a dirigida à invalidade de atos. Por isso é que são duas as etapas a serem percorridas pelo interessado: na primeira, busca obter decisão que obrigue à manifestação do agente omisso (decisão mandamental); na segunda é que, sanada a omissão, o interessado postula a anulação do ato, se entender que está contaminado de vício de legalidade (decisão constitutiva). No que toca, porém, às *omissões genéricas* da Administração, tornar-se-á imperioso verificar a ocorrência relacionada à *reserva do possível*, como já tivemos a oportunidade de assinalar anteriormente: caso administrativamente impossível a consecução de determinado objetivo, estará despida de amparo a pretensão no sentido de implementá-la, já que não se considera ilícito tal tipo de omissão.[299]

A Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que, regulamentou o art. 103-A da CF, alude à omissão administrativa, estabelecendo que se tal situação contrariar enunciado de *súmula vinculante*, negar-lhe vigência ou espelhar aplicação indevida de seu conteúdo, dará ensejo à propositura, perante o STF, de *reclamação* com vistas ao desfazimento dessa postura omissiva (art. 7º, §§ 1º e 2º). A medida vale tanto para omissões como para atos, reclamando, todavia, o esgotamento da via administrativa. A lei, porém, indica que o acolhimento da reclamação provoca a *anulação* do ato administrativo, mas silencia sobre o efeito a ser produzido quando se trata de omissão. Como não há propriamente anulação de conduta omissiva, nem pode o Judiciário suprir-lhe a ausência em virtude do princípio da separação de funções, o STF, no caso de procedência da reclamação, só poderá *determinar ao administrador* o cumprimento de atuação comissiva (*facere*), proferindo, destarte, decisão de caráter mandamental (ou condenatório determinativo, como preferem alguns processualistas).

Por último, não custa destacar que, dependendo da natureza do silêncio ou omissão administrativa, poderão ser adotadas medidas que rendam ensejo à responsabilização administrativa, civil e penal do administrador omisso.

III. Elementos

Reina grande controvérsia sobre a nomenclatura a ser adotada em relação aos aspectos do ato que, se ausentes, provocam a sua invalidação. Alguns autores empregam o termo *"elementos"*,[300] ao passo que outros preferem a expressão *"requisitos de validade"*.[301] Na verdade, nem aquele termo nem esta expressão nos parecem satisfatórios. "*Elemento"* significa algo que integra uma determinada estrutura, ou seja, faz parte do "ser" e se apresenta como pressuposto de existência. "*Requisito de validade"*, ao revés, anuncia a exigência de pressupostos de validade, o que só ocorre depois de verificada a existência. Ocorre que, entre os cinco clássicos pressupostos de validade do ato administrativo, alguns se qualificam como elementos (v.g., a forma), ao passo que outros têm a natureza efetiva de requisitos de validade (v.g., a competência). Adotamos o termo "*elementos*", mas deixamos consignada a ressalva acima quanto à denominação e à efetiva natureza dos componentes do ato.

Independentemente da terminologia, contudo, o que se quer consignar é que tais elementos constituem os pressupostos necessários para a validade dos atos administrativos. Significa dizer que, praticado o ato sem a observância de qualquer desses pressupostos (e basta a inobservância de somente um deles), estará ele contaminado de vício de legalidade, fato que o deixará, como regra, sujeito à anulação.

Não há também unanimidade entre os estudiosos quanto aos elementos do ato administrativo, identificados que são por diversos critérios. Preferimos, entretanto, por questão didática, repetir os elementos mencionados pelo direito positivo na lei que regula a ação popular (Lei nº 4.717, de 29/6/1965, art. 2º), cuja ausência provoca a invalidação do ato. Abstraindo-nos, embora, de fazer análise mais profunda sobre tais aspectos (porque refugiria ao objetivo deste trabalho), o certo é que o legislador não somente definiu os elementos, como ainda lhes desenhou as linhas mais marcantes de sua configuração (art. 2º, parágrafo único).

1. Competência

1.1. Sentido

Competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes

exercer legitimamente sua atividade. Na verdade, poder-se-ia qualificar esse tipo de competência como *administrativa*, para colocá-la em plano diverso das competências legislativa e jurisdicional. O instituto da competência funda-se na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os vários agentes do Estado, e é por esse motivo que o instituto é estudado dentro dos três Poderes de Estado, incumbidos, como se sabe, do exercício daquelas funções.

O elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da *capacidade* no direito privado. Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um *plus* em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade *dentro da esfera que a lei traçou*. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente.[302]

1.2. Fonte

Sendo o Estado integrado por grande quantidade de agentes, e estando a seu cargo um número incontável de funções, não é difícil concluir que a competência tem que decorrer de norma expressa. Enquanto no direito privado a presunção milita em favor da capacidade, no direito público a regra se inverte: não há presunção de competência administrativa; esta há de originar-se de texto expresso.

Sendo a função administrativa subjacente à lei, é nesta que se encontra, de regra, a fonte da competência administrativa. Consoante o ensinamento de todos quantos se dedicaram ao estudo do tema, a lei é a fonte normal da competência. É nela que se encontram os limites e a dimensão das atribuições cometidas a pessoas administrativas, órgãos e agentes públicos.

Mas a lei não é a fonte exclusiva da competência administrativa. Para órgãos e agentes de elevada hierarquia, ou de finalidades específicas, pode a fonte da competência situar-se na própria Constituição.[303]

Em relação a órgãos de menor hierarquia, pode a competência derivar de normas expressas de atos administrativos de organização. Nesse caso, serão tais

atos editados por órgãos cuja competência decorre de lei. Em outras palavras, a competência *primária* do órgão provém da lei, e a competência dos segmentos internos dele, de natureza *secundária,* pode receber definição através dos atos de organização.[304]

Pode firmar-se, assim, a conclusão de que a competência administrativa há de se originar de *texto expresso* contido na Constituição, na lei (neste caso, a regra geral) e em normas administrativas, como, aliás, bem sintetiza CASSAGNE.[305]

1.3. Características

Por ser instituto de direito público, que mantém estreita relação com o princípio da garantia dos indivíduos no Estado de Direito, a competência não recebe a incidência de figuras normalmente aceitas no campo do direito privado.

Por isso, duas são as características de que se reveste. A primeira é a *inderrogabilidade*: a competência de um órgão não se transfere a outro por acordo entre as partes, ou por assentimento do agente da Administração. Fixada em norma expressa, deve a competência ser rigidamente observada por todos.

A segunda é a *improrrogabilidade*: a incompetência não se transmuda em competência, ou seja, se um órgão não tem competência para certa função, não poderá vir a tê-la supervenientemente, a menos que a antiga norma definidora seja alterada.[306]

1.4. Critérios Definidores da Competência

A norma que define a competência recebe o influxo de diversos fatores: são os critérios definidores da competência. Tais critérios constituem fatores necessários à consecução do fim último do instituto – a organização e a distribuição de tarefas.

A definição da competência, assim, decorre dos critérios em razão da *matéria,* da *hierarquia,* do *lugar* e do *tempo*.

O critério relativo à *matéria* envolve a especificidade da função para sua melhor execução. Esse é o critério que preside à criação de diversos Ministérios e Secretarias Estaduais ou Municipais. Em relação à *hierarquia*, o critério encerra a atribuição de funções mais complexas ou de maior responsabilidade aos agentes situados em plano hierárquico mais elevado.

O critério de *lugar* inspira-se na necessidade de descentralização territorial das

atividades administrativas. É o que sucede com as circunscrições territoriais de certos órgãos, como as delegacias regionais de algum órgão federal. Por fim, pode a norma conferir a certo órgão competência por período determinado. É o critério em razão do *tempo*, adotado, por exemplo, em ocasiões de calamidade pública.[307]

1.5. Delegação e Avocação

Em algumas circunstâncias, pode a norma autorizar que um agente transfira a outro, normalmente de plano hierárquico inferior, funções que originariamente lhe são atribuídas. É o fenômeno da *delegação de competência*. Para que ocorra é mister que haja norma expressa autorizadora, normalmente de lei. Na esfera federal, dispõe o art. 12 do Decreto-lei nº 200, de 25/2/1967 (o estatuto da reforma administrativa federal), que é possível a prática da delegação de competência, mas seu parágrafo único ressalva que *"o ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação"*.

A lei pode, por outro lado, impedir que algumas funções sejam objeto de delegação. São as funções indelegáveis, que, se transferidas, acarretam a invalidade não só do ato de transferência, como dos praticados em virtude da indevida delegação. É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo na Administração Federal, pela qual é vedada a delegação quando se trata de atos de caráter normativo, de decisão de recurso administrativo ou quando as matérias são da competência exclusiva do órgão ou da autoridade.[308]

Observe-se, todavia, que o ato de delegação não retira a competência da autoridade delegante, que continua competente cumulativamente com a autoridade delegada, conforme bem assinala MARCELO CAETANO.[309]

Se a autoridade hierarquicamente superior atrair para sua esfera decisória a prática de ato da competência natural de agente com menor hierarquia, dar-se-á o fenômeno inverso, ou seja, a *avocação*, sem dúvida um meio de evitar decisões concorrentes e eventualmente contraditórias.[310]

A Constituição Federal, no art. 84, depois de enumerar os poderes do Presidente da República, admite, no parágrafo único, a delegação aos Ministros de Estado de algumas das funções originariamente atribuídas à mais alta autoridade do país. O fato, por conseguinte, significa que a competência para as demais funções se

configura como indelegável.

Há outros exemplos de modificação de competência. A Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), inserindo o inciso XIV no art. 93, da CF, passou a admitir que servidores do Judiciário recebam *delegação* para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório. Estes, aliás, embora praticados dentro do processo, representam meros atos processuais de administração, razão por que o Constituinte resolveu admitir a delegação com o objetivo de proporcionar maior celeridade dos feitos, retirando do juiz o compromisso de praticar atos de menor relevância e evitando grande perda de tempo nessa função.

O art. 103-B, § 4º, III, da Constituição, também introduzido pela E.C. 45/2004, admite expressamente a possibilidade de *avocação*, pelo Conselho Nacional de Justiça, de processos disciplinares em curso, instaurados contra membros ou órgãos do Poder Judiciário. São exemplos de modificações de competência, como se pode verificar.

Para evitar distorção no sistema regular dos atos administrativos, é preciso não perder de vista que tanto a delegação como a avocação devem ser consideradas como figuras excepcionais, só justificáveis ante os pressupostos que a lei estabelecer. Na verdade, é inegável reconhecer que ambas subtraem de agentes administrativos funções normais que lhes foram atribuídas. Por esse motivo, é inválida qualquer delegação ou avocação que, de alguma forma ou por via oblíqua, objetive a supressão das atribuições do círculo de competência dos administradores públicos.[311]

2. Objeto

2.1. Sentido

Objeto, também denominado por alguns autores de *conteúdo,* é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. Significa, como informa o próprio termo, o objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato, a proposta, enfim, do agente que manifestou a vontade com vistas a determinado alvo.[312]

Pode o objeto do ato administrativo consistir na aquisição, no resguardo, na transferência, na modificação, na extinção ou na declaração de direitos, conforme o

fim a que a vontade se preordenar. Por exemplo: uma licença para construção tem por objeto permitir que o interessado possa edificar de forma legítima; o objeto de uma multa é punir o transgressor de norma administrativa; na nomeação, o objeto é admitir o indivíduo no serviço público etc.

2.2. Requisitos de Validade

Para que o ato administrativo seja válido, seu objeto deve ser *lícito*. A *licitude* é, pois, o requisito fundamental de validade do objeto, exigível, como é natural, também para o ato jurídico.[313] O novo Código Civil foi mais preciso no que toca a tais requisitos de validade, exigindo que, além de lícito e possível, o objeto deve ser também *determinado* ou *determinável* (art. 104, II).

Além de lícito, deve o objeto ser *possível,* ou seja, suscetível de ser realizado. Esse é o requisito da *possibilidade*. Mas, como oportunamente adverte CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "a impossibilidade há de ser *absoluta,* que se define quando a prestação for irrealizável por qualquer pessoa, ou insuscetível de determinação".[314]

2.3. Discricionariedade e Vinculação

A vontade do agente, exteriorizada pelo ato administrativo, tem que reproduzir, às vezes, a própria vontade do legislador. Em outras situações, é a lei que permite ao agente que faça o delineamento do que pretende com sua manifestação de vontade.

Quando se trata de atividade vinculada, o autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu. Aqui, pode dizer-se que se trata de *objeto vinculado*. Como exemplo, temos a licença para exercer profissão: se o interessado preenche todos os requisitos legais para a obtenção de licença para exercer determinada profissão *em todo o território nacional*, esse é o objeto do ato; desse modo, não pode o agente, ao concedê-la, restringir o âmbito do exercício da profissão, porque tal se põe em contrariedade com a própria lei.

Em outras hipóteses, todavia, é permitido ao agente traçar as linhas que limitam o contéudo de seu ato, mediante a avaliação dos elementos que constituem critérios administrativos. Nesse caso estaremos diante de *objeto discricionário*, e, na correta observação de SAYAGUÉS LASO, constitui a parte variável do ato, sendo

possível, desse modo, a fixação de termos, condições e modos.[315] Cite-se, como exemplo, a autorização para funcionamento de um circo em praça pública: pode o ato fixar o limite máximo de horário em certas circunstâncias, ainda que o interessado tenha formulado pedido de funcionamento em horário além do que o ato veio a permitir; uma outra autorização para o mesmo fim, por outro lado, pode tornar o horário mais elástico, se as circunstâncias forem diversas e não impeditivas. São essas circunstâncias que o agente toma em consideração para delimitar a extensão do objeto.

3. Forma

3.1. Sentido

A forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade. A vontade, tomada de modo isolado, reside na mente como elemento de caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma. Por isso mesmo é que a forma é elemento que integra a própria formação do ato. Sem sua presença, o ato (diga-se qualquer ato que vise a produção de efeitos) sequer completa o ciclo de existência.

3.2. Requisito de Validade

A forma, como concepção material, não se identifica com a forma na concepção jurídica.[316] De fato, uma coisa é o ato ter forma, e outra, diversa, é o ato ter forma *válida*.

Por isso, para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei a estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação.[317]

O aspecto relativo à forma válida tem estreita conexão com os *procedimentos administrativos*. Constantemente, a lei impõe que certos atos sejam precedidos de uma série formal de atividades (é o caso da licitação, por exemplo). O ato administrativo é o ponto em que culmina a sequência de atos prévios. Por ter essa natureza, estará sua validade comprometida se não for observado todo o

procedimento, todo o *iter* que a lei contemplou, observância essa, aliás, que decorre do princípio do devido processo legal, consagrado em todo sistema jurídico moderno.

3.3. Princípio da Solenidade

Diversamente do que se passa no direito privado, onde vigora o princípio da liberdade das formas, no direito público a regra é a solenidade das formas.[318] E não é difícil identificar a razão da diversidade de postulados. No direito privado prevalece o interesse privado, a vontade dos interessados, ao passo que no direito público toda a atividade deve estar voltada para o interesse público.[319]

Dois são os aspectos que merecem análise no que diz respeito ao princípio da solenidade no direito público.

O primeiro descansa na regra geral que deve nortear a exteriorização dos atos. Deve o ato ser *escrito*, registrado (ou arquivado) e publicado. Não obstante, admite-se que em situações singulares possa a vontade administrativa manifestar-se através de outros meios, como é o caso de *gestos* (de guardas de trânsito, *v.g.*), *palavras* (atos de polícia de segurança pública) ou *sinais* (semáforos ou placas de trânsito). Esses meios, porém, é importante que se frise, são excepcionais e atendem a situações especiais.

O outro aspecto a se considerar é o que concerne ao *silêncio* como manifestação de vontade, matéria que tem desafiado a argúcia dos estudiosos. Sobre o tema, já tecemos os comentários pertinentes no tópico relativo ao conceito de atos administrativos – tópico para o qual remetemos o leitor.[320]

O grande defeito que incide sobre a forma do ato administrativo é a afronta à especificidade que a lei impõe para a exteriorização da vontade administrativa. Se a lei estabelece determinada forma como revestimento do ato, não pode o administrador deixar de observá-la, pena de invalidação por vício de legalidade.

Não obstante, é preciso reconhecer que a análise da adequação da forma à lei exige carga de comedimento e razoabilidade por parte do intérprete. Em consequência, haverá hipóteses em que o vício de forma constitui, em última instância, mera irregularidade sanável, sem afetar a órbita jurídica de quem quer que seja; em tais casos não precisará haver anulação, mas simples correção, o que se pode formalizar pelo instituto da convalidação do ato. Se o ato foi formalizado por

"portaria", ao invés de sê-lo por "ordem de serviço", como exigia a lei, seria rematado exagero anular o ato, pois que o erro de denominação não interferiu no conteúdo legítimo do ato.[321]

Em outras hipóteses, porém, o vício na forma é insanável, porque afeta o ato em seu próprio conteúdo. É o caso, por exemplo, de resolução que declare determinado imóvel como de utilidade pública para fins de desapropriação. Como a lei exige o decreto do Chefe do Executivo para tal fim (art. 6º, Decr.-lei nº 3.365/41), aquele ato tem vício insanável e, por isso, torna-se passível de anulação.

Embora se distinga *forma* e *procedimento*, no sentido de que aquela indica apenas a exteriorização da vontade e este uma sequência ordenada de atos e atividades, costuma-se caracterizar os defeitos em ambos como vícios de forma.[322] É o caso, por exemplo, de portaria de demissão de servidor estável, sem a observância do processo administrativo prévio (art. 41, § 1º, II, CF). Ou ainda do ato permissivo de contratação direta de empresa para realizar obra pública em hipótese na qual a lei exija o procedimento licitatório.

4. Motivo

4.1. Sentido

Toda vontade emitida por agente da Administração resulta da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos. Significa que é inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela extroversão da vontade.

Pode-se, pois, conceituar o motivo como a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo.

4.2. Discricionariedade e Vinculação

Tendo em conta o tipo de situação por força da qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em *motivo de direito* e *motivo de fato*. Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal.

Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da

lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção de *ato vinculado* por haver estrita vinculação do agente à lei.

Diversa é a hipótese quando a lei não delineia a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de *ato discricionário.*

Observa-se, ante tal demarcação, que um dos pontos que marcam a distinção entre a vinculação e a discricionariedade reside no motivo do ato.

4.3. Motivo e Motivação

A despeito da divergência que grassa entre alguns autores a propósito dos conceitos de motivo e motivação, tem-se firmado a orientação que os distingue e pela qual são eles configurados como institutos autônomos.

Motivo, como vimos, é a situação de fato (alguns denominam de "circunstâncias de fato") por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação, como bem sintetiza CRETELLA JR., *"é a justificativa do pronunciamento tomado"*,[323] o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade. [324]

Trava-se grande discussão a respeito da obrigatoriedade ou não da motivação nos atos administrativos. Alguns estudiosos entendem que é obrigatória; outros, que a obrigatoriedade se circunscreve apenas aos atos vinculados.[325] Pensamos, todavia, diferentemente. Como a lei já predetermina todos os elementos do ato vinculado, o exame de legalidade consistirá apenas no confronto do motivo do ato com o motivo legal. Nos atos discricionários, ao revés, sempre poderá haver algum subjetivismo e, desse modo, mais necessária é a motivação nesses atos para, em nome da transparência, permitir-se a sindicabilidade da congruência entre sua

justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa.[326] Registre-se, ainda, que autorizada doutrina considera indispensável a motivação também nos atos vinculados.[327]

O que temos notado em diversos doutrinadores e decisões judiciais é que não tem havido uma análise mais precisa e técnica a respeito do tema. Além do mais, frequentemente se tem confundido motivo e motivação, fazendo-se menção a esta quando, na realidade, se quer aludir àquele. A confusão, a nosso ver, se afigura injustificável: a Lei nº 4.717/65, que relaciona os requisitos do ato administrativo, menciona *"motivos"* (art. 2º, "d" e parág. único, "d"). Os termos são verdadeiramente sinônimos, e isso já é causa de confusão; mas na expressão legal consta o termo "*motivos*" e, por isso, a ele devemos recorrer quando estivermos tratando dos elementos impulsionadores da vontade administrativa.

Já vimos ser afirmado que o ato é inválido porque deveria ter motivação e que, apesar disso, não se teria encontrado a justificativa. Ora, a motivação não significa a falta de justificativa, mas a falta desta *dentro do texto do ato.* A simples falta de justificativa ofenderia a legalidade *por falta do motivo*, o que é coisa diversa, até porque o motivo pode ser encontrado fora do ato (como, por exemplo, quando a justificativa está dentro de processo administrativo). Entendemos mesmo que, por amor à precisão e para evitar tanta controvérsia, deveria ser abandonada a distinção, de caráter meramente formal, para considerar-se como indispensável a *justificativa* do ato, seja qual for a denominação que se empregue.

Quanto ao motivo, dúvida não subsiste de que é realmente obrigatório. Sem ele, o ato é írrito e nulo. Inconcebível é aceitar-se o ato administrativo sem que se tenha delineado determinada situação de fato.

No que se refere à motivação, porém, temos para nós, com o respeito que nos merecem as respeitáveis opiniões dissonantes, que, como regra, a obrigatoriedade inexiste.

Fundamo-nos em que a Constituição Federal não incluiu (e nem seria lógico incluir, segundo nos parece) qualquer princípio pelo qual se pudesse vislumbrar tal *intentio;* e o Constituinte, que pela primeira vez assentou regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, tinha tudo para fazê-lo, de modo que, se não o fez, é porque não quis erigir como princípio a obrigatoriedade de motivação. Entendemos que, para concluir-se pela obrigatoriedade, haveria de estar ela

expressa em mandamento constitucional, o que, na verdade, não ocorre. Ressalvamos, entretanto, que também não existe norma que vede ao legislador expressar a obrigatoriedade. Assim, *só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido.*[328]

Decorre daí que, sem a expressa menção na norma legal, não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente indicado suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado. Exemplo esclarecedor, no que toca à previsão legal da motivação, foi dado pela recente Lei nº 9.784, de 29/1/1999, reguladora do processo administrativo na esfera federal. Segundo o art. 50 dessa lei, exigem motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos, vários tipos de atos administrativos, como os que negam, limitam ou afetam direitos ou interesses; impõem ou agravam deveres, encargos ou sanções; decidem processos administrativos de concurso ou seleção pública; decidem recursos administrativos etc. Ora, ao indicar os atos a serem expressamente motivados, o legislador considerou, implicitamente, que outros atos prescindem da motivação.[329] Conclui-se do sistema da lei que, se os atos nela mencionados estiverem sem fundamentação, serão inválidos, mas o serão por indevida contrariedade à determinação legal; de outro lado, os que lá não constam não poderão ser tidos por inválidos pelo só fato da ausência da fundamentação expressa. Poderão sê-lo por outras razões, mas não por essa. Só isso demonstra que não se pode mesmo considerar a motivação como indiscriminadamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração.

Invocam alguns, em prol da tese da obrigatoriedade, o art. 93, X, da Constituição Federal, segundo o qual *"as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros"* (redação da E.C. 45/2004). Entendemos, com a devida vênia, que tal fundamento não procede. E por mais de uma razão. Em primeiro lugar, muitas dúvidas pairam sobre a interpretação da expressão *"decisões administrativas"*. Na verdade, tanto pode entender-se que se trata de sinônimo de *"atos administrativos"*, como se pode interpretar no sentido de que se cuida de atos administrativos *decisórios,* proferidos em processos administrativos em que haja conflito de interesses. Esta última, aliás, parece ser a melhor interpretação. Sendo assim, a

obrigatoriedade somente alcançaria esse tipo de atos decisórios, mas não aqueles outros, da rotina administrativa, que não tivessem essa fisionomia.

Há, ainda, outro aspecto. O termo *"motivadas"*, constante do texto constitucional, também pode admitir mais de um sentido, ou seja, tanto pode significar que as decisões administrativas devam ter motivação, como pode indicar que devam ter motivo. Se este último for o sentido, nenhuma novidade terá o Constituinte acrescentado à clássica doutrina, que considera o motivo como elemento, ou, para outros, requisito de validade dos atos administrativos.

Por fim, é importante destacar que o art. 93, X, se situa no Capítulo constitucional destinado ao Poder Judiciário. Assim, mesmo que se entenda que o texto exige de fato a motivação, a exigência envolveria apenas os atos do Poder Judiciário, sem alcançar, por conseguinte, os praticados no âmbito do Poder Executivo.

Insistimos em afirmação que já fizemos: não consideramos de relevo distinguir entre atos vinculados ou discricionários. Parece-nos, até mesmo, que se alguma dessas categorias pode dispensar a motivação, seria ela exatamente a dos atos vinculados, porque nestes a situação de fato já tem descrição na norma, de modo que a validade ou não do ato decorreria de mero confronto entre este e aquela. O mesmo não se passaria com os atos discricionários. Tendo o agente nesta hipótese a liberdade de eleger a situação fática geradora de sua vontade, maior segurança se proporcionaria aos administrados se fosse ela descrita expressamente no ato. Entretanto, mesmo aqui, inexistindo norma constitucional expressa, não se pode extrair a interpretação no sentido da obrigatoriedade.[330]

Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que o administrador, sempre que possa, deve mesmo expressar as situações de fato que impeliram a emissão da vontade, e a razão não é difícil de conceber: quanto mais transparente o ato da Administração, maiores as possibilidades de seu controle pelos administrados. Não obstante, se essa conduta é aconselhável, e se os administradores devem segui-la, não se pode ir ao extremo de tê-la por obrigatória.

Na verdade, há inúmeros atos oriundos da prática administrativa, que, embora tenham motivo, não têm motivação. Sirvam como exemplo atos que denegam pedidos de autorização ou de permissão (que geram atuação discricionária), ou os atos funcionais, como nomeação, exoneração de cargos em comissão etc. No bojo

do ato não constam as razões do Administrador, mas no processo administrativo estarão presentes na condição de *motivo*. Daí ser possível distinguir duas formas de exteriorização do motivo: uma delas referida no próprio ato, como é o caso de atos que contêm inicialmente as justificativas iniciadas por "*considerando*" *(motivo contextual);* outra forma é a que se aloja fora do ato (*motivo aliunde* ou *per relationem*), como é a hipótese de justificativas constantes de processos administrativos ou mesmo em pareceres prévios que serviram de base para o ato decisório.[331]

Por outro lado, não é lícito ao administrador adotar, à guisa de motivo do ato, fundamentos genéricos e indefinidos, como, por exemplo, *"interesse público"*, *"critério administrativo"*, e outros do gênero. Semelhantes justificativas demonstram usualmente o intuito de escamotear as verdadeiras razões do ato, com o objetivo de eximi-lo do controle de legalidade pela Administração ou pela via judicial. A dissimulação dos fundamentos não é o mesmo que praticar o ato por razões de conveniência e oportunidade, fatores próprios dos atos discricionários. Em casos como aquele, portanto, o ato sujeita-se à invalidação por vício no motivo, restaurando-se, em consequência, a legalidade ofendida pela manifestação volitiva do administrador. A jurisprudência, acertadamente, tem endossado essa providência.[332]

É interessante, por fim, averbar que, quando a motivação do ato for obrigatória, porque assim o impõe a lei, o vício nele existente pode situar-se no elemento *forma*, desde que haja descompasso entre o que a lei exige e o que consta do ato. Nesse sentido, aliás, a correta lição de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA.[333]

4.4. Teoria dos Motivos Determinantes

Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.[334]

Acertada, pois, a lição segundo a qual *"tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade"*.

[335]

A aplicação mais importante desse princípio incide sobre os discricionários, exatamente aqueles em que se permite ao agente maior liberdade de aferição da conduta. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada. Se o interessado comprovar que inexiste a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade.

Veja-se um exemplo: se um servidor requer suas férias para determinado mês, pode o chefe da repartição indeferi-las sem deixar expresso no ato o motivo; se, todavia, indefere o pedido sob a alegação de que há falta de pessoal na repartição, e o interessado prova que, ao contrário, há excesso, o ato estará viciado no motivo. Vale dizer: terá havido incompatibilidade entre o motivo expresso no ato e a realidade fática; esta não se coaduna com o motivo determinante.

4.5. Congruência entre o Motivo e o Resultado do Ato

Sendo um elemento calcado em situação anterior à prática do ato, o motivo deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se, desse modo, uma *relação de congruência* entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro. Nas corretas palavras de MARCELO CAETANO, *"os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão"*.[336]

Encontra-se a exigência dessa compatibilidade na própria lei. A Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, depois de considerar nulos os atos que tenham o vício da inexistência de motivos (art. 2º, "d"), procura definir o que significa tal distorção: *"a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido"* (art. 2º, parágrafo único, "d").

Uma análise acurada da definição legal conduz à conclusão de que o legislador agrupou sob a mesma figura hipóteses diversas. A inexistência dos motivos é o que a lei aponta quando a matéria de fato ou de direito é *materialmente inexistente*. A outra hipótese ali contemplada como sendo vício no motivo não é a de inexistência de motivo, mas sim a da *falta de congruência* entre o motivo (este existente) e o resultado

do ato, consistente este no objeto e na finalidade.[337]

Em síntese, temos que não só a inexistência em si do motivo contamina o ato, como também o faz a incongruência entre o motivo e o resultado do ato. Alguns autores dão a denominação de *causa* à referida incongruência, indicando o mesmo fenômeno, ou seja, a necessidade de haver compatibilidade lógica entre o motivo e o conteúdo do ato.[338] Permitimo-nos, todavia, não usar o termo, porque, além de ter significados diversos e ser despido de precisão jurídica, suscita dúvidas e enseja confusão com o elemento *motivo*, do qual pode ser perfeito sinônimo. Afinal, o motivo do ato não deixa de ser a causa que inspirou sua prática. Melhor, então, analisar o fenômeno como um *fato* que conduz à invalidação do ato, e isso porque, havendo a incongruência, ou o motivo ou o objeto, ou ambos, estarão inquinados de vício de legalidade.

Um exemplo para esclarecer: a Administração revoga várias autorizações de porte de arma, invocando como motivo o fato de um dos autorizados ter se envolvido em brigas. Em relação aos demais, que não tiveram esse envolvimento, o motivo não guarda compatibilidade lógica com o resultado do ato, qual seja, a revogação da autorização. Desse modo, a revogação só é válida em relação àquele que perpetrou a situação fática geradora do resultado do ato.

A congruência entre as razões do ato e o objetivo a que se destina é tema que tem intrínseca aproximação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, se entre as razões e o objeto houver desajuste lógico, o ato estará inquinado de vício de legalidade e terá vulnerado os aludidos princípios. Em ambos se exige que a conduta do administrador não refuja aos parâmetros lógicos adotados pelas pessoas em geral, nem que tenha como fundamentos dados desproporcionais ao fim colimado pela norma que dá suporte à conduta.[339]

5. Finalidade

5.1. Sentido

Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao *interesse público*. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função.

Já vimos anteriormente que o desrespeito ao interesse público constitui abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade. Não se pode esquecer também que conduta desse tipo ofende os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, porque, no primeiro caso, enseja tratamento diferenciado a administrados na mesma situação jurídica, e, no segundo, porque relega os preceitos éticos que devem nortear a Administração. Tais princípios estão expressos no art. 37, *caput,* da Constituição Federal.

Exemplo de desvio de finalidade é aquele em que o Estado desapropria um imóvel de propriedade de desafeto do Chefe do Executivo com o fim predeterminado de prejudicá-lo. Ou aquele em que se concedem vantagens apenas a servidores apaniguados. O agente, nesse caso, afasta-se do objetivo que deve guiar a atividade administrativa, vale dizer, o interesse público.

Os autores modernos mostram a existência de um elo indissociável entre a finalidade e a competência, seja vinculado ou discricionário o ato. A finalidade, retratada pelo interesse público da conduta administrativa, não poderia refugir ao âmbito da competência que a lei outorgou ao agente. Em outras palavras, significa que, quando a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade a ser perseguida pelo agente. Daí a acertada observação de que *"ocorre o desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimenta-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontra vinculada,* ex vi *da regra de competência".*[340]

Segundo alguns especialistas, o *desvio de finalidade* seria um vício objetivo, consistindo no distanciamento entre o exercício da competência e a finalidade legal, e, por tal razão, irrelevante se revelaria a intenção do agente.[341] Não endossamos esse pensamento. Na verdade, o fato em si de estar a conduta apartada do fim legal não retrata necessariamente o desvio de finalidade, vez que até por erro ou ineficiência pode o agente cometer ilegalidade. O desvio pressupõe o *animus*, vale dizer, a intenção deliberada de ofender o objetivo de interesse público que lhe deve nortear o comportamento. Sem esse elemento subjetivo, haverá ilegalidade, mas não propriamente desvio de finalidade.

5.2. Finalidade e Objeto

Ambos estampam os aspectos teleológicos do ato e podem ser considerados como vetores do *resultado* do ato. Mas o objeto representa o *fim imediato,* ou seja, o

resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa. A finalidade, ao contrário, reflete o fim mediato, vale dizer, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir.

Em razão disso, o objeto é variável conforme o resultado prático buscado pelo agente da Administração, ao passo que a finalidade é *invariável* para qualquer espécie de ato: será sempre o interesse público. Vejamos um exemplo: numa autorização para estacionamento, o objeto é o de consentir que alguém estacione seu veículo; numa licença de construção, o objeto é consentir que alguém edifique; numa admissão, o objeto é autorizar alguém a ingressar em estabelecimento público. Variável é, pois, o objeto conforme a *espécie* do ato. Entretanto, a finalidade é invariável por ser comum a todos eles: o *interesse público*.

IV. Características

Os atos administrativos emanam de agentes dotados de parcela do Poder Público. Basta essa razão para que precisem estar revestidos de certas características que os tornem distintos dos atos privados em geral. Há aqui uma ou outra divergência quanto a tais características, mas estudaremos aqueles que traduzem a singularidade do ato administrativo, na opinião da maior parte dos autores.

1. Imperatividade

Imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência (ainda que o objetivo a ser por ele alcançado contrarie interesses privados), na verdade, o único alvo da Administração Pública é o interesse público.

Com efeito, absurdo seria que a Administração ficasse, a cada passo de sua atividade, à mercê do interesse individual, permitindo que o interesse coletivo pudesse estar a ele subordinado. O princípio da supremacia do interesse público, como já tivemos oportunidade de examinar, justifica a coercibilidade dos atos administrativos.

Decorre da imperatividade o poder que tem a Administração de exigir o cumprimento do ato. Não pode, portanto, o administrado recusar-se a cumprir ordem contida em ato administrativo quando emanada em conformidade com a lei. A exigibilidade, assim, deflui da própria peculiaridade de ser o ato imperativo.[342]

Há, é verdade, certos atos em que está ausente o cunho coercitivo. É o caso dos atos de consentimento (permissões, autorizações), em que ao lado do interesse público de todo ato há também o interesse privado. Entretanto, ainda neles se pode descobrir um resquício de imperatividade, ao menos no que toca à obrigação do beneficiário de se conduzir exatamente dentro dos limites que lhe foram traçados.

2. Presunção de Legitimidade

Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ.[343] Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado.

Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípuo, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei.

É certo que não se trata de presunção absoluta e intocável. A hipótese é de presunção *iuris tantum* (ou relativa), sabido que pode ceder à prova em contrário, no sentido de que o ato não se conformou às regras que lhe traçavam as linhas, como se supunha.[344]

Efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que, como veremos adiante, admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo.[345]

3. Autoexecutoriedade

Das mais relevantes é a característica da autoexecutoriedade. Significa ela que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu

objeto imediatamente alcançado. Como bem anota VEDEL, tem ele idoneidade de por si criar direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem em sua órbita de incidência.[346]

No direito privado, são raras as hipóteses em que se permite ao particular executar suas próprias decisões.[347] No direito público, porém, é admitida a execução de ofício das decisões administrativas sem intervenção do Poder Judiciário, construção hoje consagrada entre os autores modernos e haurida do Direito francês.[348]

A autoexecutoriedade tem como fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário. Além do mais, nada justificaria tal submissão, uma vez que assim como o Judiciário tem a seu cargo uma das funções estatais – a função jurisdicional –, a Administração também tem a incumbência de exercer função estatal – a função administrativa.

Essa particularidade, aliás, é bem destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA, ao afirmar que esses extraordinários efeitos dos atos administrativos constituem verdadeiros títulos executivos, dispensando anuência dos tribunais. *"Não há necessidade, portanto, de recorrer aos Tribunais em busca de juízo declaratório para obter uma sentença favorável que sirva de título a uma posterior realização material de seus direitos"*. Aduz, por fim, o grande jurista que, desse ponto de vista, o ato administrativo vale como a própria sentença do juiz, ainda que seja sujeita a controle por este.[349]

A característica da autoexecutoriedade é frequentemente utilizada no exercício do poder de polícia. Exemplos conhecidos do uso dessa prerrogativa são os da destruição de bens impróprios ao consumo público e a demolição de obra que apresenta risco iminente de desabamento. Verificada a situação que provoca a execução do ato, a autoridade administrativa de pronto o executa, ficando, assim, resguardado o interesse público.

Em algumas hipóteses, o ato administrativo fica despido desse atributo, o que obriga a Administração a recorrer ao Judiciário. Cite-se, como exemplo, a cobrança de multa ou a desapropriação. Ambas as atividades impõem que a Administração ajuíze a respectiva ação judicial.

A vigente Constituição instituiu linhas mais restritivas à autoexecutoriedade dos atos da Administração. Conforme o disposto no art. 5º, LV, da Lei Maior, em

todo processo administrativo que tenha a presença de litigantes, ou aqueles de natureza acusatória, hão de ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a tais garantias. A regra, como é fácil notar, estabelece alguns limites ao princípio de executoriedade, impedindo uma atuação exclusiva do administrador. A restrição, no entanto, não suprime o princípio, até porque, sem ele, dificilmente poderia a Administração, em certos momentos, concluir seus projetos administrativos e alcançar os objetivos que colima.[350]

Em determinadas situações, a autoexecutoriedade pode provocar sérios gravames aos indivíduos, e isso porque algumas espécies de danos podem ser irreversíveis. Esse tipo de ameaça de lesão pode ser impedido pela adoção de mecanismos que formalizem a tutela preventiva ou cautelar, prevista, aliás, no art. 5º, XXXV, da CF. Dentre as formas cautelares de proteção, a mais procurada pelas pessoas é a *medida liminar,* contemplada em leis que regulam algumas ações específicas contra o Poder Público. Sendo deferida pelo juiz, o interessado logrará obter a suspensão da eficácia do ato administrativo, tenha sido iniciada ou não. O objetivo é exatamente o de impedir que a imediata execução do ato, isto é, a sua autoexecutoriedade, acarrete a existência de lesões irreparáveis ou de difícil reparação.[351] Trata-se, pois, de mecanismos que procuram neutralizar os efeitos próprios dessa especial prerrogativa dos atos administrativos.

V. Mérito Administrativo

1. Sentido

Vimos, ao estudar o poder discricionário da Administração, que em certos atos a lei permite ao agente proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática do ato. Esses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o *mérito administrativo.*

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato

ao interesse público.

2. Vinculação e Discricionariedade

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado.

O contrário se passa quanto aos atos discricionários. Nestes se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta. Como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra não pode ser a conclusão senão a de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários.[352] Referida valoração de conveniência e oportunidade é que reflete o que modernamente se denomina de *reserva do possível*, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

Já tivemos a oportunidade de assinalar que o administrador pode fazer valoração de conduta tanto na discricionariedade quanto na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, institutos que, apesar de terem alguns pontos comuns, apresentam fisionomia particular. Para não haver repetições inúteis, consulte-se o que dissemos anteriormente sobre tais aspectos.[353]

3. Controle do Mérito

A valoração de conduta que configura o mérito administrativo pode alterar-se, bastando para tanto imaginar a mudança dos fatores de conveniência e oportunidade sopesados pelo agente da Administração. Na verdade, o que foi conveniente e oportuno hoje para o agente praticar o ato pode não sê-lo amanhã. O tempo, como sabemos, provoca alteração das linhas que definem esses critérios.

Com tal natureza, vemos que o agente pode mudar sua concepção quanto à conveniência e oportunidade da conduta. Desse modo, é a ele que cabe exercer esse controle, de índole eminentemente administrativa. Como exemplo, o caso de uma

autorização para fechamento de rua com vistas à realização de uma festa junina. Pode a autorização ter sido dada pelo período de uma semana seguida, porque no momento de decidir o agente encontrou conveniência e oportunidade. Se, por acaso, se alterarem essas condições no meio do período, compete ao mesmo agente desfazer o ato e cancelar a autorização. Pertenceu-lhe, assim, o controle.

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, *"faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes"*.[354] E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei. No mesmo sentido, várias decisões de Tribunais, como se observará adiante no item relativo à jurisprudência (item XIV).[355]

O próprio Judiciário, faça-se justiça, tem observado o sistema pátrio e se expressado por meio da posição que reflete a melhor técnica sobre o tema. Assim, já se decidiu que *a conveniência e oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discricionário, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário.*[356] Em confirmação, assentou-se: *Abonar ou não as faltas havidas por aluno do Curso Especial de Formação de Oficiais insere-se no âmbito do mérito do ato administrativo, que não é passível de crítica pelo Judiciário, cuja missão é verificar a conformação do ato com a lei escrita*.[357] Essa é realmente a correta visão jurídica, de modo que não encontram ressonância aquelas vozes que, por seu radicalismo e desvio de perspectiva, insinuam admitir a invasão do mérito administrativo pelo juiz.

O STJ deixou a questão em termos claros, assentando que *é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado*.[358]

O Supremo Tribunal Federal corrobora essa posição e, em hipótese na qual se discutia expulsão de estrangeiro, disse a Corte que se trata de ato discricionário de defesa do Estado, sendo de competência do Presidente da República, *a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida*, e que *ao Judiciário compete tão-*

somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial.[359]

Referidas decisões são dignas de aplausos por demonstrarem, com exatidão, o perfil relativo ao controle do mérito administrativo e retratam como a questão merece ser realmente enfocada.[360]

É claro que, a pretexto de exercer a discricionariedade, pode a Administração disfarçar a ilegalidade com o manto de legitimidade do ato, o que não raro acontece. Tal hipótese, entretanto, sempre poderá ser analisada no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato. Concluindo-se ausentes tais elementos, ofendidos estarão os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação do ato. Tais princípios, como já tivemos a oportunidade de consignar, refletem poderosos e modernos instrumentos para enfrentar as condutas eivadas de abuso de poder, principalmente aquelas dissimuladas sob a capa de legalidade.[361]

VI. Formação e Efeitos

1. Perfeição

A formação do ato administrativo representa um processo que vai definindo os elementos que o compõem. Esse processo pode ser mais ou menos longo, e nele pode ou não intervir a vontade do administrado.[362] O certo é que a perfeição do ato somente vai suceder quando se encerrar esse ciclo de formação. Ressalve-se que *perfeição* não significa aqui o que não tem vícios; seu sentido é o de "consumação", "conclusão".

Desse modo, à semelhança do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF, e art. 6º, § 1º, Lei de Introdução ao Código Civil), pode dizer-se que os atos administrativos podem ser *perfeitos* ou *imperfeitos,* configurando-se os primeiros quando encerrado seu ciclo de formação, e os últimos, quando ainda em curso o processo constitutivo. O ato administrativo perfeito assume a garantia atribuída ao ato jurídico perfeito, impedindo seja atingido por efeito retroativo da lei.

2. Eficácia

Eficácia é a idoneidade que tem o ato administrativo para produzir seus efeitos. Em outras palavras, significa que o ato está pronto para atingir o fim a que

foi destinado. Se o ato completou seu ciclo de formação, podemos considerá-lo eficaz, e isso ainda que dependa de termo ou condição futuros para ser executado. O termo e a condição, como veremos adiante, podem constituir óbices à operatividade do ato, mas nem por isso descaracterizam sua eficácia.

Como bem averba SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, a eficácia comporta três tipos de dimensão: *temporal,* que leva em consideração o período da produção de efeitos (há atos de eficácia instantânea e atos de eficácia duradoura); *espacial,* que considera o âmbito de incidência dos efeitos (ex.: um ato de permissão originário do Município só produz efeitos no círculo territorial deste); e *subjetiva,* atinente aos indivíduos que estarão sob sujeição do ato.[363]

Sob a ótica ora em estudo, podemos então dizer que os atos administrativos podem ser *eficazes* ou *ineficazes,* aqueles com aptidão para produzirem seus efeitos, e estes quando ainda não dispõem dessa possibilidade.

3. Exequibilidade

Confundida às vezes com a eficácia, a exequibilidade tem, entretanto, sentido diverso. Significa ela a efetiva disponibilidade que tem a Administração para dar operatividade ao ato, ou seja, executá-lo em toda a inteireza. Desse modo, um ato administrativo pode ter eficácia, mas não ter ainda exequibilidade. Exemplo: uma autorização dada em dezembro para começar em janeiro do ano próximo é eficaz naquele mês, mas só se tornará exequível neste último.[364]

Considerando, assim, o aspecto da operatividade dos atos, temos que podem ser eles *exequíveis* ou *inexequíveis*. No primeiro caso já são inteiramente operantes, ou seja, já existe a disponibilidade para colocá-los em execução. Essa disponibilidade, como se viu, inexiste nos últimos.

4. Validade

Validade é a situação jurídica que resulta da conformidade do ato com a lei ou com outro ato de grau mais elevado. Se o ato não se compatibiliza com a norma superior, a situação, ao contrário, é de invalidade.

Nessa ótica, portanto, os atos podem ser *válidos* ou *inválidos*. Aqueles são praticados com adequação às normas que os regem, ao passo que estes têm alguma dissonância em relação às mesmas normas.

Parte da doutrina admite os chamados atos inexistentes, em que está ausente

um dos elementos qualificadores do ato administrativo, como, por exemplo, o ato que não se origina de um agente da Administração. Não obstante, são rigorosamente idênticos os efeitos que derivam do ato inválido ou inexistente, de modo que não há importância prática na distinção.[365]

É de interesse para o Direito Administrativo verificar a *relação entre a validade, a eficácia e a exequibilidade*. A primeira hipótese é a dos atos *válidos, eficazes* e *exequíveis*: aqui os atos não só foram editados conforme a lei, como também já têm aptidão e efetiva possibilidade de serem concretizados. Mas um ato pode ser *válido, eficaz* e *inexequível* quando, embora compatível com a lei e apto em tese a produzir efeitos, sujeita sua operatividade a termo ou condição futura. Pode, ainda, ser *válido* e *ineficaz* (e logicamente também *inexequível*): o ato é congruente com a norma legal, mas ainda não completou seu ciclo de formação e, por isso, não tem ainda idoneidade para ser concretizado (é o caso dos atos que a doutrina denomina de *atos complexos* ou *compostos*). É possível, da mesma forma, que o ato seja *inválido*, *eficaz* e *exequível*: nessa hipótese, o ato foi editado em desconformidade com a lei, mas já é idôneo a produzir efeitos e pode efetivamente produzi-los (incide aqui a presunção de legitimidade dos atos administrativos). Se for *inválido, eficaz* e *inexequível*, o ato, desconforme à lei, embora completamente formado, está sujeito a termo ou condição futura, não sendo, pois, operante ainda. Por último, poderá ser *inválido* e *ineficaz* (e também fatalmente *inexequível*): nesse caso o ato, além de contrariar a norma legal, sequer completou seu ciclo de formação e, naturalmente, não tem condições de ser executado.[366]

VII. Classificação

A classificação dos atos administrativos[367] sofre imensa variação em virtude da diversidade de critérios adotados para firmá-la. Serão apresentados nesta obra os critérios que, adotados pela maioria dos autores, trazem efetiva utilidade prática para o estudo dos atos administrativos.

1. Critério dos Destinatários: Atos Gerais e Individuais

Atos gerais, também denominados de normativos, são aqueles que regulam uma quantidade indeterminada de pessoas que se encontram na mesma situação jurídica. Exemplo: os regulamentos, as instruções normativas etc.[368]

Atos individuais (também denominados *concretos*) são os que se preordenam a regular situações jurídicas concretas, vale dizer, têm destinatários individualizados, definidos, mesmo coletivamente. Exemplo: uma licença para construção; um decreto expropriatório. Ao contrário dos atos normativos, podem eles ser impugnados diretamente pelos interessados quanto à legalidade, quer na via administrativa, quer através da via judicial.

2. Critério das Prerrogativas: Atos de Império e de Gestão

A distinção entre essas categorias de atos é antiga, originando-se do Direito francês. A despeito de frequentemente criticada, tem sido sempre trazida à tona pela doutrina.

Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império *(ius imperii),* não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc.

O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública *(ius gestionis).* Nessa hipótese, pratica *atos de gestão,* intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas, não dispondo o Estado da garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação.

3. Critério da Liberdade de Ação: Atos Vinculados e Discricionários

No capítulo destinado aos poderes da Administração, procuramos demarcar as linhas que distinguem a atividade vinculada da discricionária. Voltamos à distinção, agora voltada aos atos que definem os dois grandes tipos de conduta dos agentes administrativos, condutas essas que refletem maior ou menor liberdade de ação.

Atos vinculados, como o próprio adjetivo demonstra, são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei. Exemplo de um ato vinculado: a licença para exercer profissão regulamentada em lei. Os elementos para o deferimento desse ato

já se encontram na lei, de modo que ao agente caberá apenas verificar se quem o reivindica preenche os requisitos exigidos e, em caso positivo, deverá conferir a licença sem qualquer outra indagação.

Diversamente sucede nos *atos discricionários*. Nestes é própria a lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo.[369]

Salienta, todavia, moderna doutrina que os atos discricionários não estampam uma liberdade absoluta de agir para o administrador. A avaliação que se permite ao administrador fazer tem que estar em conformidade com o *fim legal,* ou seja, aquele alvo que a lei, expressa ou implicitamente, busca alcançar. Não havendo tal conformidade, o ato não é licitamente produzido, pois que estará vulnerando o princípio da legalidade, hoje erigido à categoria de princípio administrativo (art. 37, CF).

4. Critério da Intervenção da Vontade Administrativa: Atos Simples, Compostos e Complexos

A vontade administrativa pode exteriorizar-se de forma una ou múltipla. O objetivo proposto pela Administração pode ser alcançado através de processo de formação do ato em que intervenha uma única ou várias manifestações administrativas. É nesse aspecto que enfocamos o presente critério classificatório.

Se o ato emana da vontade de um só órgão ou agente administrativo, classificar-se-á como *ato simples,* e quanto a este tipo não divergem os autores.

O problema surge quando se tem que caracterizar os atos cujo processo de formação reclama a intervenção da vontade de mais de um órgão ou agente administrativo. Apesar das divergências, parece-nos que se possam subdividir tais atos em *complexos* e *compostos.*

Atos complexos são aqueles cuja vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações. Exemplo: a investidura do Ministro do STF se inicia pela escolha do Presidente da República; passa, após, pela aferição do

Senado Federal; e culmina com a nomeação (art. 101, parágrafo único, CF).

Já os *atos compostos* não se compõem de vontades autônomas, embora múltiplas. Há, na verdade, uma só vontade autônoma, ou seja, de conteúdo próprio. As demais são meramente instrumentais, porque se limitam à verificação de legitimidade do ato de conteúdo próprio. Exemplo: um ato de autorização sujeito a outro ato confirmatório, um visto.[370]

No que toca aos efeitos, temos que os atos que traduzem a vontade final da Administração só podem ser considerados perfeitos e acabados quando se consuma a última das vontades constitutivas de seu ciclo. Embora, nos atos compostos, uma das vontades já tenha conteúdo autônomo, indicando logo o objetivo da Administração, a outra vai configurar-se, apesar de meramente instrumental, como verdadeira condição de eficácia.

Em nosso entender, as noções de ato complexo e composto deveriam merecer novo enfoque analítico. O importante nessa análise deve ser a distinção entre a *vontade final* e as *vontades-meio*. A vontade final é que vai resultar de todas as manifestações ocorridas no curso da formação do ato. É por esse motivo que o ato a que corresponder a vontade final da Administração só vai ser tido como perfeito e acabado quando todas as vontades-meio tiverem intervindo. Logicamente que cada vontade-meio vai ser retratada num determinado ato praticado por agente administrativo. Estes atos-meio deverão ser apreciados por si mesmos. Vejamos um exemplo prático: suponha-se a prática de ato composto – uma autorização – que reclame duas vontades, uma de conteúdo autônomo (a primeira) e a outra instrumental (o *visto* da autoridade superior). A autorização em si só é ato perfeito e acabado quando os dois agentes tiverem manifestado sua vontade. Isso, contudo, não impede o exame individual dos atos-meio, e nesse exame poder-se-á verificar cada um dos elementos componentes, como a competência, a forma etc.

Se meditarmos com serenidade, veremos que *não é o ato* que é complexo ou composto; a vontade-fim da Administração é que exige *vários atos* no processo de formação da vontade final. Esta é que resulta de processo complexo, e não o ato em si. Melhor, então, firmar a conclusão de que há certas vontades administrativas que somente consumam seu ciclo de formação se mais de um ato-meio for praticado em tal processo. É em relação a este, e só a este, que se poderá falar em *complexidade* ou *composição*.[371]

Por fim, é oportuno destacar que a vontade dos órgãos colegiados se configura como *ato simples coletivo*. É que as vontades formadoras são *interna corporis* e se dissolvem no processo de formação, de modo que apenas uma é a vontade que se projeta no mundo jurídico.

5. Critério dos Efeitos: Atos Constitutivos, Declaratórios e Enunciativos

Esse critério leva em consideração o tipo de efeitos que os atos administrativos podem produzir. Podem ser constitutivos, declaratórios e enunciativos.

Atos constitutivos são aqueles que alteram uma relação jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos. Exemplo: a autorização, a sanção disciplinar, o ato de revogação.

Atos declaratórios são os que apenas declaram situação preexistente, citando-se, como exemplo, o ato que declara que certa construção provoca riscos à integridade física dos transeuntes, ou o ato que constata irregularidade administrativa em órgão administrativo.

Por fim, temos os *atos enunciativos*, cuja característica é a de indicarem juízos de valor, dependendo, portanto, de outros atos de caráter decisório. O exemplo típico é o dos pareceres. Diga-se, aliás, que tais atos não são considerados como típicos atos administrativos por alguns autores.

6. Critério da Retratabilidade: Atos Revogáveis e Irrevogáveis

Destaca-se este critério em função da cessação ou não de efeitos no que toca à incidência sobre a órbita jurídica de terceiros. Daí poder afirmar-se que, sob este critério, os atos podem ser *revogáveis* ou *irrevogáveis*.

São *irrevogáveis* os atos que a Administração não mais pode retirar do mundo jurídico por razões administrativas ligadas a sua conveniência e oportunidade. Como exemplo, uma licença para exercer profissão. Na verdade, há casos específicos que impedem a revogação, mas, por sua pertinência, serão eles examinados oportunamente no tópico relativo à revogação dos atos administrativos (nº XI deste capítulo).

Ao contrário, os *atos revogáveis* são os que a Administração está livre para expungir do mundo jurídico, fazendo cessar os seus efeitos, em decorrência de um critério meramente administrativo. Neste caso, tais atos não chegaram a conferir

direito subjetivo aos destinatários, no sentido de terem os seus efeitos mantidos. Exemplo: uma autorização para estacionamento de veículo no pátio de um prédio público.

Como ensinam os especialistas na matéria, a regra é a revogabilidade dos atos administrativos, vale dizer, a possibilidade de deixar com a Administração o poder de avaliar, de forma discricionária, quando um ato deve perdurar, ou quando há interesse de suprimi-lo do universo jurídico.

7. Critério da Executoriedade: Atos Autoexecutórios e Não Autoexecutórios

O tema já mereceu exame no tópico relativo à autoexecutoriedade, como característica dos atos administrativos. Sua repetição aqui tem razões de ordem apenas didática, eis que estamos tratando da classificação dos atos quando há vários enfoques. E um deles é o de serem autoexecutórios ou não.

Neste aspecto, podem os atos ser *autoexecutórios* ou *não autoexecutórios*. Os primeiros são a regra geral e têm a idoneidade jurídica de serem postos em imediata execução tão logo praticados pela Administração. Não dependem, assim, de qualquer autorização prévia, inclusive do Judiciário. Situam-se aí os atos de organização administrativa, como as instruções, portarias e circulares, entre outros.

Outros atos, todavia, não têm esse condão. A Administração só pode executá-los por via indireta, recorrendo ao Poder Judiciário. É o caso da multa: depois de aplicada, só pode ser cobrada do transgressor por via judicial.[372]

VIII. Espécies

Como a Administração Pública tem a seu cargo numerosas atribuições, diversos são os atos administrativos que seus agentes praticam. É preciso distinguir, entretanto, os aspectos formal e material de tais atos. Para alguns atos é adotada uma nomenclatura específica no que se refere ao *nomen iuris* externo, formal, aquele pelo qual é conhecido no mundo jurídico. Não há de confundir-se, porém, o nome do ato sob esses aspectos com o seu conteúdo, vale dizer, a mensagem que veicula, a exteriorização material, enfim, da proposta que o autor do ato pretendeu externar.

É por essa notória distinção que, quanto às espécies, devem os atos ser agrupados sob o aspecto formal, de um lado, e sob o aspecto material (ou seu

conteúdo), de outro.

Não obstante, cabe anotar que alguns estudiosos sugerem uma classificação dos atos administrativos considerando especificamente as suas *espécies* (ou *modalidades*), independentemente do aspecto material ou formal que os caracterize. É conhecida, por exemplo, a classificação apontada por HELY LOPES MEIRELLES,[373] que prevê os seguintes agrupamentos de atos: a) *normativos* (de comando geral e abstrato); b) *ordinatórios* (ordenam o funcionamento da administração); c) *negociais* (encerram uma declaração da Administração conjugada com a vontade do particular); d) *enunciativos* (enunciam situação existente, sem manifestação material da Administração); e) *punitivos* (contêm uma sanção aplicada a infratores de normas administrativas).[374]

Conquanto seja útil todo o esforço de sistematização que envolva a matéria, parece-nos que a dita classificação apresenta algumas situações que a desfiguram, caso se leve em conta o preciso enquadramento dos atos. Alguns *decretos*, por exemplo, enquadram-se realmente na categoria de *atos normativos*, mas outros existem, de caráter individual, que se situam como *ordinatórios*. *Portarias, instruções, ordens de serviço*, a seu turno, se classificam como *ordinatórios*, mas, dependendo de seu conteúdo, podem caracterizar-se nitidamente como *normativos*. Os atos *negociais*, como *licenças e autorizações*, não perdem sua fisionomia de atos *ordinatórios*, já que também ordenam a atividade administrativa. Feito esse reparo, deve registrar-se que se trata de classificação frequentemente adotada, motivo por que nos parece útil mencioná-la aos leitores.

1. Espécies Quanto à Forma de Exteriorização

1.1. Decretos e Regulamentos

Os decretos são atos que provêm da manifestação de vontade privativa dos Chefes do Executivo, o que os torna resultantes de competência administrativa específica. A Constituição Federal alude a eles no art. 84, IV, como forma pela qual o Presidente da República dá curso à fiel execução das leis.[375] De acordo com o art. 87, parág. único, I, da CF, cabe aos Ministros (e Secretários, nos Estados e Municípios) *referendar* os decretos, segundo a correlação entre o conteúdo dos atos e a área de competência a seu cargo. Cuida-se de atos compostos, que reclamam a manifestação de ambas as autoridades, fórmula oriunda do próprio texto

constitucional.

Dependendo do conteúdo, podemos classificá-los em decretos *gerais* e *individuais:* aqueles têm caráter normativo e traçam regras gerais; estes têm destinatários específicos, individualizados. Exemplo de um decreto geral: o decreto que regulamenta uma lei. Exemplo de um decreto individual: o decreto de nomeação de servidor público.

A doutrina costuma classificar os decretos em *decretos regulamentares* (ou *de execução*), voltados para a complementação e detalhamento das leis, e *decretos autônomos* (ou *independentes*), destinados a suprir lacunas da lei. Teoricamente, não há dúvida quanto a essa distinção; basta ver sua destinação. Contudo, se é certo que os decretos regulamentares são acolhidos expressamente pelo ordenamento jurídico pátrio, os decretos autônomos, como já vimos, suscitam algumas perplexidades quanto à sua existência diante da Constituição: há quem os entenda viáveis, mas há também aqueles que os julgam não acolhidos pelo direito positivo vigente.[376]

O decreto geral é, por sua natureza, ato de que se socorre o Chefe do Executivo para regulamentar as leis, ou seja, para expedir normas administrativas necessárias a que a lei possa ser executada. Trata-se, portanto, de atividade de caráter administrativo.[377]

Quanto aos *regulamentos*, é lícito afirmar que, considerando o seu aspecto formal e orgânico, devem ser qualificados como atos administrativos, muito embora se apresentem cercados de peculiaridades específicas. O art. 84, IV, da CF, a eles se refere de forma expressa, ao conferir ao Presidente da República competência privativa para "...*expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"* (execução das leis, diga-se de passagem).

A despeito de serem exteriorizados através de forma própria, constituem apêndices de outros atos, mais comumente de decretos (embora nem sempre). Esses atos é que os colocam em vigência.[378] Trata-se, no entanto, de atos diversos – um é o regulamento e outro é o ato administrativo que o põe em vigor no mundo jurídico. No que concerne à função regulamentadora, no entanto, o objeto (ou conteúdo) de decretos regulamentares e regulamentos mostra-se idêntico, isto é, destinam-se aos mesmos fins. Observe-se, porém, que, pela diversidade de objetos, são atos distintos o decreto regulamentar e o decreto que põe o regulamento em vigor: aquele visa à função regulamentar, enquanto este se

dedica tão somente a conferir vigência ao regulamento.

Dois são os aspectos que distinguem os decretos e os regulamentos: 1º) os decretos têm força jurígena própria, ou seja, vigoram por si mesmos como atos independentes, ao passo que os regulamentos são atos dependentes e, por isso, não têm força própria que os impulsione para a vigência; 2º) os decretos podem ser normativos (como é o caso dos decretos de execução) ou individuais; os regulamentos, ao contrário, só se projetam como atos normativos.

1.2. Resoluções, Deliberações e Regimentos

Resoluções são atos, normativos ou individuais, emanados de autoridades de elevado escalão administrativo, como, por exemplo, Ministros e Secretários de Estado ou Município, ou de algumas pessoas administrativas ligadas ao Governo. Constituem matéria das resoluções todas as que se inserem na competência específica dos agentes ou pessoas jurídicas responsáveis por sua expedição.

Tais resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, *natureza derivada*; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam *subordinadas*. Destarte, não se confundem com as resoluções previstas no texto constitucional, como é o caso das relacionadas no art. 59, VII, que integram o processo legislativo. Trata-se de *atos autônomos* e de *natureza primária*, não se configurando como atos administrativos propriamente ditos.[379] É a mesma hipótese, aliás, contemplada no art. 5º, § 2º, da EC 45/2004 (Reforma do Judiciário), segundo o qual caberá ao Conselho Nacional de Justiça, enquanto não sobrevier o Estatuto da Magistratura, a edição de *resolução* para disciplinar o funcionamento do órgão e definir as atribuições do Ministro-Corregedor.[380] - [381]

Deliberações são atos oriundos, em regra, de órgãos colegiados, como conselhos, comissões, tribunais administrativos etc. Normalmente, representam a vontade majoritária de seus componentes e se caracterizam como atos simples coletivos, como tivemos a oportunidade de assinalar ao tratar da classificação dos atos sob o critério da intervenção da vontade estatal.

Outra categoria de atos é a dos *regimentos*, típicos dos órgãos colegiados, cuja função reside em demonstrar sua organização e seu funcionamento. À semelhança do que ocorre com os *regulamentos*, tais atos ficam, em regra, subordinados a um ato

de aprovação, normalmente emanado do agente que preside o órgão. Por exemplo: resolução que aprova um regimento. Note-se, contudo, que o regimento, como conjunto de regras, se origina, no mais das vezes, da vontade unânime ou da maioria dos membros do órgão, ao passo que o ato de aprovação, como vem ensinando a doutrina, tem apenas a função de servir de instrumento para sua formalização e entrada em vigor.[382]

1.3. Instruções, Circulares, Portarias, Ordens de Serviço, Provimentos e Avisos

Todos esses atos servem para que a Administração organize sua atividade e seus órgãos, e, por essa razão, são denominados por alguns autores de *ordinatórios*. Apesar de auxiliarem a Administração a definir melhor sua organização interna, a verdade é que, na prática, encontramos muitos deles ostentando caráter normativo, fato que provoca a imposição de regras gerais e abstratas.

O sistema legislativo pátrio não adotou o processo de codificação administrativa, de modo que cada pessoa federativa, cada pessoa administrativa ou até órgãos autônomos dispõem sobre quem vai expedir esses atos e qual será seu conteúdo. As tentativas que os estudiosos encetaram para distingui-los têm sido infrutíferas, pois que é grande a variação que sofrem no que se refere a seu conteúdo e à competência dos agentes. Entendemos, porém, que na prática administrativa atual é irrelevante distinguí-los. Relevante é primeiramente entendê-los como instrumentos de organização da Administração. Depois, é verificar se, em cada caso, foi competente o agente que os praticou; se estão presentes seus requisitos de validade; e qual o propósito do administrador. E, sobretudo, se observam o princípio da legalidade.

1.4. Alvarás

Alvará é o instrumento formal expedido pela Administração, que, através dele, expressa aquiescência no sentido de ser desenvolvida certa atividade pelo particular. Seu conteúdo é o consentimento dado pelo Estado, e por isso se fala em alvará de autorização, alvará de licença etc.

Embora se costume dizer que os alvarás podem ser *precários ou definitivos,*[383] parece-nos que a precariedade ou a definitividade são atributos da autorização ou da

licença que estão em seu bojo, de modo que só por extensão de sentido são classificados daquela forma.

1.5. Ofícios

São atos formais, de intensa utilização na rotina administrativa, através dos quais as autoridades administrativas se comunicam entre si ou com terceiros. Podem conter solicitações, imposições, recomendações ou meras informações. Sendo veículo de comunicação, os ofícios têm grande importância, sob o aspecto formal, na via administrativa.

1.6. Pareceres

Os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação. Em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato; diz-se, então, que o parecer é *facultativo*. Quando é emitido *"por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio"*, dir-se-á *obrigatório*.[384] Nesta hipótese, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o, assim, de vício de legalidade.

Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor.[385]

Não nos parece correto, portanto, atribuir, *a priori*, responsabilidade solidária a

servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas. Essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável.[386]

Costuma a doutrina fazer referência aos *pareceres vinculantes*, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressalvando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitidos se a lei o exigir expressamente.[387] Em nosso entender, porém, há um *desvio de qualificação jurídica* nesses atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente *decisório*, e não meramente *opinativo*, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de *status* jurídico. Não obstante, a admitir-se semelhante categoria, seria coerente atribuir ao autor do parecer vinculante responsabilidade solidária, em função de seu poder de decisão, compartilhado com a autoridade vinculada.[388]

Quando o ato decisório se limita a aprovar o parecer, fica este integrado naquele como razão de decidir, ou seja, corresponde ao motivo do ato. Se, ao revés, o ato decisório define a questão de modo contrário ao parecer, deverá a autoridade expressar formalmente as razões que a levaram a decidir de modo contrário ao opinamento do parecer, sob pena de ser considerado abuso de poder o ato que praticar, justamente por não render ensejo à verificação de sua legalidade.

Por fim, convém dar uma palavra sobre os denominados *pareceres normativos,* não muito raros na Administração. A terminologia levaria a um paradoxo, pois que um juízo de valor não pode revestir-se do cunho de normatividade. Ocorre que, às vezes, o parecer esgota, de forma profunda e estudada, o tratamento a ser dispensado a determinada questão. Concordando com esse tratamento, determinada autoridade decisória resolve, então, estendê-lo a todas as demais hipóteses idênticas que vierem a ocorrer, passando, assim, a representar uma

orientação geral para os órgãos administrativos. Note-se, todavia, que sem a aprovação formal da autoridade decisória e sem sua indicação de que o tratamento deve ser estendido aos demais órgãos, o parecer não poderia ter tais efeitos. O que se observa é que a normatividade não é propriamente do parecer, mas da solução que deu a determinada questão, devidamente aprovada pela autoridade competente.

1.7. Certidões, Atestados e Declarações

São esses atos classificados como *declaratórios,*[389] porque seu conteúdo expressa a existência de certo fato jurídico. Nos *atestados* e *declarações,* os agentes administrativos dão fé, por sua própria condição, da existência desse fato. É o caso, por exemplo, do atestado de vacina ou de residência.

As *certidões* também comprovam a existência de fatos, mas se distinguem dos primeiros pela circunstância de representarem a reprodução do que já está formalizado nos registros públicos. Como exemplo, a certidão de nascimento, a certidão de dados funcionais do servidor etc.

Não se pode esquecer que as certidões revelam a expressão do princípio da publicidade na Administração (art. 37, *caput,* da CF) e sua obtenção configura-se como um dos direitos fundamentais dos indivíduos para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, "b", da CF).

Os Tribunais não têm, com algumas exceções, considerado o direito a certidões como ilimitado, restringindo-o quando se configurem comportamentos abusivos do indivíduo.[390] Diga-se, por oportuno, que a Lei nº 9.051, de 18/5/1995, embora tenha fixado o prazo de 15 dias para a expedição de certidões na Administração Direta ou Indireta, instituiu limitação ao preceito constitucional, exigindo que no requerimento da certidão o interessado indique os fins e as razões do pedido (art. 2º).

Alguns desses atos de caráter declaratório recebem denominação própria em virtude de sua situação específica. É o caso da *apostila*, que retrata o ato mencionado em registros funcionais para comprovar a existência de certa situação jurídica que envolve o servidor público. Essa comprovação encerra presunção *iuris tantum* da veracidade do fato e só comporta supressão ou alteração mediante prova efetiva em contrário a ser produzida pela Administração.

1.8. Despachos

Despachos são atos administrativos praticados no curso de um processo administrativo. Logicamente, o termo se origina do Direito Processual, que, inclusive, os prevê como forma específica de manifestação jurisdicional (art. 162 e § 3º do CPC). No campo do Direito Administrativo, contudo, o sentido é mais amplo, porque abrange não só as intervenções rotineiras dos agentes, mas também algumas manifestações de caráter decisório. Como tais manifestações não têm terminologia específica, ficou convencionado chamá-las de despachos.

2. Espécies Quanto ao Conteúdo

2.1. Licença

Podemos definir a licença como o ato vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade.[391] Não são todas as atividades que reclamam a licença do Poder Público. Há, no entanto, algumas atividades que o indivíduo só pode exercer de forma legítima se obtiver o necessário ato administrativo de licença. Através da licença, o Poder Público exerce seu poder de polícia fiscalizatório, verificando, em cada caso, se existem, ou não, óbices legais ou administrativos para o desempenho da atividade reivindicada.

Embora sejam estudadas em tópicos separados, a licença, a permissão e a autorização enquadram-se, por suas peculiaridades, na categoria dos *atos de consentimento estatal.* Podem encontrar-se três aspectos que aproximam as espécies dessa categoria: 1º) todos decorrem de anuência do Poder Público para que o interessado desempenhe a atividade; 2º) nunca são conferidos *ex officio:* dependem sempre de pedido dos interessados; 3º) são sempre necessários para legitimar a atividade a ser executada pelo interessado.

Autorizada doutrina denomina os atos de consentimento estatal de *atos negociais*, porque retratam a conjugação de vontades por parte da Administração e do interessado – expressão oriunda de *"atti amministrativi negoziali"*, cunhada pela doutrina italiana.[392] Não a utilizamos, porém, por duas razões. Primeiramente, não vislumbramos propriamente um *negócio jurídico* no caso; há, isto sim, um interessado que pede o consentimento, de um lado, e, de outro, a Administração, que concede ou nega o consentimento. Além disso, a mesma doutrina insere, na aludida categoria, atos como a *aprovação,* o *visto* e a *homologa*ção, em relação aos quais

não se identifica sequer a conjugação de vontades que caracteriza um negócio jurídico.[393]

Três são os aspectos de relevo que devem ser examinados em relação à licença. O primeiro deles é a sua natureza. Trata-se de ato *vinculado,* porque o agente não possui qualquer liberdade quanto à avaliação de sua conduta. Se o interessado preenche os requisitos legais para a concessão da licença, tem ele direito a obtê-la, e, se houver denegação, admissível será até mesmo mandado de segurança para superar o abuso (art. 5º, LXIX, CF).

O segundo fator que merece exame reside na iniciativa. O Poder Público não age *ex officio* para outorgar licenças. Depende sempre da deflagração processada pelo interessado, que solicita o consentimento.

Por fim, deve ser realçado que o direito subjetivo do indivíduo à atividade que pretende desempenhar não se confunde com o desempenho em si. O direito preexiste à licença, mas o desempenho da atividade somente se legitima se o Poder Público exprimir o seu consentimento pela licença. Por essa razão é que deve o ato ter natureza *declaratória*, como assinala MARIA SYLVIA DI PIETRO com precisão.[394] Muito conhecidas são as licenças para construir, de localização de estabelecimento e para exercer profissão regulamentada em lei.

Sendo a licença um ato vinculado, deveria ela ter sempre o caráter de definitividade. Atos vinculados são definitivos, ou seja, uma vez consignado em lei o direito à atividade desejada pelo administrado, a licença, reconhecendo-lhe a possibilidade de exercício desse direito, não mais pode ser desfeita por ato posterior da Administração, salvo quando a própria lei estabelece prazo para a eficácia da licença. Se a lei não o faz, a licença será definitiva.

Todavia, no que tange à licença para construir, doutrina e jurisprudência a têm considerado como mera faculdade de agir e, por conseguinte, suscetível de revogação enquanto não iniciada a obra licenciada, ressalvando-se ao prejudicado o direito à indenização pelos prejuízos causados.[395] O STF já confirmou, por mais de uma vez, esse entendimento. Numa das vezes, deixou assentado que, *antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da administração pública, sem que valha o argumento do direito adquirido.*[396] Recentemente, rediscutido o tema, a Corte reiterou essa orientação, averbando que *não fere direito adquirido decisão que, no curso de processamento de pedido de licença de construção em projeto de loteamento,*

estabelece novas regras de ocupação do solo.[397]

Em que pese ser pacífico o entendimento, parece-nos, no mínimo, estranho e incompatível com o instituto da licença e de seu caráter de ato vinculado e definitivo. Ademais, sempre se assegura, na hipótese em questão, indenização ao prejudicado, o que não se coaduna com a figura da revogação dos atos administrativos. Por essa razão, há autorizada doutrina que prefere ver nesses casos verdadeira *desapropriação do direito*, este sim instituto que se compadece com o dever indenizatório atribuído ao Poder Público.[398]

2.2. Permissão

Permissão é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o particular execute serviço de utilidade pública ou utilize privativamente bem público. Como regra, a permissão é ato discricionário e precário, no sentido de que o administrador pode sopesar critérios administrativos para expedi-la, de um lado, e de outro não será conferido ao permissionário o direito à continuidade do que foi permitido, de modo que poderá o consentimento ser posteriormente revogado sem indenização ao prejudicado.[399] Convém observar, todavia, que esse é o sentido clássico do ato de permissão, mas atualmente existem inúmeras restrições e modificações do instituto no sistema normativo vigente.

A precariedade, aliás, ficou expressa na disciplina relativa à permissão de serviço público. Com efeito, a Lei nº 8.987, de 13/2/1995, ao definir o instituto, afirma que ele retrata uma delegação, a título precário, da prestação de serviços públicos (art. 2º, IV). Essa característica indica uma posição favorável da Administração Pública na relação jurídica, já que o titular da permissão não poderá opor-se à vontade administrativa de extinguir o ato.

É verdade, todavia, que no atual sistema constitucional (art. 175) e na disciplina fixada na mencionada lei a permissão de serviços públicos há de ser precedida de licitação, o que, logicamente, reduz em muito o âmbito da precariedade do ato. É que, se a escolha do permissionário resulta de procedimento licitatório formal, não pode o permitente, a seu exclusivo juízo, dar fim ao ato, salvo se houver interesse público devidamente justificado.

Embora seja, de regra, inteiramente discricionária, e nesse caso pode ser

chamada de *simples* ou *incondicionada*, a permissão poderá ser *condicionada* (também chamada de *contratual*),[400] quando o próprio Poder Público criar autolimitações, que podem se referir a prazo, razões de revogação, garantias aos permissionários etc. Nessas hipóteses, a discricionariedade administrativa sofrerá mitigação, pois que a liberdade de atuação por parte do administrador esbarrará nas condições que ele próprio estabeleceu. Exemplo: se uma determinada permissão de uso de bem público é outorgada sem qualquer condição, a Administração é livre para revogá-la. Se, todavia, é garantido o prazo mínimo de um ano, a Administração terá que respeitar tal prazo, pena de, não o fazendo, possibilitar que o permissionário postule a reparação de seus prejuízos pela extinção antecipada.

Além da permissão para execução de serviços públicos, pode ela consentir o uso, por particular, de um bem público. Chamar-se-á, nesta hipótese, de permissão de uso de bem público, tema, que, por sua pertinência, será desenvolvido no capítulo dedicado ao domínio público, no tópico relativo à utilização dos bens públicos (vide Capítulo XVI).

É importante registrar, a propósito do tema, que a clássica permissão de serviços públicos, como ato administrativo, desapareceu do sistema. Anteriormente, eram admitidas, com formas bem definidas, duas modalidades de prestação de serviços públicos: uma através da concessão de serviços públicos, com a natureza jurídica de *contrato administrativo*; outra, por meio da permissão de serviços públicos, com a fisionomia de *ato administrativo*. Entretanto, a Lei nº 8.987/95, referindo-se à permissão de serviços públicos, conferiu-lhe natureza jurídica contratual, considerando-a *contrato de adesão*,[401] isso com base no próprio art. 175, parágrafo único, inc. I, da CF, que já deixara dúvidas em seu enunciado, por transmitir a ideia de que a permissão de serviços públicos se revestiria de forma contratualizada.

A nova postura legal, portanto, descartou a permissão de serviços públicos como ato administrativo, da forma clássica como era considerada. Aliás, com o tratamento estabelecido na lei, fica difícil saber, em termos atuais, quais as linhas diferenciais efetivas que demarcariam a diferença entre a concessão e a permissão de serviços públicos.[402]

Diante de tudo isso, reduziu-se a um mínimo de extensão o universo de atos administrativos de permissão. Podemos dizer, sem medo de errar, que, erradicados os atos administrativos de permissão de *serviços públicos*, restaram apenas os atos de

permissão de *uso de bens públicos*, cuja disciplina não é alcançada nem pelo art. 175 da CF nem pela Lei nº 8.987/95. O estudo sobre essa permissão será apresentado, como já foi dito, no Capítulo destinado aos bens públicos.

Em síntese, e para não nos afastarmos da didática da obra, podemos considerar como admissíveis duas modalidades de permissão: 1) a permissão de uso de bens públicos, qualificado como ato administrativo unilateral, discricionário e precário (podendo, contudo, ser *condicionada*, como vimos); 2) a permissão de serviços públicos, com a natureza legal de contrato administrativo, bilateral e resultante de atividade vinculada do administrador em virtude da exigência normal de licitação para a escolha do contratado.[403]

Não obstante, a E.C. nº 49/2006 suscitou inegável perplexidade ao introduzir as alíneas "b" e "c" no inciso XXIII, do art. 21 da CF. Ao excepcionar o monopólio federal sobre atividades nucleares, os dispositivos enunciaram: "*b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais"* e "*c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas"*.

Como facilmente se pode observar, o consentimento federal terá por foco as atividades de comercialização, produção e utilização, todas normalmente objeto dos atos de *licença* ou *autorização*, já que não se trata de serviço público propriamente dito, este sim, passível de consentimento por concessão ou permissão. Da mesma forma, nada há relativamente ao uso de bens públicos, o que, como vimos, também poderia ser objeto do ato de permissão. Trata-se, na verdade, de atividade privada, de caráter econômico (embora sob severo controle do governo federal), para cujo consentimento não é a permissão o instrumento adequado.

Assim sendo, parece-nos que o Constituinte provocou imperdoável confusão no que toca ao já tão confuso sistema de consentimentos estatais. Sem embargo do termo "permissão", o consentimento na hipótese deve ser formalizado por *ato administrativo* (licença ou autorização), e não por *contrato administrativo*, como o seria se se cuidasse da atual permissão de serviço público, tal como regulada no direito positivo. Por outro lado, o "regime" a que se referem os dispositivos será aquele que a lei regulamentadora definir para a prática do ato de consentimento, o que, aliás, já ocorre, como regra, com as atividades sujeitas às licenças e autorizações.

[404]

2.3. Autorização

Autorização é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. É ato discricionário e precário, características, portanto, idênticas às da permissão.

É necessária a autorização quando a atividade solicitada pelo particular não pode ser exercida legitimamente sem o consentimento do Estado.[405] No exercício de seu poder de polícia, porém, o Poder Público dá o seu consentimento no que se refere ao desempenho da atividade, quando não encontra prejuízo para o interesse público. Exemplos de autorização: autorização para estacionamento de veículos particulares em terreno público; autorização para porte de arma; autorização para fechamento de rua por uma noite para a realização de festa comunitária; a autorização para operar distribuição de sinais de televisão a cabo[406] etc.

No que toca à autorização para uso de bem público, repetimos o que dissemos quanto à permissão: o tema será examinado no capítulo relativo ao domínio público.

A Constituição Federal fez referência às autorizações. São elas mencionadas na Carta para a pesquisa e lavra de recursos minerais e para o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, parágrafo único), e também para certas atividades especiais de competência da União Federal (art. 21, inciso XII).[407]

Apesar da clássica configuração do ato de autorização, de vez em quando surge no ordenamento jurídico norma que dispensa ao ato caracterização diversa, instituindo indesejável confusão na matéria. É o caso da Lei nº 9.472/97 – disciplinadora do sistema de telecomunicações – em cujo art. 131, § 1º, a autorização de serviço de telecomunicações é qualificada como ato vinculado, refugindo, portanto, à normal natureza do ato.[408] Tal inovação em nada contribui para a análise científica do direito e, ao revés, só serve para provocar tolas polêmicas em intérpretes mais desavisados.

Em virtude do advento da Lei nº 10.826, de 22/12/2003 – denominada de *Estatuto do Desarmamento* –, parece-nos oportuno tecer breve consideração sobre o porte de arma, clássico exemplo de ato administrativo de autorização. Com

fundamento no art. 22, inc. XXI, da CF, segundo o qual a União tem competência privativa para legislar sobre material bélico, a referida lei atribuiu à Polícia Federal competência administrativa para a expedição do ato de autorização para o porte de arma de fogo, mas condicionou a outorga à expedição prévia de outro ato de autorização, de competência do SINARM – Sistema Nacional de Armas, órgão integrante do Ministério da Justiça, para a compra e registro da arma (art. 4º, § 1º). [409] Não obstante deva o interessado preencher certos requisitos previstos na lei para a autorização de porte (art. 10, § 1º), elementos esses que são vinculados para a Administração, o ato é discricionário, visto que a ela caberá, em última instância, avaliar os critérios de conveniência e oportunidade para a outorga, ainda que cumpridos aqueles requisitos pelo interessado. Significa, pois, que inexiste prévio direito subjetivo à posse e ao porte de arma, a não ser nos casos expressamente listados na lei reguladora (art. 6º); o direito, em consequência, nasce com o ato administrativo de autorização.

Merece comentário, ainda, um outro aspecto relativo à autorização. O direito positivo contempla atos de consentimento estatal a que dá a denominação de *concessão*. É o caso do art. 176, § 1º, da CF, que prevê a *concessão de lavra* em matéria de recursos minerais, e do art. 223, da CF, que admite a *concessão para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens*. Conquanto tenha sido empregado o termo *"concessão"*, tais instrumentos não têm a fisionomia de contratos administrativos, como são as concessões em geral, mas sim de meros atos administrativos – especificamente atos de *autorização*. Esse descompasso entre denominação e natureza de institutos provoca indesejável confusão entre os operadores do direito e é inegavelmente contraproducente para a ciência jurídica. Daí a importância de perquirir-se o conteúdo e a natureza do instituto, e não apenas a sua forma ou denominação.[410]

2.4. Admissão

Admissão é o ato administrativo que confere ao indivíduo, desde que preencha os requisitos legais, o direito de receber o serviço público desenvolvido em determinado estabelecimento oficial. É o caso da admissão em escolas, universidades ou hospitais públicos.

Trata-se de ato vinculado. Preenchendo os requisitos que a lei fixou, o

indivíduo faz jus ao serviço prestado em tais estabelecimentos, não tendo o administrador, assim, qualquer liberdade na avaliação de sua conduta. Negado o direito, pode o prejudicado socorrer-se da via judicial, inclusive através do mandado de segurança, se provar a liquidez e certeza de seu direito (art. 5º, LXIX, CF).

2.5. Aprovação, Homologação e Visto

Agrupamos neste tópico a aprovação, a homologação e o visto porque têm eles um denominador comum: nenhum deles existe isoladamente, mas, ao revés, pressupõem sempre a existência de outro ato administrativo.

A *aprovação* é a manifestação discricionária do administrador a respeito de outro ato. Pode ser *prévia* ou *posterior*. A Constituição Federal prevê hipótese de autorização prévia no art. 52, III: o Senado se manifesta antes da nomeação de alguns membros da Magistratura, Governador de Território etc. Já no art. 49, IV, está exemplo de aprovação *a posteriori:* o Congresso se manifesta após a decretação do estado de defesa e da intervenção federal.[411]

A *homologação,* a seu turno, constitui manifestação vinculada, ou seja, praticado o ato, o agente por ela responsável não tem qualquer margem de avaliação quanto à conveniência e oportunidade da conduta. Ou bem procede à homologação, se tiver havido legalidade, ou não o faz em caso contrário. Além do aspecto da vinculação do agente, a homologação traz ainda outra distinção em relação à aprovação: contrariamente a esta, a homologação só pode ser produzida *a posteriori.*[412] Há doutrina que admite a homologação para exame da legalidade e também da conveniência.[413] Não nos parece lógico, com a devida vênia, o exame discricionário da conveniência no ato homologatório, pois que, se assim fosse, nenhuma diferença haveria em relação ao ato de *aprovação* posterior. Apesar disso, há casos em que a lei, embora de forma imprópria, realmente permite ao agente homologador aferição de legalidade e de conveniência administrativa. É o caso da homologação na licitação.[414]

O *visto* é ato que se limita à verificação da legitimidade formal de outro ato. Mas pode também ser apenas ato de ciência em relação a outro. Seja como for, o visto é condição de eficácia do ato que o exige. Exemplo: um ato de A dirigido a C tem que ser encaminhado com o visto de B.

Embora nos tenhamos referido à homologação, aprovação e visto,

entendemos mais apropriado falar-se em *atos de confirmação*, em que mais importante que a terminologia do ato é a verificação de que a vontade final da Administração só será tida como válida e eficaz com a presença da legítima manifestação volitiva confirmatória da parte de alguns agentes. Uma análise detida do tema há de revelar que um agente, quando homologa, aprova ou apõe o seu visto, está em qualquer caso *confirmando* a vontade do ato anterior, confirmação essa necessária por força da norma legal ou regulamentar aplicável. Trata-se de hipóteses, como já registramos, em que a lei exige a formalização de *procedimento* para alcançar a *vontade-fim* da Administração; todos os atos do procedimento, inclusive os de confirmação, constituem as *vontades-meio* administrativas.

2.6. Atos Sancionatórios

Atos sancionatórios são as punições aplicadas àqueles que transgridem normas administrativas. Como diversas são as áreas em que incidem, pode-se dizer que as sanções são agrupáveis em duas categorias: *sanções internas e externas*. As primeiras são aplicadas em decorrência do regime funcional do servidor público, e como exemplo podemos apontar as penalidades previstas nos estatutos funcionais: advertência, suspensão, demissão etc. As sanções externas decorrem da relação Administração-administrado e incidem quando o indivíduo infringe a norma administrativa. São exemplos a multa de trânsito, a multa tributária, a apreensão de bens, a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimentos etc.

Há dois aspectos que merecem observação quanto a tais atos. O primeiro consiste na exigência de estarem eles previstos na lei, e nem poderia ser diferente, visto que, não sendo assim, o indivíduo não teria a menor segurança contra os atos da Administração. Trata-se, na verdade, de corolário do princípio do devido processo legal *(due process of law)* (art. 5º, LIV, CF).

A propósito, vale destacar que o direito positivo já previu o ato sancionatório de prisão administrativa;[415] a partir da vigente Constituição, todavia, semelhante sanção não mais pôde subsistir em virtude de os respectivos mandamentos não terem sido recepcionados pelo art. 5º, LXI e LXVII, da CF, como já havia corretamente assentado o STJ.[416] Diante disso, não mais podem ser criadas normas que prevejam sanção daquela natureza.[417]

Averbe-se que as Constituições anteriores autorizavam a prisão por ordem da

"*autoridade competente*".[418] A Carta vigente, contudo, alude a "*autoridade judiciária competente*" (art. 5º, LXI), excluindo, portanto, a legitimidade da prisão ordenada por autoridade administrativa, salvo nas duas exceções previstas na própria Constituição: 1ª) transgressões militares (art. 5º, LXI); e 2ª) detenção por força de estado de sítio, em que há suspensão de certas garantias constitucionais (art. 138 c/c art. 139, II, CF).[419] Consequentemente, não foram também recepcionadas pela vigente Constituição as disposições da Lei nº 6.815, de 19.08.80 (Estatuto dos Estrangeiros), que previam a possibilidade de prisão por ordem do Ministro da Justiça, exigindo-se atualmente que a prisão seja precedida de ordem judicial.[420]

O segundo aspecto é que, como regra, o administrador terá o encargo de considerar vários fatores para bem observar o regime de adequação da sanção à infração cometida, a menos que a lei previamente defina essa correlação, como bem anota SAYAGUÈS LASO.[421] Em outras palavras: é frequente, como já vimos, que a lei relacione as condutas ilícitas num dispositivo e as sanções em outro; quando a lei adota tal critério, o administrador deve aplicar a sanção de forma correta, adequando-a à conduta à luz de todos os elementos que a cercam. Quando, ao contrário, a lei já aponta a sanção específica para determinada conduta (sistema adotado pelo direito penal), a tarefa do administrador é menos complexa, visto que não lhe cabe senão aplicar a sanção prevista na lei, uma vez comprovada a conduta infratora.

No que tange aos atos sancionatórios, um fato é certo e incontestável: *sanções* decorrem de *infrações*. Estas correspondem às condutas que infringem normas administrativas. Configurando-se como condutas ilícitas, são merecedoras de reação da ordem jurídica; a reação materializa-se por meio das sanções (ou punições, ou atos punitivos). Diferentemente, porém, dos ilícitos penais, a consumação da infração administrativa não demanda a presença dos graus de culpabilidade exigidos naquela esfera. Assim, a transgressão se consuma pela conduta mobilizada por simples *voluntariedade*, ou seja, pela simples vontade de adotar o comportamento.[422]

Tendo em vista a natureza peculiar dos atos sancionatórios, cabe anotar que sua aplicação requer a observância de alguns princípios administrativos. Um deles é o *princípio da legalidade*, pelo qual só pode incidir a sanção se houver expressa previsão na lei (e não em simples ato administrativo). Outro é o *princípio do*

contraditório e ampla defesa, que confere ao infrator a oportunidade de rechaçar a acusação de cometimento da infração e provar as suas alegações. Exigível também é o *princípio da proporcionalidade*, através do qual o administrador tem o ônus de adequar o ato sancionatório à infração cometida, sendo-lhe vedado, pois, agravar ou atenuar desproporcionalmente a sanção. Quanto ao *princípio do devido processo legal*, a ele já nos referimos: sua incidência garante ao infrator seja observado rigorosamente todo o procedimento contemplado na lei para suscitar a punição. Sustenta-se também a observância do *princípio da motivação*, assegurando-se ao interessado o conhecimento das razões que conduziram à prática do ato punitivo.[423]

Por último, comporta distinguir (como já o fizemos anteriormente) os atos administrativos que espelham *sanções* daqueles outros que configuram meras *providências (ou medidas) operacionais administrativas*: enquanto aquelas refletem a reação jurídica pela transgressão de norma administrativa, ou seja, uma efetiva punição, estas últimas indicam apenas a adoção das providências que incumbem à Administração para o fim de solucionar certas situações singulares, como é o caso da remoção de bens e pessoas, do embargo temporário de obra, da interdição de local etc.[424]

2.7. Atos Funcionais

Embora não sejam categorizados como espécies distintas de atos administrativos pelos autores em geral, entendemos que os atos funcionais são típicos atos administrativos, possuindo apenas a característica de serem originados da relação funcional entre a Administração e seu servidor, mormente a relação estatutária. Situam-se entre tais atos os de nomeação, de aposentadoria, de transferência, de promoção, de concessão de férias e licenças e, enfim, todos os que têm previsão nos estatutos funcionais, inclusive os sancionatórios, como tivemos a oportunidade de verificar no tópico anterior.

Mesmo tendo tal singularidade, qual seja, de provirem de relação jurídica específica, aplicam-se a eles todos os princípios concernentes à Administração e exige-se que neles se observem os requisitos de validade reclamados de todos os demais atos administrativos. São dotados também dos mesmos atributos. Não há, desse modo, razão para não incluí-los nas espécies de atos administrativos, embora constituindo categoria própria.

Conforme já anotamos anteriormente, muitos dos atos funcionais são averbados nos prontuários dos servidores públicos por meio de *apostilas,* que, na verdade, constituem instrumento de comprovação dos aludidos atos.

IX. Procedimento Administrativo

Procedimento administrativo é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei. Trata-se, pois, de atividade contínua, não instantânea, em que os atos e operações se colocam em ordenada sucessão com a proposta de chegar-se a um fim predeterminado. No curso do procedimento, várias atividades são levadas a efeito, inclusive a prática de alguns atos administrativos intermediários.

Justamente pelo fato de o procedimento ser constituído pela prática de vários atos e atividades, não somente de administradores públicos como também de administrados e terceiros, sua *formalização* se consuma, em geral, através de *processo administrativo*, este indicativo das relações jurídicas entre os participantes do procedimento, tendo, pois, verdadeira natureza teleológica e valendo como instrumento para alcançar o objetivo final da Administração.

Quando a lei o exige, o procedimento regular é condição de eficácia e validade do ato final. Normalmente é constituído de fases, de modo que em cada uma destas pode haver a verificação da legalidade. Não deixa de ter aplicação aqui o princípio do devido processo legal, em face da obrigatoriedade que tem a Administração de observar o que dispõe a lei a respeito.[425]

Moderna doutrina, com base no direito europeu, tem desenvolvido os estudos sobre a *procedimentalização da atividade administrativa,* como o caminho que a Administração deve percorrer para alcançar os seus fins, sob o comando de alguns parâmetros normativos que vinculam agentes e interessados. Por intermédio dos procedimentos administrativos, fecha-se o círculo autoritário da ação estatal, desenvolve-se a cooperação administrativa e se lhes atribui a marca de veículo de democratização e de inserção do cidadão no seio do Estado.[426]

X. Extinção dos Atos Administrativos

Como bem assinala DORIS PICCININI GARCIA,[427] a extinção do ato administrativo deveria ser aquela que resultasse do cumprimento de seus efeitos.

Aduz, entretanto, que não se pode deixar de reconhecer que há outras *formas anômalas* pelas quais ocorre a extinção. Vejamos, sistematicamente, tais processos de extinção, com a ressalva de que variam eles, embora não de modo profundo, entre os autores.

Cinco são as formas de extinção dos atos administrativos.

1. Extinção Natural

É aquela que decorre do cumprimento normal dos efeitos do ato. Se nenhum outro efeito vai resultar do ato, este se extingue naturalmente. Exemplo: a destruição de mercadoria nociva ao consumo público; o ato cumpriu seu objetivo, extinguindo-se naturalmente. Outro exemplo: uma autorização por prazo certo para exercício de atividade; sobrevindo o termo *ad quem,* há a extinção natural do ato. [428]

2. Extinção Subjetiva

Ocorre com o desaparecimento do sujeito que se beneficiou do ato. É o caso de uma permissão. Sendo o ato de regra intransferível, a morte do permissionário extingue o ato por falta do elemento subjetivo.

3. Extinção Objetiva

O objeto dos atos é um dos seus elementos essenciais. Desse modo, se depois de praticado o ato desaparece seu objeto, ocorre a extinção objetiva. Exemplo: a interdição de estabelecimento; se o estabelecimento vem a desaparecer ou ser definitivamente desativado, o objeto do ato se extingue e, com ele, o próprio ato.

4. Caducidade

Há caducidade *"quando a retirada funda-se no advento de nova legislação que impede a permanência da situação anteriormente consentida"*.[429]

Caducidade aqui significa a perda de efeitos jurídicos em virtude de norma jurídica superveniente contrária àquela que respaldava a prática do ato. O ato, que passa a ficar em antagonismo com a nova norma, extingue-se. Exemplo: uma permissão para uso de um bem público; se, supervenientemente, é editada lei que proíbe tal uso privativo por particulares, o ato anterior, de natureza precária, sofre caducidade, extinguindo-se.

5. Desfazimento Volitivo

As formas anteriores de extinção dos atos administrativos ocorrem independentemente de manifestação de vontade. No entanto, os atos podem extinguir-se pela edição de outros atos, razão por que, nessas hipóteses, a extinção decorrerá da manifestação de vontade do administrador.

São três as formas de desfazimento volitivo do ato administrativo: a *invalidação* (ou *anulação),* a *revogação* e a *cassação*. As duas primeiras serão examinadas em tópicos à parte, logo a seguir, e isto porque apresentam algumas singularidades merecedoras de análise especial.

A *cassação* é a forma extintiva que se aplica quando o beneficiário de determinado ato descumpre condições que permitem a manutenção do ato e de seus efeitos. Duas são suas características: a primeira reside no fato de que se trata de ato vinculado, já que o agente só pode cassar o ato anterior nas hipóteses previamente fixadas na lei ou em outra norma similar. A segunda diz respeito à sua natureza jurídica: trata-se de ato sancionatório, que pune aquele que deixou de cumprir as condições para a subsistência do ato. Exemplo: cassação de licença para exercer certa profissão; ocorrido um dos fatos que a lei considera gerador da cassação, pode ser editado o respectivo ato.

Hipótese interessante de cassação foi a prevista na Lei nº 10.826/03 – o estatuto do desarmamento. Diz a lei que a autorização de porte de arma *"perderá automaticamente sua eficácia"* se o portador for detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob o efeito de substâncias químicas ou alucinógenas (art. 10, § 2º). Em que pese a expressão adotada na lei, a ocorrência dos suportes fáticos nela previstos rende ensejo realmente à *cassação* do ato de autorização, dada a sua evidente natureza punitiva. Da cassação – isto sim – é que resultará a perda automática da eficácia da autorização.

Examinemos, então, as duas outras formas de extinção do ato em decorrência da vontade manifestada em ato superveniente: a invalidação e a revogação.

XI. Invalidação (ou Anulação)

1. Teoria das Nulidades

1.1. Introdução

Se no direito privado a teoria das nulidades já suscita tantas dúvidas, pode-se imaginar no Direito Administrativo as questões que dela ressaem. Oportuna a observação de SEABRA FAGUNDES no sentido de que *"a deficiência e a falta de sistematização dos textos de Direito Administrativo embaraçam a construção da teoria das nulidades dos atos da Administração Pública".*[430] De acordo com o autor, é necessário recorrer aos dispositivos da legislação civil, embora reconheça a dificuldade de adaptá-los aos atos administrativos, porque, enquanto os atos jurídicos privados envolvem, de regra, interesses privados, nos atos administrativos há múltiplos interesses, e sobretudo o interesse público.

1.2. As Nulidades no Direito Privado

As nulidades no direito privado obedecem a um sistema dicotômico, composto da *nulidade* e da *anulabilidade*, a primeira figurando no art. 166 e a segunda no art. 171, do vigente Código Civil. Na verdade, não se pode, em tese, conceber gradação de vícios, mas, como acertadamente observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo destarte uma gradação no repúdio a eles".*[431]

É exatamente a diferença quanto ao repúdio que conduz à classificação de atos nulos e atos anuláveis. Não é desnecessário, porém, lembrar que a maior ou menor gravidade do vício resulta de exclusiva consideração do legislador, que emite, de fato, um juízo de valor. Por isso, entendeu ele que um ato jurídico que inobserva forma fixada em lei tem maior gravame que um ato praticado com vício de consentimento, como o erro, e tanto isso é verdadeiro que no primeiro caso o ato é nulo (art. 166, IV, do novo Código), e no segundo o ato é anulável (art. 171, II, Cód. Civil).

São duas as diferenças básicas entre a nulidade e a anulabilidade. Primeiramente, a nulidade não admite convalidação, ao passo que na anulabilidade ela é possível. Quanto a esse aspecto, o Código Civil é peremptório, proclamando: *"O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo"* (art. 169). Além disso, o juiz pode decretar *ex officio* a nulidade ou mediante alegação de qualquer interessado ou do Ministério Público, ao passo que a anulabilidade só pode ser apreciada se houver provocação da parte interessada (arts. 168 e 177 do

Código vigente)

1.3. A Controvérsia Doutrinária

A adaptabilidade ou não da teoria das nulidades ao Direito Administrativo provocou funda cisão na doutrina, dividindo-a em dois pólos diversos e antagônicos.

De um lado, a teoria *monista,* segundo a qual é inaplicável a dicotomia das nulidades ao Direito Administrativo. Para estes autores, o ato é nulo ou válido, de forma que a existência de vício de legalidade produz todos os efeitos que naturalmente emanam de um ato nulo.[432]

De outro está a teoria *dualista*, prestigiada por aqueles que entendem que os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício. Para estes, como é evidente, é possível que o Direito Administrativo conviva com os efeitos não só da nulidade como também da anulabilidade, inclusive, neste último caso, com o efeito da convalidação de atos defeituosos.[433]

Na doutrina estrangeira, encontramos inúmeros adeptos da doutrina dualista, como CASSAGNE, MARCELO CAETANO, GUIDO e POTENZA, RENATO ALESSI etc.

Permitimo-nos perfilhar a doutrina dualista, embora não possamos deixar de assinalar um aspecto que nos parece fundamental. É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra. Apenas quando não houver reflexo dos efeitos do ato viciado na esfera jurídica de terceiros é que se poderá admitir seja convalidado; a não ser assim, forçoso seria aceitar que a invalidade possa produzir efeitos válidos. [434]

1.4. A Terminologia Adotada

Embora muitos dos autores se refiram à "*anulação"* dos atos administrativos, decidimos adotar o termo "*invalidação",* seguindo, aliás, a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para significar qualquer desconformidade

do ato com as normas reguladoras, evitando-se, desse modo, que a referência à "anulação" cause a insinuação de que trata de processo de desfecho apenas da anulabilidade, e não da nulidade.

Quando nos referirmos, portanto, à invalidação, emprestaremos ao instituto sentido amplo, abrangendo a nulidade e a anulabilidade, e dando realce ao fator que nos parece deveras relevante – a existência de vício inquinando algum dos elementos do ato.

Não se pode perder de vista, por último, que a invalidação é forma de extinção dos atos administrativos por manifestação volitiva, manifestação essa contida no ato superveniente responsável pela supressão do anterior.

2. Conceito e Pressuposto

Firmadas as linhas que caracterizam a invalidação, podemos conceituá-la como sendo a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade.

O pressuposto da invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade. Como já examinamos, o ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador. Por isso é que para se processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos. A presença destes torna o ato válido e idôneo à produção de efeitos, não havendo a necessidade do desfazimento.

O vício no elemento *competência* decorre da inadequação entre a conduta e as atribuições do agente. É o caso em que o agente pratica ato que refoge ao círculo de suas atribuições (excesso de poder). Como exemplo, cite-se a prática de ato por agente subordinado, cuja matéria é da competência de superior hierárquico.

No elemento *finalidade,* o vício consiste na prática de ato direcionado a interesses privados, e não ao interesse público, como seria o correto (desvio de finalidade). Ocorre tal vício, por exemplo, quando, entre vários interessados, o agente confere autorização apenas àquele a quem pretende beneficiar. Aqui há a violação também do princípio da impessoalidade.

O vício de *forma* provém do ato que inobserva ou omite o meio de exteriorização exigido para o ato, ou que não atende ao procedimento previsto em

lei como necessário à decisão que a Administração deseja tomar. Para exemplificar, veja-se a hipótese em que a lei exija a justificação do ato e o agente a omite quando de sua prática. Da mesma forma, configura-se como vício no referido elemento a punição sumária de servidor público, sem que se tenha instaurado o necessário processo disciplinar com a garantia da ampla defesa e do contraditório.

No que toca ao elemento *motivo,* o vício pode ocorrer de três modos, muito embora a Lei nº 4.717/65 só se refira à inexistência dos motivos (art. 2º, parágrafo único, *"d"*): 1º) inexistência de fundamento para o ato; 2º) fundamento falso, vale dizer, incompatível com a verdade real; 3º) fundamento desconexo com o objetivo pretendido pela Administração. Se o agente pratica o ato sem qualquer razão, há vício no elemento "motivo". O mesmo sucede se baseia sua manifestação de vontade em fato que não existiu, como, *v. g.,* se o ato de cassação de uma licença é produzido com base em determinado evento que não ocorreu. Exemplo da terceira modalidade desse vício é aquele em que o agente apresenta justificativa que não se coaduna com o objetivo colimado pelo ato.

Por fim, o vício no *objeto* consiste, basicamente, na prática de ato dotado de conteúdo diverso do que a lei autoriza ou determina. Há vício se o objeto é ilícito, impossível ou indeterminável. Como exemplo, cite-se a hipótese em que o ato permite que o indivíduo exerça atividade proibida, como a autorização para menores em local vedado à sua presença. Em sede punitiva, há vício no objeto quando o agente, diante do fato previsto na lei, aplica ao indivíduo sanção mais grave que a adequada para o fato. Outro exemplo: um decreto expropriatório sem a indicação do bem a ser desapropriado.

3. Quem pode Invalidar

Inquinado o ato de vício de legalidade, pode ele ser invalidado pelo Judiciário ou pela própria Administração.

Distinguindo-se a função jurisdicional das demais funções pelo fato de defrontar-se com situação de dúvida ou conflito e de enfrentar tais situações mediante a aplicação da lei *in concreto,* claro que é ela adequada para dirimir eventual conflito entre o ato administrativo e a lei, e é por isso, aliás, que, como bem observa GABINO FRAGA, configura-se como forma de garantia aos indivíduos.[435] Desse modo, discutida numa ação judicial a validade de um ato administrativo e

verificando o juiz a ausência de um dos requisitos de validade, profere decisão invalidando o ato. Ao fazê-lo, procede à retirada do ato de dentro do mundo jurídico.

O ordenamento jurídico constitucional indica hipóteses em que se pode encontrar o suporte da garantia de ser levado ao Judiciário questionamento sobre atos administrativos ilegais: o mandado de segurança (art. 5º, LXIX); a ação popular (art. 5º, LXIII); a ação civil pública (art. 129, III), e, sobretudo, o princípio que assegura o recurso ao Judiciário quando haja lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, consagrado no art. 5º, XXXV.

Além dessas clássicas formas de impugnação, o art. 103-A, da CF (introduzido pela EC 45/2004), instituiu o regime das *súmulas vinculantes*, com o intuito de aperfeiçoar e acelerar o exercício da função judicial, e nele também se encontra instrumento de anulação de atos administrativos. O dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006, e neste diploma está prevista a *reclamação* ao STF para formalizar o pedido de anulação de atos administrativos que contrariem enunciado de súmula vinculante, ou lhe neguem vigência, ou, ainda, o apliquem indevidamente, sem prejuízo do emprego de outros meios de impugnação (art. 7º). Embora a reclamação exija como requisito de admissibilidade o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º), o certo é que, julgada procedente, ensejará a *anulação do ato administrativo* diretamente pelo STF (art. 7º, § 2º). Trata-se, por conseguinte, de novo instrumento de invalidação de atos administrativos.

Por outro lado, a Administração pode invalidar seus próprios atos. Dotada do poder de *autotutela,* não somente pode, mas também *deve* fazê-lo (com as ressalvas que adiante serão vistas), expungindo ato que, embora proveniente da manifestação de vontade de algum de seus agentes, contenha vício de legalidade.[436]

O fundamento dessa iniciativa reside no *princípio da legalidade* (art. 37, *caput,* CF). De fato, o administrador não estaria observando o princípio se, diante de um ato administrativo viciado, não declarasse a anomalia através de sua invalidação. Essa é a razão por que, nas corretas palavras de MIGUEL REALE, a invalidação configura-se como *"um ato de tutela jurídica, de defesa da ordem legal constituída, ou, por outras palavras, um ato que sob certo prisma pode ser considerado negativo, visto não ter o efeito de produzir consequências novas na órbita administrativa, mas antes a de reinstaurar o statu quo ante".*[437]

Em conclusão, temos duas formas possíveis de invalidação: uma processada pelo Judiciário e outra pela própria Administração. Diga-se, ainda, que essa dupla via já mereceu consagração junto ao Supremo Tribunal Federal em suas conhecidas Súmulas, as de nºs 346 e 473. Acrescente-se, por fim, que a invalidação por qualquer das referidas vias atinge todo tipo de atos administrativos com vício de legalidade.[438]

4. Dever de Invalidar

No que se refere à anulação, surge a questão de saber se há por parte da Administração o *dever* ou a *faculdade* de anular o ato administrativo com vício de legalidade. A matéria é polêmica: para uns, haverá sempre a obrigatoriedade de fazê-lo, fundando-se o entendimento no princípio da legalidade;[439] para outros, a Administração terá a faculdade de optar pela invalidação do ato ou por sua manutenção, neste caso se houver prevalência do princípio do interesse público sobre o da invalidação dos atos.[440]

Em nosso entendimento, nenhuma das duas correntes está inteiramente correta: nem há sempre o dever de invalidar o ato, nem pode o administrador atuar discricionariamente, optando pela invalidação ou manutenção do ato.

A melhor posição consiste em considerar-se como regra geral aquela segundo a qual, em face de ato contaminado por vício de legalidade, o administrador *deve* realmente anulá-lo. A Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37, CF), de modo que, se o ato é ilegal, cumpre proceder à sua anulação para o fim de restaurar a legalidade malferida. Não é possível, em princípio, conciliar a exigência da legalidade dos atos com a complacência do administrador público em deixá-lo no mundo jurídico produzindo normalmente seus efeitos; tal omissão ofende literalmente o princípio da legalidade.

Entretanto, se essa deve ser a regra geral, há que se reconhecer que, em certas circunstâncias especiais, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido. Nesses casos, porém, não haverá escolha discricionária para o administrador, mas a única conduta juridicamente viável terá que ser a de não invalidar o ato e deixá-lo subsistir e produzir seus efeitos.

Tais situações consistem em verdadeiras *limitações* ao dever de invalidação dos atos e podem apresentar-se sob duas formas: 1) o decurso do tempo; 2)

consolidação dos efeitos produzidos.[441] O decurso do tempo, como é sabido, estabiliza certas situações fáticas, transformando-as em situações jurídicas. Aparecem aqui as hipóteses da prescrição e da decadência para resguardar o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Desse modo, se o ato é inválido e se torna ultrapassado o prazo adequado para invalidá-lo, ocorre a decadência,[442] como adiante veremos, e o ato deve permanecer como estava.[443]

Haverá limitação, ainda, quando as consequências jurídicas do ato gerarem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação. *"Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito"*.[444] Essas singulares situações é que constituem o que alguns autores denominam de *"teoria do fato consumado"* dentro do Direito Administrativo.[445]

Nesses casos, é de se considerar o surgimento de inafastável barreira ao dever de invalidar da Administração, certo que o exercício desse dever provocaria agravos maiores ao Direito do que aceitar a subsistência do ato e de seus efeitos na ordem jurídica.[446] Nota-se, por conseguinte, a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita. Atualmente, como já observamos, a doutrina moderna tem considerado aplicável também o *princípio da segurança jurídica* (na verdade inserido no princípio do interesse público), em ordem a impedir que situações jurídicas permaneçam eternamente em grau de instabilidade, gerando temores e incertezas para as pessoas e para o próprio Estado.[447]

5. Autotutela e Contraditório

Através da prerrogativa da autotutela, como já vimos anteriormente, é possível que a Administração reveja seus próprios atos, podendo a revisão ser ampla, para alcançar aspectos de legalidade e de mérito.[448] Trata-se, com efeito, de princípio administrativo, inerente ao poder-dever geral de vigilância que a Administração deve exercer sobre os atos que pratica e sobre os bens confiados à sua guarda. Decorre daí que *falha a Administração quando, compelida a exercer a autotutela, deixa de exercê-la*.[449]

A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. Em outras palavras, significa que, se for necessário rever

determinado ato ou conduta, a Administração poderá fazê-lo *ex officio*, usando sua autoexecutoriedade, sem que dependa necessariamente de que alguém o solicite. Tratando-se de ato com vício de legalidade, o administrador toma a iniciativa de anulá-lo; caso seja necessário rever ato ou conduta válidos, porém não mais convenientes ou oportunos quanto a sua subsistência, a Administração providencia a revogação. Essa sempre foi a clássica doutrina sobre o tema.

Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a autotutela de ofício em toda a sua plenitude. A orientação que se vai expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais de que se valeram, durante determinado período, os órgãos administrativos. Trata-se, no que concerne ao poder administrativo, de *severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública.*[450]

Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-se-lhes o poder de oferecerem as alegações necessárias a fundamentar seu interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato. Na verdade, como bem acentua ADILSON DALLARI, *"não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando a Administração Pública com o ônus da prova"*.[451]

O STF já teve a oportunidade de decidir que, quando forem afetados interesses individuais, *"a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada"*.[452] Observa-se dos dizeres do aresto ter sido considerada indevida a anulação de ato administrativo por falta de oportunidade conferida aos interessados, de contraditar e rechaçar os motivos que justificaram a conduta invalidatória. Desconsiderada foi, então, a autotutela *ex officio* da Administração. [453]

O direito positivo já apresenta, a seu turno, hipótese de exigência de contraditório antes do desfazimento de atos. Exemplo elucidativo se encontra na

Lei nº 8.666/93, que estabelece a exigência do contraditório antes do ato administrativo de desfazimento do processo de licitação.[454] Inspira o dispositivo a oportunidade de manifestação dos interessados na manutenção da licitação e o exame das razões que conduzem a Administração a perpetrar o desfazimento.

É preciso, por fim, advertir que nenhuma hipótese deve ser objeto de generalização indiscriminada. O exercício da autotutela administrativa *ex officio*, quer de legalidade, quer de mérito, é o corolário regular e natural dos poderes da Administração, de modo que, a princípio, poderão ser anulados e revogados atos por iniciativa do Poder Público. Por isso não se deve simplesmente considerar descartado o poder de autoexecutoriedade administativa. Em casos especiais, porém, como os vistos acima, deverão ser observados o contraditório e a ampla defesa antes de tomada a decisão administrativa. Tais casos, no entanto, devem ser vistos dentro do ângulo de excepcionalidade.

Acertada, portanto, a decisão que estatuiu: *"O contraditório e a ampla defesa, garantias proclamadas no art. 5º, LV, da CF, devem ser observados, não há dúvida, como regra geral, mas não absoluta, sob pena de ficar desamparado em muitos casos o interesse público, quando, então, impõe-se a prevalência da autoexecutoriedade de que gozam os atos administrativos, relegando-se para fase posterior o direito de defesa".*[455]

6. Efeitos

A invalidação opera *ex tunc,* vale dizer, *"fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem".*[456] É conhecido o princípio segundo o qual os atos nulos não se convalidam nem pelo decurso do tempo. Sendo assim, a decretação da invalidade de um ato administrativo vai alcançar o momento mesmo de sua edição.

Isso significa o desfazimento de todas as relações jurídicas que se originaram do ato inválido, com o que as partes que nelas figuraram hão de retornar ao *statu quo ante.* Para evitar a violação do direito de terceiros, que de nenhuma forma contribuíram para a invalidação do ato, resguardam-se tais direitos da esfera de incidência do desfazimento, desde que, é claro, se tenham conduzido com boa-fé. [457]

É preciso não esquecer que o ato nulo, por ter vício insanável, não pode redundar na criação de qualquer direito. O STF, de modo peremptório, já sumulou que a Administração pode anular seus próprios atos ilegais, *porque deles não se originam*

direitos.[458] Coerente com tal entendimento, o STJ, decidindo questão que envolvia o tema, consignou que *o ato nulo nunca será sanado e nem terceiros podem reclamar direitos que o ato ilegítimo não poderia gerar*.[459]

Por via de consequência, são inteiramente destituídos de amparo legal os pedidos formulados à Administração ou ao Judiciário por alguns interessados, no sentido de lhes serem estendidos, por equidade, os efeitos de ato administrativo nulo anterior. A ilegalidade não pode ser suporte de extensão para outras ilegalidades, nem encontra eco em qualquer aspecto da equidade. O que é preciso, isto sim, é sanar a ilegalidade, corrigindo-a através da anulação do ato e restabelecendo a necessária situação de legalidade.

Quanto à prescrição, considera grande parte da doutrina que ela incide em relação aos atos administrativos inválidos. Entende-se que o *interesse público* que decorre do princípio da estabilidade das relações jurídicas é tão relevante quanto a necessidade de restabelecimento da legalidade dos atos administrativos, de forma que deve o ato permanecer seja qual for o vício de que esteja inquinado.[460] Em tais casos, opera-se a prescrição das ações pessoais em 5 anos.[461]

O novo Código Civil não adotou a sistemática de estabelecer prazos genéricos diversos para direitos pessoais e reais;[462] a regra geral, para direito de qualquer natureza, é a de que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não tenha estabelecido prazo menor (art. 205). A nulidade do negócio jurídico não pode ser confirmada, nem convalesce pelo decurso do tempo (art. 169), o que não é aplicável aos atos administrativos, conforme visto acima. Em relação aos negócios jurídicos anuláveis, o prazo de decadência para postular sua anulação é de quatro anos (art. 178); será, porém, de dois anos quando a lei qualificar certo ato de anulável, sem estabelecer prazo decadencial próprio (art. 179). Não obstante, a matéria relativa à prescrição da ação anulatória (decadência do pleito anulatório, no novo sistema) de atos administrativos anuláveis continua sendo quinquenal, vez que regida por legislação especial (Dec. nº 20.910/32 e Dec.-lei nº 4.597/42), aplicável na hipótese de direitos pessoais de administrados contra a Fazenda Pública.

Em sede administrativa, a Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que dispõe sobre o processo administrativo na Administração Federal, também limitou a ação administrativa de anulação de atos administrativos, estabelecendo que o direito da Administração de anular atos que tenham produzido efeitos favoráveis para os

destinatários decai em cinco anos, contados da data da prática do ato, ressalvada, entretanto, a ocorrência de comprovada má-fé.[463] Idêntico preceito foi adotado no Estado do Rio de Janeiro pela Lei Estadual nº 3.870, de 24/6/2002.

Em relação ao novo prazo, há entendimento no sentido de que o termo *a quo* de sua contagem ocorre a partir da data da publicação da lei nova – no plano federal, a Lei nº 9.784/99 – quando se trata de atos administrativos praticados em data anterior à sua vigência.[464] Entendemos, porém, de forma diversa, e por mais de uma razão. A uma, porque a lei nada dispôs a respeito e, a duas, porque os prazos anteriores não podem ser simplesmente ignorados. Assim, deve aplicar-se, por analogia, o disposto no art. 2.028, do Cód. Civil, que não prevê qualquer *início de prazo* a partir de sua vigência; refere-se apenas aos *prazos* a serem observados.[465] Se o prazo da lei anterior era superior a cinco anos (prazo atual) e já havia transcorrido mais da metade, é aquele o prazo a ser considerado; se o tempo decorrido era inferior à metade, considerar-se-á o novo prazo. De qualquer modo, o termo *a quo* será sempre o da *vigência do ato* sujeito à anulação.

Essa nos parece a solução que simplesmente não põe uma pá de cal no tempo já decorrido a partir da prática do ato, o que provocaria gravame para o interessado.[466] -[467] Para evitar tal gravame é que ousamos dissentir, com a devida vênia, do entendimento segundo o qual, tendo havido má-fé do beneficiário ou da Administração, o prazo seria o mesmo de cinco anos, iniciando-se, porém, a contagem a partir da ciência do ato lesivo.[468] Semelhante solução faria perdurar a situação de insegurança, prejudicando o administrado quando a má-fé se originasse da própria Administração. Por outro lado, até condutas de má-fé são alcançadas pelos institutos extintivos, embora devam sê-lo por prazos maiores, como é o caso dos previstos no Código Civil em comparação com o quinquenal previsto na Lei 9.784/99.

7. Convalidação

A *convalidação* (também denominada por alguns autores de *aperfeiçoamento* ou *sanatória*) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. Só é admissível o instituto da convalidação para a doutrina dualista, que aceita possam os atos administrativos ser nulos ou anuláveis.

O instituto da convalidação tem a mesma premissa pela qual se demarca a diferença entre vícios sanáveis e insanáveis, existente no direito privado. A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. Por essa razão, o ato que convalida tem efeitos *ex tunc,* uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.[469]

Há três formas de convalidação. A primeira é a *ratificação*. Na definição de MARCELO CAETANO, *"é o acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprindo a ilegalidade que o vicia".*[470] A autoridade que deve ratificar pode ser a mesma que praticou o ato anterior ou um superior hierárquico, mas o importante é que a lei lhe haja conferido essa competência específica.[471] Exemplo: um ato com vício de forma pode ser posteriormente ratificado com a adoção da forma legal. O mesmo se dá em alguns casos de vício de competência. Segundo a maioria dos autores, a *ratificação* é apropriada para convalidar atos inquinados de *vícios extrínsecos*, como a competência e a forma, não se aplicando, contudo, ao motivo, ao objeto e à finalidade.

A segunda é a *reforma*. Esta forma de aproveitamento admite que novo ato suprima a parte inválida do ato anterior, mantendo sua parte válida. Exemplo: ato anterior concedia licença e férias a um servidor; se se verifica depois que não tinha direito à licença, pratica-se novo ato retirando essa parte do ato anterior e se ratifica a parte relativa às férias.

A última é a *conversão*, que se assemelha à reforma. Por meio dela a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento.[472] Exemplo: um ato promoveu A e B por merecimento e antiguidade, respectivamente; verificando após que não deveria ser B mas C o promovido por antiguidade, pratica novo ato mantendo a promoção de A (que não teve vício) e insere a de C, retirando a de B, por ser esta inválida.[473]

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de

competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos.[474] Também é possível convalidar atos com vício no objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício.[475] Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quando único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.

Assim como sucede na invalidação, podem ocorrer *limitações* ao poder de convalidar, ainda quando sanáveis os vícios do ato. Constituem barreiras à convalidação: 1) a impugnação do interessado, expressamente ou por resistência quanto ao cumprimento dos efeitos; 2) o decurso do tempo, com a ocorrência da prescrição, razão idêntica, aliás, à que também impede a invalidação.[476]

Normalmente, as leis que tratam das relações de direito público silenciam sobre o instituto da convalidação. Entretanto, indicando elogiável avanço, demonstrado pela expressividade no trato do assunto, a Lei nº 9.784, de 29/1/1999, reguladora do processo administrativo na esfera federal, contemplou a convalidação, ao lado da anulação e da revogação, averbando que a Administração pode declará-la quando forem sanáveis os vícios e não sobrevier prejuízo ao interesse público ou a terceiros.[477] A importância da norma legal, embora incidente apenas sobre a Administração Federal, é incontestável, uma vez que denuncia a opção do legislador pátrio em admitir expressamente a convalidação e o consequente aproveitamento de atos contaminados de vícios sanáveis, fato que comprova ter ele também perfilhado a tese dualista no que toca à teoria das nulidades nos atos administrativos.

XII. Revogação

1. Conceito

É o instrumento jurídico através do qual a Administração Pública promove a retirada de um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade.

Trata-se de um poder inerente à Administração. Ao mesmo tempo em que lhe

cabe sopesar os elementos de conveniência e oportunidade para a prática de certos atos, caber-lhe-á também fazer a mesma avaliação para retirá-los do mundo jurídico. Na verdade, não se poderia mesmo conceber que alguns atos administrativos perdurassem infinitamente no universo jurídico, contrariando critérios administrativos novos, os quais, embora supervenientes, passem a refletir a imagem do interesse público a ser protegido.

A revogação vem exatamente ao encontro da necessidade que tem a Administração de ajustar os atos administrativos às realidades que vão surgindo em decorrência da alteração das relações sociais.

Na doutrina estrangeira, alguns autores admitem dois tipos de revogação, uma por motivos de legalidade e outra por motivos de conveniência e oportunidade; na primeira, a retirada do ato tem como fundamento o vício de legalidade no ato, ao passo que nesta última o motivo seria o interesse da Administração.[478] Não obstante, não é esse o sistema adotado pela generalidade dos estudiosos pátrios. Para vícios de legalidade, o instrumento próprio de saneamento é a anulação; a revogação se destina à retirada do ato por razões eminentemente administrativas, resguardado, é claro, o direito adquirido.[479] Trata-se, por conseguinte, de institutos com marcas bem distintas, o que não ocorre nos sistemas que adotam a revogação por vício de legalidade.

2. Pressuposto

O pressuposto da revogação é o *interesse público*, dimensionado pela Administração. Cabendo a esta delinear o sentido do interesse público, porque sua função básica é a de gerir os bens e interesses da coletividade, como vimos, vai buscar em cada caso os elementos que o configuram, de modo que, alteradas as condições anteriores que permitiram a prática do ato, não raro promove a sua retirada do mundo jurídico.

No dimensionamento dessas condições, a Administração leva em conta a conveniência e a oportunidade de manter o ato ou de expungi-lo do acervo jurídico. É o poder próprio de adequar a conduta administrativa a novas situações. Como bem registra REALE, "nesse processo *ativo* ou *positivo* de realização de fins próprios, a revogação dos atos administrativos pelo Estado insere-se como um momento natural: representa um elo no fluir normal da ação administrativa",[480] lição que

evidencia claramente a coloração do instituto da revogação como forma de agir positiva da Administração.

Vejamos um exemplo prático: um ato de autorização para extrair areia de rio foi praticado quando reinavam condições fáticas que não violavam o interesse público. Suponha-se, porém, que, posteriormente, a atividade consentida venha a criar malefícios para a natureza. Nesse caso, os novos critérios administrativos certamente vão conduzir à revogação daquela autorização. Esses novos critérios de conveniência e oportunidade é que representam o interesse público justificador da revogação, ou seja, o seu pressuposto.

3. Fundamento

É o *poder discricionário* da Administração que constitui o fundamento do instituto da revogação. A respeito, é de anotar-se que a Administração dispõe de tal poder *"para rever a sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos"*.[481]

Dimana desse fundamento que há uma correlação entre a discricionariedade que inspira a criação do ato e a que conduz à sua revogação. É dizer: como regra, são suscetíveis de revogação os atos discricionários. Simples é a razão: como estes foram praticados à luz de certas *condições de fato,* pertinentes à conveniência e à oportunidade, alteradas tais condições, pode ser revogado o ato. Haverá, como veremos adiante, exceções a esta regra, mas nem por isso podemos deixar de considerá-la aplicável à maioria dos casos.

4. Origem

Ao contrário da invalidação, que pode ser efetivada pelo Judiciário ou pela própria Administração no exercício de sua prerrogativa de autotutela, a revogação só pode ser processada pela Administração, e isso porque é vedado ao Judiciário apreciar os critérios de conveniência e oportunidade administrativas.[482]

É que, no sistema pátrio, prevalece o sistema da repartição de funções estatais, de modo que, se fosse lícito ao Juiz proceder à valoração daqueles critérios, estaria ele exercendo função administrativa, e não jurisdicional, esta a função que constitucionalmente lhe compete. Sendo a revogação um instituto que traduz valoração administrativa, não pode ser cometida senão à Administração Pública.

O que o Juiz pode verificar, e isso é coisa diversa, é a validade ou não do ato

de revogação. Mas nessa hipótese estará exercendo normalmente sua função jurisdicional, que consiste no exame da adequação dos casos litigiosos concretos à lei.

5. Efeitos

Para bem entender os efeitos do ato revogador, é preciso ter em mente que sua incidência abrange os atos *válidos,* atos que, a despeito disso, precisam ser retirados do universo jurídico. A hipótese de conter o ato vícios de legalidade leva não à revogação, mas à invalidação ou anulação, como visto anteriormente.

Ora, se o ato revogado tinha validade, o ato de revogação só pode produzir efeitos *ex nunc,* ou seja, a partir de sua vigência, de modo que os efeitos produzidos pelo ato revogado devem ser inteiramente respeitados. Atua para o futuro, *"mantendo intangidos os efeitos passados e produzidos do ato revogado"*, como corretamente averba estudioso sobre o assunto.[483]

Neste ponto, é mister destacar que o ato revogado, apesar de não mais se situar na esfera de interesse da Administração, era desprovido de vícios, ou seja, tratava-se de ato legal. Ora, o ato jurídico perfeito não pode ser atingido pela lei nova, garantido que está pelo princípio da irretroatividade das leis.[484] Se está a salvo da própria lei, com muito maior razão o estará de atos administrativos supervenientes. De tudo ressai a conclusão de que os efeitos do ato revogado não podem ser atingidos pelo ato revogador.

6. Inocorrência

O poder de revogação da Administração Pública não é ilimitado. Ao contrário, existem determinadas situações jurídicas que não rendem ensejo à revogação, em alguns casos por força da própria natureza do ato anterior, em outros pelos efeitos que produziu na ordem jurídica.

São insuscetíveis, pois, de revogação:

1) os atos que exauriram os seus efeitos (exemplo: um ato que deferiu férias ao servidor; se este já gozou as férias, o ato de deferimento já exauriu os seus efeitos);
2) os atos vinculados, porque em relação a estes o administrador não tem liberdade de atuação (exemplo: um ato de licença para exercer profissão

regulamentada em lei não pode ser retirado do mundo jurídico por nenhum critério administrativo escolhido pela Administração);[485]

3) os atos que geram direitos adquiridos, garantidos por preceito constitucional (art. 5º, XXXVI, CF) (exemplo: o ato de conceder aposentadoria ao servidor, depois de ter este preenchido o lapso temporal para a fruição do benefício);

4) os atos integrativos de um procedimento administrativo, pela simples razão de que se opera a preclusão do ato anterior pela prática do ato sucessivo (exemplo: não pode ser revogado o ato de adjudicação na licitação quando já celebrado o respectivo contrato);[486] e

5) os denominados *meros atos administrativos*, como os pareceres, certidões e atestados.

Há doutrinadores que incluem entre os atos irrevogáveis aqueles em que já se tenha exaurido a competência relativamente ao objeto do ato, exemplificando com o ato que, tendo sido objeto de recurso, está sob apreciação de autoridade hierárquica de nível mais elevado, o que deixaria a autoridade que praticou o ato sem competência para a revogação.[487] Assim, entretanto, não nos parece. Se o autor, diferentemente do que decidira, resolve revogá-lo depois da interposição do recurso, nada impede que o faça, pois que o recurso não tem o condão de suprimir-lhe a competência legal. O efeito será apenas o de resultar prejudicado o recurso em virtude do atendimento da pretensão recursal.

7. Revogação da Revogação

A questão aqui consiste em saber se pode haver revogação de um outro ato anterior de revogação. Em termos práticos: havia o ato A que foi revogado pelo ato B; agora, com o ato C, a Administração desiste de B e quer reativar o conteúdo do ato A.

O tema deve ser analisado sob dois aspectos. Antes, porém, é preciso não esquecer que o ato de revogação é de caráter *definitivo,* ou seja, exaure-se tão logo atinge o seu objetivo, que é o de fazer cessar a eficácia do ato revogado. Com o ato revogador, assim, desaparece do mundo jurídico o ato revogado.

O problema surge quando a Administração se arrepende da revogação, pretendendo o retorno do ato revogado para que ressurjam os seus efeitos. Nesse

caso, como bem averba DIÓGENES GASPARINI, a só revogação não terá o efeito de repristinar o ato revogado, porque a isso se opõe o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, conquanto destinada a norma às leis revogada e revogadora.[488] Na verdade, não se pode mais conceber que o ato revogado, expungido do universo jurídico, ressuscite pela só manifestação de desistência do ato revogador. Esse é o primeiro aspecto a ser considerado.

O segundo ocorre quando a Administração quer mesmo restaurar a vigência do ato revogado e, no próprio ato em que se arrepende da revogação, expressa seu intento, de forma cabal e indubitável. Neste caso, o efeito é diferente, e isso porque num só ato a Administração faz cessar os efeitos da revogação e manifesta expressamente a sua vontade no sentido de revigorar o ato revogado. Na prática, *nasce um novo ato administrativo* com dois capítulos: um relativo à desistência da revogação, e outro consistindo no mesmo objeto que tinha o ato revogado. Esta hipótese não se afigura ilegal.[489]

Ressalte-se apenas, para não deixar dúvidas, que o terceiro ato, que foi o que restaurou o conteúdo do ato revogado (este, o primeiro dos atos praticados), tem o caráter de *ato novo* e, por tal motivo, não podem ser aproveitados os efeitos anteriores, que são aqueles produzidos no período em que vigorava o ato revogador (o segundo dos atos praticados); é que com esse ato – ato de revogação – cessaram os efeitos do primeiro ato. O que o terceiro ato faz é tão-somente adotar, *a partir de sua vigência*, o mesmo conteúdo que tinha o primeiro ato e, consequentemente, os mesmos efeitos que eram dele decorrentes. A vigência, contudo, não alcança o período em que vigorava o ato de revogação do primeiro dos atos.[490]

XIII. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 346: *A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*

Súmula 473: *A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 280: *O artigo 35 do Decreto-lei 7.661/45, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.*

Capítulo V -

Contratos Administrativos

I. Introdução

Instituto destinado à livre manifestação da vontade, os contratos são conhecidos desde tempos imemoriais, muito embora, como é evidente, sem o detalhamento sobre os aspectos de conteúdo e de formalização que a história jurídica tem apresentado.

Com a noção mais moderna da personificação do Estado, cristalizou-se a ideia da possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais, figurando ele como uma das partes na relação obrigacional. Logicamente, tais compromissos nem deveriam, de um lado, ser desnaturados a ponto de perder sua característica própria, nem deveriam, por outro, ser de tal modo livres que pudessem abstrair-se das condições especiais que cercam a figura do Estado.

De qualquer modo, o substrato básico dos contratos é o acordo de vontades com objetivo determinado, pelo qual as pessoas se comprometem a honrar as obrigações ajustadas. Com o Estado não se passa diferentemente. Sendo pessoa jurídica e, portanto, apta a adquirir direitos e contrair obrigações, tem a linha jurídica necessária que lhe permite figurar como sujeito de contratos.

II. Contratos da Administração

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de *contratos da Administração*, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos pólos da relação contratual.

Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração.[491] Desse modo, a noção corresponde a um *gênero*.

Cabe salientar que a c*ontratação* em geral, seja qual for a sua modalidade,

caracteriza-se indiscutivelmente como *atividade administrativa*, cuja execução resulta de critérios de conveniência e de oportunidade privativos da Administração Pública. Por isso, afigura-se inconstitucional qualquer lei ou norma de Constituição Estadual que condicione a celebração de contratos da Administração à prévia autorização do Poder Legislativo ou de registro prévio no Tribunal de Contas. Na verdade, norma nesse sentido estaria conferindo a esse Poder atribuição que a Constituição Federal não lhe outorga.[492]

1. Contratos Privados da Administração

A primeira das espécies dos contratos dessa categoria é a dos *contratos privados da Administração*, regulados pelo Direito Civil ou Empresarial.[493]

É evidente que, quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu *ius gestionis*, com o que sua situação jurídica muito se aproxima da do particular.[494]

Seja como for, o importante é reconhecer a existência de contratos dessa natureza firmados pelo Estado, *"tendo-se apenas de considerar a capacidade do contratante em função das correspondentes normas administrativas, tal como ocorrerá em geral com as pessoas jurídicas".*[495]

São contratos de direito privado da Administração, por exemplo, a compra e venda, a doação, a permuta e outros do gênero.

2. Contratos Administrativos

Os contratos administrativos também constituem espécie do gênero *contratos da Administração*, mas têm normas reguladoras diversas das que disciplinam os contratos privados firmados pelo Estado.

Sendo contratos típicos da Administração, sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando *supletivamente* as normas de direito privado, como está expresso na lei.[496] Em última análise, é o *regime jurídico* que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

Neste ponto, é de toda a conveniência observar que nem o aspecto *subjetivo*

nem o *objetivo* servem como elemento diferencial. Significa que só o fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto ao objeto: é que não só os contratos administrativos como os contratos privados da Administração hão de ter, fatalmente, um objetivo que traduza interesse público. Assim, tais elementos têm que ser sempre conjugados com o regime jurídico, este sim o elemento marcante e diferencial dos contratos administrativos.

III. Conceito

Vários são os conceitos de contrato administrativo formulados pela doutrina, alguns deles destacando determinado elemento, e outros acentuando elementos diversos.

De forma simples, porém, pode-se conceituar o contrato administrativo como *o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.*

IV. Disciplina Normativa

1. Disciplina Constitucional

Diversamente da Constituição anterior, que silenciava sobre o assunto, a vigente estabelece desde logo a competência legislativa para dispor sobre contratos. O texto constitucional não especifica o tipo de contrato, referindo-se apenas à "contratação", o que evidentemente abrange todos os tipos de contratos.

Reza o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação da EC 19/98, competir privativamente à União Federal 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, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III".*

No direito anterior, em face da omissão do texto constitucional, alguns juristas contestavam a competência da União para dispor sobre o assunto em relação a Estados e Municípios. Ante o texto vigente, contudo, foi dissipada qualquer dúvida sobre a matéria.[497]

É importante anotar, todavia, que a referida competência se limita à edição de *normas gerais*, e, sendo assim, às demais entidades da federação foi conferida a competência para editar normas específicas. Na verdade, nem sempre tem sido fácil identificar quando um dispositivo encerra *norma geral* ou *específica*, e talvez por essa razão muitos Estados e Municípios adotam a Lei nº 8.666/93, deixando, pois, de criar normas específicas, para evitar o risco de eventuais impugnações. A propósito, já foi declarada inconstitucional lei de unidade federativa que vedava a contratação de pessoas jurídicas, em cujos contratos de mão-de-obra se discriminavam pessoas com o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito, fundando-se a decisão no fato de que, sendo norma geral, a competência seria privativa da União.[498]

Por outro lado, muitas objeções têm sido levantadas em relação a alguns dispositivos da lei federal, os quais, segundo o entendimento de diversos estudiosos, não contêm regras gerais, mas sim específicas. De fato, se o dispositivo da lei federal contiver norma específica, estará fatalmente em contrariedade com a Constituição Federal, e, em consequência, maculado de vício de inconstitucionalidade.[499]

2. Disciplina Legal

Os contratos administrativos são regulados basicamente pela Lei nº 8.666, de 21/6/1993, que já sofreu algumas alterações posteriores. Entre estas, sobressai a Lei nº 8.883, de 8/6/1994, por ter introduzido um grande número de regras de conteúdo bem diverso das que vigoravam inicialmente. Nessa matéria, aliás, tem-se mesmo a impressão de que o legislador ainda não definiu, vez por todas, o quadro jurídico que deseja ver aplicável.[500]

Em virtude de condensar as normas e princípios fundamentais sobre os contratos administrativos e também sobre as licitações, a Lei nº 8.666/93 passou a ser conhecida como o *Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas*. Posteriormente, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), na qual foram criadas algumas regras especiais para tais categorias de empresas.

Algumas singularidades marcam os contratos de *serviços de publicidade*. Para delineá-las, foi promulgada a Lei nº 12.232, de 29.04.2010, sendo que suas regras prevalecem sobre as normas gerais do Estatuto e, desse modo, a este cabe aplicação

subsidiária, ou seja, naquilo que não contrariar as normas da lei mais nova.

Não custa relembrar, porém, que além do Estatuto outras leis reguladoras dos contratos administrativos foram promulgadas por Estados e Municípios, dispondo não sobre regras gerais, mas sim sobre regras específicas só eficazes nos respectivos territórios.

É oportuno acentuar, da mesma forma, que as normas contidas na Lei 8.666/93 se caracterizam como *específicas*, considerando os contratos em geral, e isso porque disciplinam uma categoria própria do gênero. Subsidiariamente, portanto, aplicam-se aos contratos administrativos as normas gerais sobre contratos, contempladas no Código Civil.[501]

V. Sujeitos do Contrato

1. Cenário Geral

Na relação jurídica dos contratos administrativos, está de um lado a Administração, parte *contratante* (art. 6º, XIV, do Estatuto), e de outro a pessoa física ou jurídica que firma o ajuste, o *contratado* (art. 6º, XV).

Não será comum, mas, em tese, é possível que ambos os sujeitos do contrato sejam pessoas administrativas, e nesse caso será ele administrativo em razão da própria natureza dos pactuantes.[502] Observamos, porém, que esse tipo de contrato tem regime próprio em que não incidem alguns postulados dos contratos administrativos, como o da supremacia de uma das partes. Ademais, a conjugação de vontades administrativas nesse caso mais se assemelha à relação jurídica existente nos *convênios*, que traduzem interesses comuns e paralelos, do que à relação contratual.

O sentido de Administração comporta não só a Administração Direta como a Indireta, de modo que, além das pessoas federativas, podem ser partes do contrato administrativo as entidades a elas vinculadas, caso das autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. Além dessas pessoas, a lei incluiu na concepção de Administração Pública outras entidades que sofrem controle direto ou indireto da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, fato que indica ter o legislador fixado âmbito bem largo para o sentido da expressão *Administração Pública*.[503]

Como a lei não fez distinção a respeito, considera-se que mesmo as pessoas administrativas que executam atividades econômicas devem celebrar seus contratos sob a incidência das regras do Estatuto, fazendo jus, portanto, aos vários privilégios normalmente atribuídos às pessoas que prestam serviços públicos, e isso por mais paradoxal que possa parecer, visto que tais entidades são pessoas de direito privado. [504]

Advirta-se, porém, que a Emenda Constitucional nº 19/98, alterando o art. 173, § 1º, da CF, previu lei específica para regular os contratos e licitações de empresas públicas e sociedades de economia mista, observados, porém, os princípios gerais sobre a matéria. Com o advento dessa lei, alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93 deixarão de aplicar-se a essas entidades. Aliás, a mesma Emenda, alterando o art. 22, XXVII, da CF, deixou claro que à União caberá editar dois estatutos diversos: um para a Administração Direta, Autárquica e Fundacional e pessoas sob controle direto ou indireto do Poder Público, e outro para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

2. Normas específicas: microempresas e empresas de pequeno porte

No Título VII, dedicado à Ordem Econômica e Financeira, a Constituição por duas vezes se referiu às *microempresas e empresas de pequeno porte*. Primeiramente no art. 170, IX, foi incluído como princípio o *tratamento favorecido* a tais empresas, quando constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. Depois, o art. 179 determinou que os entes federativos, como incentivo, lhes dispensassem *tratamento jurídico diferenciado* mediante a simplificação, redução ou eliminação, conforme o caso, de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. O Constituinte, na matéria, foi sensível ao importante papel desempenhado na economia por tais empresas, bem como à necessidade de eliminar ou reduzir exigências burocráticas desnecessárias, levando-as à economia informal ou clandestinidade.[505]

Com lastro em tais mandamentos, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte,[506] nele sendo fixadas diversas normas específicas sobre aquelas obrigações.[507] Na parte relativa às obrigações administrativas, foram criadas normas específicas sobre contratos e licitações públicos, derrogadoras de algumas

normas genéricas da Lei nº 8.666/93, e sobre elas faremos a seguir breves observações que nos parecem pertinentes ao contrato em seu aspecto subjetivo, ou seja, às situações em que tais empresas sejam sujeitos do contrato. No Capítulo seguinte, abordaremos as especificidades relacionadas às licitações.

Não custa lembrar, entretanto, que o art. 179 da CF tem caráter de exceção no que diz respeito ao tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado àquelas empresas e, por tal motivo, há de prevalecer no confronto com o art. 37, XXI, que, em termos de regra geral, assegura igualdade de condições a todos os concorrentes. Trata-se de normas aparentemente conflitantes, mas que devem ser interpretadas no sentido de que, ocorrendo o suporte fático previsto na norma especial, esta é que deverá ser aplicada em lugar da norma geral.

A L.C. 123/2006 passou a permitir que a Administração Pública dispense, nas *contratações públicas*, *tratamento diferenciado e favorecido* para microempresas e empresas de pequeno porte, com o escopo de incentivar-lhes o desenvolvimento econômico e social nos planos local e regional, bem como de estimular o processo de inovação tecnológica, mediante a implementação de políticas públicas mais eficientes para o setor.[508] Torna-se imprescindível, no entanto, que o ente federativo institua legislação própria com a regulamentação da matéria, como, aliás, o autoriza o art. 22, XXVII, da Constituição, que, conferindo à União competência para expedir normas gerais sobre a matéria, atribuiu às demais pessoas federativas competência para instituir normas específicas em caráter complementar, como visto anteriormente. A norma em foco mencionou apenas as contratações da União, dos Estados e dos Municípios, mas deve ser interpretada no sentido de abranger também os contratos do Distrito Federal e das demais pessoas administrativas sujeitas ao princípio da obrigatoriedade de licitação, vez que inexiste qualquer razão lógica para tal tipo de discriminação.

O tratamento diferenciado e favorecido nos contratos pode ser implementado de três formas. Primeiramente, pode ser instaurado processo licitatório para competição apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte, embora limitado o valor do contrato a R$ 80.000,00. Depois, pode exigir-se dos licitantes a subcontratação daquelas empresas, não podendo, contudo, exceder a 30% do valor objeto da contratação; nesse caso, empenhos e pagamentos poderão ser destinados diretamente às empresas favorecidas. Por último, pode estabelecer-se cota de até

25% do objeto para a contratação daquelas empresas em licitações para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.[509] A lei, entretanto, faz uma ressalva: o montante licitado com aplicação desse tratamento diferenciado não pode exceder a 25% do total licitado em cada ano.[510] Observe-se que todas essas medidas têm por alvo fomentar o desenvolvimento das referidas empresas no setor econômico e o mercado de bens e valores.

Não obstante, em determinadas situações tais regras são inaplicáveis. A inaplicabilidade ocorrerá quando: 1º) não houver previsão expressa no instrumento convocatório, como o edital; 2º) não existirem mais de três microempresas ou empresas de pequeno porte no local ou na região, capazes de atender às exigências do edital; 3º) as regras de preferência não implicarem vantagem para a Administração ou lhe acarretarem prejuízo em relação ao objeto licitado; 4º) for o caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação (arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93).[511]

VI. Características

1. A Relação Contratual

Possui a relação jurídica do contrato administrativo algumas peculiaridades próprias de sua natureza. Assim é que esse tipo de contrato se reveste das seguintes características:

1) *formalismo*, porque não basta o consenso das partes, mas, ao contrário, é necessário que se observem certos requisitos externos e internos;[512]
2) *comutatividade*, já que existe equivalência entre as obrigações, previamente ajustadas e conhecidas;
3) *confiança recíproca* (*intuitu personae*), porque o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela Administração, isso sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual (art. 72 do Estatuto).
4) *bilateralidade,* indicativa de que o contrato administrativo sempre há de traduzir obrigações para ambas as partes.

2. A Posição Preponderante da Administração

Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo o curso do ajuste.

O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último.[513]

Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração *posição de supremacia* em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos (*lex inter partes* e *pacta sunt servanda*), que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos, como será visto oportunamente.

Essa situação de preponderância em favor da Administração está dispersa em vários dispositivos do Estatuto, a começar pelo art. 54, verdadeiro princípio norteador de várias outras regras da mesma natureza.[514]

Referido privilégio, como se pode observar, é consequência do regime jurídico de direito público que regula os contratos administrativos, mesmo quando a contratação é efetivada por pessoa administrativa de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista. Em contrato de obras celebrado por empresa pública (no caso, a ECT – Empresa de Correios e Telégrafos), os empreiteiros formularam pretensão revisional do contrato baseada no Código de Defesa do Consumidor. O STJ, porém, em bom momento, rejeitou a pretensão, asseverando que o contrato se subordina a regime básico de direito público, regendo-se, assim, pelo direito administrativo, e não pelo direito privado.[515]

3. O Sujeito Administrativo e o Objeto

Além das características já mencionadas, pode-se fazer referência a mais duas: o sujeito administrativo e o objeto. Embora não sejam elementos que *isoladamente* caracterizem os contratos administrativos, é incontestável que neles sempre estarão

presentes.

Como já visto, exige-se que num dos pólos da relação contratual esteja uma pessoa administrativa, seja um ente federativo, sejam outras entidades sob seu controle direto ou indireto. Há, por conseguinte, um sujeito administrativo na relação jurídica.

Por outro lado, o objeto do contrato deverá, direta ou indiretamente, trazer benefício à coletividade. Haverá de ser contratada atividade que se revista de interesse público, mesmo porque não se pode admitir objetivo diverso na atividade estatal, e este deve ser o motivo inspirador da conduta administrativa.[516]

VII. Espécies

De acordo com o objeto e com as peculiaridades do ajuste, é possível apontar espécies de contratos administrativos. Como se verá adiante, não há uniformidade entre os autores sobre essas espécies. O próprio Estatuto não ostentou a clareza que seria de se esperar, abrindo espaço, pelo contrário, a que surgissem algumas dúvidas entre os intérpretes. De qualquer modo, enunciaremos aquelas espécies que, fora de qualquer dúvida, espelham contratos administrativos.

1. Contratos de Obras

1.1. Sentido

Contratos de obras são aqueles em que o objeto pactuado consiste em construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de determinado bem público.[517] A noção envolve bens de utilização administrativa ou de uso coletivo. Assim, tanto é contrato de obra a construção de edifício para instalar-se a sede de uma Assembléia Legislativa, como o é a de uma escola municipal. São, ainda, exemplos desses contratos a construção de viadutos, de represas, de prédios públicos, de obras sanitárias etc.

A *construção* resulta de atividades e materiais destinados à criação do bem. *Reforma* é o conjunto de alterações que esse bem pode sofrer, sem que seja ampliado. *Ampliação* pressupõe também que o bem já exista, mas que pelo contrato vai receber acréscimo em suas dimensões. A *fabricação* indica o sentido de criação do bem. Na *recuperação* (que não deixa de ser uma reforma), contrata-se para o fim especial de restauração do bem.

1.2. Condições Específicas de Contratação

O fato de algumas Administrações terem contratado obras aleatoriamente, muitas vezes sem qualquer necessidade, levou o legislador a estabelecer condições a serem observadas principalmente pelos órgãos públicos, tendo em vista a possibilidade de ser melhor aferido o interesse público gerador do ajuste.

Uma dessas condições específicas é o *projeto básico*,[518] que é a definição prévia da obra a ser contratada. Deve a Administração, antes das providências necessárias à contratação, delinear o projeto da obra, indicando os motivos que levam à sua realização, a extensão, o tempo que deve durar, a previsão dos gastos, e outros elementos definidores. Por isso, a lei exige que antes mesmo da licitação o projeto básico esteja devidamente aprovado pela autoridade competente.[519]

O Estatuto prevê também o *projeto executivo* (art. 6º, X), instrumento que indica os elementos necessários à execução completa da obra. Embora já seja mais pertinente à fase de execução, trata-se também de condição necessária à consecução regular do contrato.

Tais projetos, que servem também como elementos de controle da Administração, devem considerar alguns aspectos relevantes referentes à obra, como segurança, funcionalidade, economicidade, durabilidade, adequação de técnicas e utilização de mão-de-obra existentes no local. Devem ainda obedecer ao requisito da *padronização* sempre que as obras se destinarem ao mesmo objetivo, salvo quando houver peculiaridade quanto ao local ou à natureza do empreendimento.[520]

Outra condição é a programação da *integralidade* da obra. Com efeito, havendo previsão orçamentária para a execução da obra, deve ser programada em sua totalidade, considerando-se os custos e os prazos de execução (art. 8º). A execução, porém, pode ser parcelada, não como regra, mas somente quando houver razões de ordem técnica e econômica, devidamente justificadas (art. 23, § 1º).

1.3. Regimes de Execução

A execução de obras pode ser *direta* ou *indireta*. Direta, quando realizada pelos próprios órgãos administrativos. Por via de consequência, a execução que resulta da contratação de terceiros será sempre indireta.

Podem ser realizadas obras sob quatro regimes diversos de execução indireta.

Em primeiro lugar, o regime da *empreitada por preço global*, quando o preço ajustado leva em consideração a obra como um todo. Como se trata de empreitada, pode o empreiteiro contribuir apenas com seu trabalho, ou pode também fornecer os materiais, aplicável aqui o art. 610 do Código Civil.

Pode também o contrato ser executado sob o regime da *empreitada por preço unitário*, no qual o preço leva em conta unidades determinadas da obra a ser realizada.[521]

Temos, ainda, o regime da *empreitada integral* (art. 6º, VIII, "e", do Estatuto), em que a Administração contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações. Caracteriza esse regime o fato de serem contratados simultaneamente serviços e obras, quando, é evidente, o objetivo se revestir de maior vulto e complexidade.

A lei menciona um quarto tipo de regime – o de *tarefa*, existente *"quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais"* (art. 6º, VIII, "d", do Estatuto). Na verdade, porém, cuida-se de uma empreitada, de lavor ou de material, e, portanto, submete-se às regras que a regulam. Foi ela colocada como regime à parte em razão de ser destinada a pequenas obras e serviços, cuja contratação independe de prévia licitação.[522]

A lei vigente aboliu o regime da *administração contratada*, pelo qual a remuneração do contratado correspondia a um percentual sobre o montante da obra. Apesar de adotado do sistema francês, esse regime sempre provocou certa desconfiança por parte da Administração, em virtude das brechas que abria à prática de eventuais abusos. Foi, por isso, levado à extinção pela legislação vigente.

2. Contratos de Serviços

Com base no Estatuto (art. 6º, II), consideram-se contratos de serviço aqueles que visam a atividade destinada a obter determinada utilidade concreta de interesse para a Administração.

Tais contratos são normalmente conhecidos por "contratos de prestação de serviços" e neles se realça a atividade material do contratado. É tipicamente o contrato onde a obrigação se traduz num *facere*. Algumas dessas atividades são mencionadas na lei, como as de conservação, reparação, conserto, transporte, operação, manutenção, demolição, seguro, locação de bens, e outras, todas

consubstanciando típicas obrigações de fazer.

A distinção entre *obras* e *serviços*, sobretudo quando se trata de *serviços de engenharia*, rende ensejo a algumas dificuldades: o próprio Estatuto não faz a distinção com clareza (art. 6º, I e II). Há atividades facilmente enquadradas como *serviços*; outras, contudo, se situam numa zona cinzenta, deixando ao intérprete a dúvida sobre se o caso é de *serviço* ou de *obra*. Aliás, no fundo a obra não deixa de ser um serviço com resultado. Para alguns estudiosos, obra exige a elaboração de projeto básico, ao passo este não seria exigível para os serviços.[523] Tal distinção, porém, não tem rigoroso amparo no Estatuto. Parece-nos que, apesar das dificuldades, pode entender-se que na obra há sempre um acréscimo ou modificação significativa no bem imóvel, enquanto que nos serviços gerais predomina a atividade, a execução, o *facere*, enfim.[524]

As condições básicas de contratação são as mesmas dos contratos de obras, havendo necessidade de prévia programação através do projeto básico e do projeto executivo, devidamente chancelados pela autoridade competente. Vale, assim, o que foi dito sobre o assunto no tópico relativo aos contratos de obras. É preciso destacar, no entanto, que, nos contratos de serviços em geral, os referidos projetos podem ser apresentados de forma bem singela, ou até mesmo ser dispensados em grande parte dos casos, quando incompatíveis com a natureza do ajuste. O que a Administração precisa fazer sempre é definir, com exatidão, o objeto da futura contratação.[525]

O mesmo se pode dizer no que concerne aos regimes de execução. Incidem também para os contratos de serviços os regimes da empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, empreitada integral e tarefa. Remetemos, portanto, o leitor aos comentários feitos a propósito dos contratos de obra.

Os serviços dividem-se em *comuns* e *técnicos-profissionais*.[526] *Serviços comuns* são aqueles para os quais não há necessidade de específica habilitação, como é o caso de serviços de conservação e limpeza, pintura e vigilância. *Serviços técnicos-profissionais*, ao contrário, são aqueles que reclamam habilitação legal, seja através de formação em curso superior específico ou registro nos órgãos legalmente determinados.

O Estatuto, porém, enumerou as atividades que denominou de *serviços técnicos-profissionais especializados*, devendo-se entender que assim os considerou em virtude do alto grau de aperfeiçoamento e especialização dos profissionais que os executam.

Relaciona o art. 13 do Estatuto os seguintes serviços:

1) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
2) pareceres, perícias e avaliações;
3) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
4) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
5) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
6) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; e
7) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.[527]

É comum a Administração contratar artistas para eventos comemorativos. Embora a atividade do contratado seja artística e, portanto, pessoal, não deixa o objeto do contrato de ser um *facere*. Sendo assim, inserem-se esses ajustes entre os contratos de serviço, regulados que são pelas normas a estes pertinentes. Por sua característica, porém, não exigem a realização de licitação prévia (art. 25, III, do Estatuto).

No que concerne aos contratos de serviços, é oportuno tecer breve consideração sobre a *terceirização* de atividades pela Administração. É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas *atividades-meio,* contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de *terceirização lícita.* Vedado se afigura, entretanto, que delegue *atividades-fim,* como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. Nesse caso, a Administração simula a intermediação de mão-de-obra, numa evidente contratação de locação de serviços individuais e, com isso, procede a recrutamento ilegal de servidores *(terceirização ilícita).* Em várias ocasiões, esse tipo de contratação tem sido anulado pelos órgãos de controle, inclusive pelos Tribunais de Contas. [528]

2.1. Serviços de Publicidade

A Lei nº 12.232, de 29.04.2010, que dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por meio de agências de propaganda, introduziu alguns aspectos especiais que marcam

o caráter singular desse tipo de contratação, sem dúvida alvo de inúmeros desvios no passado. Por essa razão, veremos sucintamente o que de mais relevante consta da lei no que tange aos contratos.

Não é qualquer atividade que se enquadra como serviço de publicidade. Este traduz o conjunto de atividades que alvitrem o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a supervisão da execução externa, bem como a distribuição de publicidade aos meios de divulgação. O objetivo do serviço de publicidade consiste na promoção da venda de bens ou serviços de qualquer natureza, na difusão de ideias ou na informação ao público em geral.[529]

Uma das características da lei é a de que os contratos só podem ser celebrados por intermédio de *agências de propaganda* que, além de terem sua atividade regulada pela Lei nº 4.680/65,[530] sejam portadoras de *certificado de qualificação técnica* de funcionamento.[531] O acesso a tais certificados, todavia, tem que ser o mais amplo possível, porquanto, se não o for, ficarão alijadas as entidades para as quais a obtenção seja inacessível, com grave agressão ao princípio da competitividade.

O contrato pode ter objeto plúrimo: ao lado do serviço principal, podem ser incluídas atividades complementares, desde que conexas àquele. São vedadas outras atividades, como as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas e, ainda, as que tenham por fim realizar eventos festivos.[532] Em outra vertente, a lei admite a adjudicação do serviço a mais de uma agência de propaganda, sem separação em itens ou contas publicitárias; tal faculdade, porém, deverá ser justificada.

Paira certa dúvida sobre se os serviços de publicidade se configuram como *serviços contínuos,* cujos contratos, como sabido, são suscetíveis de prorrogação, como regra, até sessenta meses (art. 57, II, Estatuto). Inexiste na lei qualquer vedação excludente dessa classificação. Por outro lado, certas atividades publicitárias não justificariam prorrogação contratual. Em nosso entender, portanto, será preciso analisar caso a caso de forma pontual, só se considerando serviço comum, para fins de prorrogação contratual, aquela publicidade rotineira, normalmente de cunho institucional da Administração, para cuja contratação inicial, aliás, sempre se exigirá licitação.[533]

Há previsão na lei de que pertencem à Administração vantagens conquistadas

em negociação de compra de mídia, diretamente ou por meio de agências, inclusive descontos e bonificações concedidos pelo veículo de divulgação. Não obstante, constituem receita própria da agência os frutos oriundos da concessão, pelo veículo de divulgação, de planos de incentivo, tendo havido concordância por parte da agência.[534]

3. Contratos de Fornecimento (ou Compras)

São aqueles que se destinam à aquisição de bens móveis necessários à consecução dos serviços administrativos. A Administração, para atingir seus fins, precisa a todo momento adquirir bens da mais variada espécie, e isso pela simples razão de que múltiplas e diversificadas são as suas atividades. De fato, e apenas para exemplificar, é necessário adquirir medicamentos, instrumentos cirúrgicos e hospitalares, equipamentos etc., se o objetivo é a assistência médica; material escolar, carteiras etc., se o Estado visa à atividade de educação, e assim também para as demais atividades.

Cuida-se, na verdade, de contrato de compra e venda,[535] tal como existente no campo do direito privado e por este regido em algumas de suas regras básicas, com a ressalva, é óbvio, da incidência normativa própria dos contratos administrativos.

A lei alerta que deve o administrador, antes de celebrar tais contratos, caracterizar o objeto das compras e especificar os recursos financeiros para o pagamento dos fornecedores (art. 14 do Estatuto).

As compras feitas pela Administração devem atender a algumas diretrizes específicas, tendo em vista a natureza da contratação. Uma delas reside no *princípio da padronização* (art. 15, I, Estatuto), segundo o qual se torna necessário, em algumas ocasiões, que determinados bens tenham as mesmas características técnicas. Não se trata de diretriz aleatória, mas, ao contrário, exige-se que a Administração justifique sua adoção, inclusive como instrumento da economicidade que deve reger sua atuação. Por isso, não deve ser meio de desvio de conduta, cabendo aplicar-se o princípio da razoabilidade para conciliação do interesse público com o procedimento licitatório.[536]

Outra diretriz é o *registro de preços* (art. 15, II, Estatuto), necessário para a obtenção de certa uniformidade e regularidade na aquisição dos bens. Por tal

motivo, urge que haja atualização periódica no sistema de registro, bem como ampla pesquisa de mercado (art. 15, § 1º, Estatuto). Segundo tal método, o vencedor da licitação (concorrência) firma *ata de registro de preços*, pela qual se compromete a fornecer, em determinado prazo, não superior a um ano,[537] o objeto licitado conforme as necessidades da Administração. Esta não assume obrigação imediata para com o fornecedor; se ela o desejar, convoca o fornecedor para aquisição paulatina, celebrando tantos contratos quantos sejam necessários para atender a suas necessidades. Tal método, entre outras vantagens, dispensa a previsão exata do que vai ser consumido e facilita o controle de estoque e o de qualidade dos produtos.[538] Qualquer dos entes federativos pode adotar o sistema, cabendo-lhes, todavia, estabelecer sua própria regulamentação, embora não necessariamente por *decreto,[539]* como consta equivocadamente do art. 15, § 3º, do Estatuto.[540]

4. Contratos de Concessão e de Permissão

O sentido de *concessão* leva à ideia de que alguém, sendo titular de alguma coisa, transfere a outrem algumas das faculdades a esta relativas. Com a necessária adequação, está aí o sentido de concessão no direito público, em que figura como titular dos bens o próprio Estado, e como destinatário das faculdades o particular. Quando esses interessados pactuam a transferência dessas faculdades, configura-se o contrato de concessão, ajuste também catalogado como *contrato administrativo.*

Profundas alterações têm sofrido as concessões, não somente em virtude de novas demandas e perspectivas governamentais, como ainda em decorrência de leis mais recentes, que vêm criando e disciplinando as várias modalidades em que se subdivide o instituto. O certo é que o quadro normativo atual demonstra inegável afastamento do sentido clássico dispensado às concessões em geral.

Neste tópico, procuramos apenas informar o quadro geral das concessões, levando em conta que estas se qualificam como modalidade dos contratos administrativos. Deixaremos para os capítulos pertinentes a cada uma das espécies os comentários mais detalhados que se fizerem necessários.

No sistema atual, pode-se, a uma primeira visão, catalogar os contratos de concessão em dois grupos, de acordo com o objetivo a que se destinam: 1º) *concessões de serviços públicos*; 2º) *concessões de uso de bem público.*

As *concessões de serviços públicos*, como informa a própria denominação, têm por objeto a delegação da execução de serviço público a pessoa privada. Trata-se, pois, conforme visto anteriormente, de processo de descentralização, formalizado por instrumento contratual. O concessionário, a seu turno, terá sempre a seu cargo o exercício de atividade pública.

Já *as concessões de uso de bem público* visam somente a consentir que pessoa privada se utilize de bem pertencente a pessoa de direito público. Semelhantes concessões resultam da atividade normal de gestão que os entes públicos desenvolvem sobre os bens integrantes de seu acervo. Os concessionários de uso, contrariamente ao que ocorre com as concessões de serviços públicos, podem executar atividades de caráter público e de caráter privado, dependendo da destinação do uso do bem público que lhes tiver sido autorizada.

Em virtude da existência de modalidades diversas nas concessões de serviços públicos, é possível ainda, para fins didáticos, agrupá-las em duas categorias básicas: 1ª) *concessões comuns*; 2ª) *concessões especiais*.

As *concessões comuns*, reguladas na Lei nº 8.987, de 13.2.95 (lei das concessões), têm por objeto a prestação de serviço público delegado e comportam duas modalidades: 1ª) *concessão de serviços públicos simples*, aquela em que o Poder Público só delega o serviço público em si; 2ª) *concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública*, aquela em que o contrato prevê duplo objeto: a execução de obra e a prestação do serviço. Caracterizam-se pela circunstância de que o concessionário não recebe qualquer contrapartida pecuniária por parte do concedente; seus recursos têm origem no pagamento das respectivas tarifas pelos usuários do serviço.

As *concessões especiais*, reguladas na Lei nº 11.079, de 30.12.2004, também encerram delegação de serviços e obras públicas, mas se sujeitam a regime jurídico específico – o denominado regime das *parcerias público-privad*as. Diferentemente das concessões simples, nas concessões especiais o concessionário recebe contrapartida pecuniária por parte do poder concedente. Subdividem-se em duas categorias: 1ª) *concessões patrocinadas*, aquelas em que a contraprestação pecuniária do concedente representa um adicional à tarifa cobrada dos usuários; 2ª) *concessões administrativas*, aquelas em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta da prestação do serviço, da obra ou do fornecimento.

Seja-nos permitido reiterar aqui o que já acentuamos anteriormente. Existem

instrumentos denominados de *"concessão"* que, a despeito da indevida denominação, não se qualificam como contratos administrativos, e sim como *atos administrativos de autorização*. É o caso das concessões previstas nos arts. 176, § 1º, da CF (concessão de lavra) e 223, da CF (concessão para a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens). Nesses casos, sequer há prestação de serviço público; o objeto de tais atos é o desempenho de atividades de caráter privado.[541]

A *permissão de serviços públicos*, hoje também disciplinada pela Lei nº 8.987/95, tem por objeto, da mesma forma que as concessões de serviços públicos, a execução de certo serviço público delegado resultante de descentralização administrativa. Já foi visto que anteriormente sua natureza jurídica era de ato administrativo, mas, com o advento daquele diploma legal, passou a ter a natureza de contrato administrativo, com o que passou a não haver praticamente qualquer diferença entre os institutos.

Os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos e os contratos de concessão de uso de bem público, por sua especificidade, serão estudados mais minuciosamente nos capítulos destinados às concessões e permissões (os primeiros) e aos bens públicos (os últimos).[542]

5. Alienações e Locações

O Estatuto, ao estabelecer seu círculo de incidência, dispôs logo no art. 1º:

> *"Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras,* alienações*, e* locações*, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".*

Numa ótica meramente literal, não se pode deixar de reconhecer que o dispositivo, depois de aludir à categoria dos contratos administrativos, parece ter desejado relacionar as atividades que poderiam constituir seu objeto. E realmente tal ocorreu, sem dúvida, no que diz respeito a obras, serviços e compras, como já visto. Mas causa perplexidade a menção a *alienações* e *locações*.

Na verdade, a doutrina sempre considerou que as diversas modalidades de alienação de bens públicos estariam a ensejar contratos de direito privado, por este regulados. Referentemente à locação, chegam alguns pensadores a considerá-la

indevida quando fosse locadora a Administração, asseverando que o contrato seria de concessão remunerada de uso de bem público, notoriamente assemelhado àquela, mas com ela inconfundível pelo fato de ser contrato administrativo e sofrer a incidência de normas de direito público.[543]

Em nosso entender, as alienações da Administração são perpetradas por contratos privados (compra e venda, doação, permuta, dação em pagamento), exigindo-se apenas a observância de alguns requisitos especiais *a serem cumpridos pela Administração*, sem, no entanto, desfigurar a natureza privada do ajuste.[544]

As locações também são contratos de direito privado, figure a Administração como locadora ou como locatária. Neste último caso, não há norma na disciplina locatícia que retire ao locador seus poderes legais. Naquele outro também não se pode descaracterizar o contrato de natureza privada, se foi este o tipo de pacto eleito pela Administração, até porque, se ela o desejasse, firmaria contrato administrativo de concessão de uso. Trata-se, pois, de opção administrativa.[545]

Assim, a despeito de estarem mencionadas no Estatuto, as alienações e locações consubstanciam contratos de direito privado, em que as partes estão no mesmo nível jurídico, sem qualquer preponderância da Administração sobre o particular. Do elenco traçado pelo art. 1º do Estatuto, são realmente contratos administrativos os de obras, serviços e fornecimento, tal como arrolados acima. Nesse sentido a doutrina dominante.[546]

Sucede que o art. 62, § 3º, do Estatuto, fixou:

"Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber:

a) 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;*

b) aos contratos em que a Administração for parte, como usuária de serviço público".

Sem considerar os demais artigos aí mencionados, merece destaque o *art. 58*, que é exatamente o dispositivo que assevera o regime jurídico dos contratos administrativos e enumera os privilégios conferidos à Administração em face do contratado. Pelo menos no que toca às locações, parece que o legislador as

considerou como contratos administrativos, quando o locatário é o Estado. Isso sem contar, é claro, com os outros contratos ali mencionados (seguro, financiamento etc.), também típicos do direito privado.

Esses elementos da lei levaram autores a relacionar entre os contratos administrativos a alienação de bens públicos e as locações quando o Estado figura como locador.[547] Com a devida vênia, não comungamos de tal entendimento e creditamos toda a confusão à imperfeição do teor do art. 1º do Estatuto, quanto à relação ali oferecida e à infelicidade do art. 62, § 3º, em privilegiar a Administração em sede jurídica imprópria.

A verdade é que, diante do texto do art. 62, § 3º, do Estatuto, será forçoso reconhecer que o legislador praticamente acabou com os contratos privados da Administração, já que, em relação a alguns deles, determinou a aplicação de princípios de direito público, incompatíveis com os postulados obrigacionais do direito privado. Resta, pois, saber se os particulares manterão o interesse em contratar com a Administração, sabendo que estará ela sempre em posição de supremacia e armada de tantas prerrogativas. Por outro lado, e levando em conta a impropriedade da norma, não é desarrazoado interpretar a expressão *"no que couber"*, contida no texto, como significando que tais princípios de direito público só serão aplicáveis quando expressos no instrumento contratual.

Por fim, não custa salientar que, conforme dispõe o art. 121 do Estatuto, os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a regular-se pelas regras previstas no Decreto-lei nº 9.760, de 5/9/1946, que se configura como lei especial. Assim, só subsidiariamente incidirão as normas do Estatuto sobre essa matéria.

6. Outras Espécies

Reafirmamos nosso entendimento de que os contratos administrativos são os que constam do art. 1º do Estatuto, com a exclusão das alienações e locações. Todavia, há entre os autores referência a outras espécies de contratos.

HELY LOPES MEIRELLES faz menção a "contratos de gerenciamento", firmado com empresa que conduz empreendimentos de engenharia.[548] Refere-se também a "contratos de trabalhos artísticos", que visam à realização de obras de arte.[549] Com o respeito à grande autoridade do saudoso jurista, parece-nos que

tais ajustes não configuram categorias diversas das enunciadas na lei. Como se trata de obrigações de fazer e, por isso, realçada a atividade do executor, inserem-se na categoria geral de contratos de serviço. Aliás, o gerenciamento de obras é previsto, ao lado de outros, como serviços técnicos profissionais especializados (art. 13, IV, do Estatuto). E os trabalhos artísticos apresentam como peculiaridade apenas o fato de não exigirem licitação antes do contrato (art. 25, III, do Estatuto). Nem por isso, contudo, deixam tais ajustes de representar uma utilidade de interesse para a Administração, fato que os coloca realmente como contratos de serviço (art. 6º, II).

Outros autores referem-se ao "contrato de empréstimo público", definido como aquele pelo qual a Administração obtém recursos de particular para atender a situações de urgência e interesse público.[550] Com a devida vênia, não vislumbramos qualquer elemento em tal relação jurídica que caracterize um contrato administrativo. Sequer um contrato, aliás. Trata-se de empréstimos compulsórios, que, longe de traduzirem um ajuste volitivo bilateral, mais se aproximam da categoria de tributos, em face da sua coercibilidade e exigibilidade, e tanto é verdadeiro o fato que a Constituição Federal os prevê no art. 148, dentro do Título destinado à tributação e orçamento.[551]

VIII. Cláusulas de Privilégio

1. Sentido

Na correta lição de CAIO TÁCITO, *"o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante"*.[552]

O efeito dessa desigualdade consiste na atribuição, pela própria lei, de vantagens especiais destinadas à Administração.

Cláusulas de privilégio, também denominadas de *cláusulas exorbitantes,* são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de *"prerrogativas"* (art. 58 do Estatuto). São esses

princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto).

A lei relaciona os seguintes princípios:

1) alteração unilateral do contrato;
2) rescisão unilateral;
3) fiscalização da execução do contrato;
4) aplicação de sanções; e
5) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais.

Examinemos destacadamente, por sua relevância, as duas primeiras prerrogativas.

2. Alteração Unilateral

Fato inexistente nos contratos de direito privado, a *alteração unilateral do contrato* pela Administração bem demonstra sua superioridade em face da outra parte (art. 58, I, Estatuto). É que aqui a formação bilateral da vontade criadora cede lugar à força da vontade unilateral alteradora.

Semelhante prerrogativa outorgada à Administração – é bom destacar – não pode ser empregada por arbítrio ou por outros interesses escusos, nem pode retratar desvio de finalidade para causar gravame ao contratado. O escopo da norma, ao contrário, foi o de admitir que o advento de novos fatos administrativos possa permitir alguma flexibilização na relação contratual – a qual, todavia, sempre há de sujeitar-se a alguns limites, bem como há de atender ao interesse público indicado pela Administração para proceder à alteração unilateral. Por conseguinte, sempre será sindicável, administrativa ou judicialmente, o motivo pelo qual se considerou necessária a alteração.

A alteração do contrato também pode ser bilateral (art. 65, II, Estatuto), mas o que representa a peculiaridade desse tipo de contrato é a alteração unilateral. Esta se dá em dois casos:

1) quando há modificação do projeto ou das especificações, com vistas à melhor adequação técnica aos fins do contrato (*alteração qualitativa*); e
2) quando é preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual (*alteração quantitativa*).[553]

Advirta-se, porém, que a *alteração primária* atinge apenas as cláusulas de execução da obra ou serviço, ou dos quantitativos do objeto, no caso de compras. Entretanto, a modificação do preço sempre se configura como *alteração derivada*, vale dizer, não ocorre diretamente, mas sim como efeito da consumação de alguma daquelas situações. Por isso, o Estatuto consigna que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias, sem as alterações primárias, não podem ser alteradas sem a prévia concordância do contratado (art. 58, § 1º). Processada a alteração, contudo, caberá a revisão dessas cláusulas para que se preserve o equilíbrio do contrato (art. 58, § 2º).

Se a alteração imposta aumentar os encargos do particular contratado, tem este direito a receber as diferenças respectivas (art. 65, § 6º); o mesmo ocorrendo se forem criados tributos ou encargos legais após a celebração do ajuste, que tenham repercussão no preço. São formas de propiciar o restabelecimento do equilíbrio contratual, rompido por força da alteração.

Outra vantagem da Administração reside na possibilidade de *obrigar o contratado a aceitar,* nas mesmas condições, acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras até 25% do valor originário do contrato, ou até 50% no caso de reforma de edifício ou equipamento.[554]

A lei, portanto, confere à Administração o direito de exigir que o contratado se submeta às alterações impostas nesses limites, ao mesmo tempo em que comina ao contratado a obrigação de aceitá-las. Não se submetendo às alterações, o contratado é considerado como descumpridor do contrato, dando margem a que a Administração rescinda o ajuste, atribuindo-lhe culpa pela rescisão. Da mesma forma, não pode a Administração impor alterações além dos limites da lei; se o fizer, a ela caberá a culpa pela rescisão.

No que diz respeito aos limites de alteração fixados no art. 65, § 1º, do Estatuto, divergem os autores sobre se o dispositivo seria aplicado apenas às alterações quantitativas (art. 65, I, "b") ou se seria estendido também às alterações

qualitativas (art. 65, I, "a"). Para uns, os limites não se aplicariam a estas últimas por serem com elas incompatíveis pela própria natureza.[555] Para outros, impõe-se a observância dos limites em virtude de não haver distinção na lei. Filiamo-nos, com a devida vênia, a este último entendimento. De fato, o art. 65, § 1º, não faz qualquer distinção entre os tipos de alteração contratual e alude a obras, serviços e compras em geral. Se o legislador pretendesse discriminar as espécies de modificação, deveria tê-lo feito expressamente, o que não ocorreu. Assim, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. Avulta, ainda, observar que o art. 65, § 2º, com a alteração da Lei nº 9.648/98, é peremptório no sentido da impossibilidade de exceder os referidos limites, ressalvando apenas a hipótese de supressão, desde que consensual. Ademais, é preciso lembrar que a fixação de limites visou exatamente a evitar que alterações profundas no contrato chegassem ao extremo de desnaturá-lo ou de alterar o núcleo originário de seu objeto.[556]

Conquanto a lei confira ao Poder Público a prerrogativa de supressão no caso de obras, serviços ou compras, pode surgir efeito pecuniário para o contratado. Se este já houver adquirido os materiais necessários ao cumprimento do objeto contratual e os tiver colocado no lugar da execução, a Administração, no caso de supressão, poderá estar sujeita a duplo ônus: 1) ficará obrigada a reembolsar o contratado pelos custos do material adquirido, com a devida atualização monetária; 2) terá o dever de indenizar o contratado por outros danos decorrentes da supressão. Em qualquer caso, todavia, deverá o contratado comprovar os custos de aquisição e os prejuízos que se originaram da supressão (art. 65, § 4º, Estatuto).

A alteração bilateral não constitui propriamente cláusula de privilégio, pois que resulta da manifestação volitiva consensual das partes. O Estatuto, no entanto, previu essa forma de alteração (art. 65, II) e as situações fáticas e jurídicas que lhe podem servir de suporte. Quando for necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, ou se tornar conveniente a substituição da garantia da execução, Administração e contratado devem ajustar bilateralmente a alteração contratual. O mesmo sucede quando fatores supervenientes à celebração do contrato derem ensejo à modificação da forma de pagamento. Por outro lado, fatos imprevisíveis (ou previsíveis com efeitos extraordinários), decorrentes de força maior, caso fortuito e fato do príncipe (álea econômica extraordinária e extracontratual), quando impedem ou dificultam a execução do contrato, também

aconselham a alteração bilateral para restaurar a relação inicial entre o preço do contratante e os encargos do contratado e, consequentemente, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro originário (art. 65, II, "d").[557]

3. Rescisão Unilateral

Além do poder de alteração unilateral, a Administração tem também o poder de dar por finda a relação contratual. Significa dizer que, mais uma vez, a vontade bilateral criadora se curva à manifestação unilateral da Administração, desta feita de caráter extintivo. A rescisão, como é sabido, extingue a própria relação contratual.

3.1. Motivos

Vários são os motivos relacionados pela lei, ensejadores da rescisão do contrato (art. 78, Estatuto). Excluídos os motivos de menor importância, podemos considerar dois principais motivos: o primeiro relativo ao cumprimento do contrato pelo particular, e o segundo consistente no interesse da própria Administração.

Dentro do primeiro desses motivos está, em primeiro lugar, o não cumprimento das cláusulas contratuais, mas nele também se inserem o cumprimento irregular (art. 78, II), a morosidade indevida (inc. III), o atraso imotivado da obra (inc. IV) e outros assemelhados.

Mais recentemente foi instituída nova situação caracterizadora de culpa do contratado: o descumprimento da regra protetiva do menor trabalhador, constante do art. 7º, XXXIII, da CF. A inovação foi trazida pela Lei nº 9.854, de 27/10/1999, que introduziu o inciso XVIII no art. 78 do Estatuto.

A lei, porém, tinha que prever hipótese em que a Administração tivesse interesse no desfazimento do contrato. Previu, então, o mesmo art. 78, XII, que constituem motivo da rescisão "razões de interesse público", desde que de alta relevância e amplo conhecimento, devendo a providência ser justificada e determinada pela máxima autoridade da esfera administrativa. Aqui não há falar em inadimplemento do contratado; muito ao contrário, a rescisão deve-se exclusivamente a razões administrativas.

Outras causas rescisórias são, ainda, relacionadas na lei, como a falência ou insolvência do contratado, a dissolução da sociedade, o falecimento etc.

3.2. Efeitos

Diversos são os efeitos para essas duas principais razões de rescisão.

No caso de inadimplemento pelo contratado, a Administração nada tem a pagar-lhe, sendo, ao contrário, credora de indenização, provados que fiquem os prejuízos causados pelo descumprimento. Afinal, indeniza quem, por culpa, deu causa à rescisão.[558] O fato enseja, ainda, para a Administração, o direito de reter créditos, executar garantia contratual para ressarcimento dos prejuízos, assumir imediatamente o objeto do contrato e ocupar os locais necessários à execução (art. 80, I a IV, Estatuto).

Diferentemente se passa com a hipótese de rescisão por razões de interesse público. Como no caso não há culpa do contratado, tem este direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasionou. A não ser assim, haveria verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Administração, o que não é tolerável pelo Direito.[559]

3.3. A Exceção de Contrato Não Cumprido

A exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus),* prevista no art. 476 do Código Civil (art. 1.092, do Código anterior), significa que uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua. "Exceção" no caso tem o sentido de "defesa", oposta justamente pela parte que é instada pela outra, sendo esta inadimplente em relação a sua obrigação.

A doutrina clássica vinha entendendo que essa defesa não podia beneficiar o particular contratado pela Administração quando esta, exigindo o cumprimento do contrato, não cumpria a sua própria obrigação. O sustento teórico era o princípio da *continuidade do serviço público*, mais importante do que o interesse particular.[560]

Modernamente, essa prerrogativa vem sofrendo justos questionamentos por proporcionar injustiças ao particular contratado. Corretamente demonstra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que o princípio da continuidade do serviço público nem sempre está presente nos contratos, como é o caso das obras públicas, de modo que atrasos nos pagamentos devidos pela Administração não podem ser suportados pelo construtor, sobretudo quando, sem os atrasos, vinha cumprindo adequadamente as obrigações contratuais. Remata o eminente publicista:

> *"Por estas razões entendemos que atrasos prolongados de pagamento, violações continuadas ao dever de efetuar os reajustes cabíveis ou as correções monetárias devidas autorizarão em muitos casos a que o contratado interrompa suas prestações sob invocação da cláusula de* exceptio non adimpleti contractus*".*[561]

O Estatuto vigente mitigou o privilégio. Dispõe que é causa de rescisão contratual culposa *"o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra"*, estabelecendo que nesse caso o particular tem direito a optar pela suspensão do cumprimento da obrigação ou pela indenização por prejuízos causados pela rescisão.[562]

O dispositivo, como se vê, parece considerar que, antes de 90 dias, não possa o particular reclamar do atraso nos pagamentos. Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico.[563]

Ocorrendo tal situação excepcional, o interessado pode recorrer à via judicial e, por meio de ação cautelar, formular pretensão no sentido de lhe ser conferida tutela preventiva imediata, com o deferimento de medida liminar para o fim de ser o contratado autorizado a suspender o objeto do contrato, evitando-se que futuramente possa a Administração inadimplente imputar-lhe conduta culposa recíproca. Segundo nos parece, esse é o único caminho a ser seguido para impedir que a Administração, que está descumprindo obrigação contratual, se locuplete de sua própria torpeza.

4. Sanções Extracontratuais

Como regra, a parte que dá causa à rescisão do contrato está sujeita a sofrer a aplicação de sanções, conforme o que foi pactuado pelos contratantes. Portanto, sanções pelo inadimplemento podem estar previstas no contrato, além das que a lei estabelece.

Nos contratos administrativos, porém, prevê o art. 58, IV, do Estatuto, que é

prerrogativa da Administração aplicar sanções ao particular inadimplente. Trata-se, neste caso, da possibilidade de serem aplicadas sanções não previstas no instrumento contratual, mas sim na própria lei.

No sistema do Estatuto, podem ser encontrados dois grupos de sanções extracontratuais. O primeiro deles gera um *fato administrativo*, e o segundo redunda na prática de um *ato administrativo*.

Típicas sanções do primeiro grupo são: a ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato; a tomada de direção, pelos órgãos administrativos, do objeto do contrato; a execução da garantia contratual, com vistas a indenizar a Administração pelas multas e prejuízos causados; e a retenção dos créditos do particular inadimplente até o limite dos prejuízos causados ao Poder Público. Todos esses fatos sancionatórios estão no art. 80 do Estatuto.

A inexecução do contrato pelo particular provoca, ainda, sanções que se consubstanciam em atos administrativos. O legislador contemplou-as em capítulo à parte, tendo-as denominado de *sanções administrativas* (arts. 86 a 88). Por essa razão, dedicaremos ao tema, adiante, tópico específico.

IX. Equação Econômico-Financeira

1. Sentido

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.[564]

2. Efeitos

Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de

restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.

Tal efeito se vê mais presente em alguns acontecimentos posteriores à celebração do contrato, ocasionando soluções várias, sempre no intuito de deixar íntegro o equilíbrio inicial. É o caso da teoria da imprevisão e do fato do príncipe, entre outros, que serão estudados mais adiante.

Nunca é demais relembrar que o postulado da equação econômico-financeira do contrato se configura como verdadeira garantia para o contratante e para o contratado. Sua expressão, aliás, é marcada pelo art. 37, XXI, da CF, segundo o qual as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual.[565]

3. Reajuste e Revisão

Como é variada a espécie de fatos que podem ensejar o rompimento da equação econômico-financeira do contrato, variadas também são as formas permissivas do reequilíbrio.

A primeira forma é o *reajuste*, que se caracteriza por ser uma fórmula *preventiva* normalmente usada pelas partes já ao momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário. Como esta reduz, pelo transcurso do tempo, o poder aquisitivo da moeda, as partes estabelecem no instrumento contratual um índice de atualização idôneo a tal objetivo. Assim, diminui, sem dúvida, a álea contratual que permitiria o desequilíbrio contratual.

Sensível a essa realidade, o legislador inseriu, entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo, "o preço e as condições de pagamento, *e quando for o caso os critérios de reajustamento*" (art. 55, III, do Estatuto). É bom que se diga, porém, que deve ser expressa a avença nesse sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo e irreajustável.[566]

A *revisão* do preço, embora objetive também o reequilíbrio contratual, tem contorno diverso. Enquanto o reajuste já é prefixado pelas partes para neutralizar um fato certo, a inflação, a revisão deriva da ocorrência de um fato superveniente, apenas suposto (mas não conhecido) pelos contratantes quando firmam o ajuste. [567]

Um desses fatos é a alteração unilateral do contrato imposta pelo Poder Público. De fato, se a alteração provoca ônus para o contratado, a equação econômico-financeira do contrato sofre maior ou menor rompimento à medida que maior ou menor seja o encargo oriundo da alteração. E o mecanismo próprio para restaurar o equilíbrio rompido é a revisão do preço, de modo a que este passe a refletir agora a relação de adequação que consubstancia a garantia da equação.

O Estatuto previu, de um lado, a alteração bilateral nos contratos administrativos *"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-financeiro do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual"* (art. 65, II, *d*).

A norma, é fácil verificar, abraça com perfeição a garantia da equação econômico-financeira do contrato.

Por outro lado, dispõe o art. 65, § 6º, do mesmo Estatuto:

> *"Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".*

Emana da norma, em correspondência ao dever da Administração, o direito subjetivo à revisão do preço em favor do contratado sempre que houver aumento de encargos impostos pela Administração. Verificado, então, o suporte fático do direito – o aumento de encargos –, faz jus o particular à revisão do preço inicial.

Vários julgados têm aplicado o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em questão sobre a matéria, por exemplo, já restou consignado: *"Tratando-se de obra pública, é devida e adequada a modificação das condições inicialmente pactuadas no contrato, sempre que sejam necessários o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro entre os encargos do contrato e a justa remuneração do objeto do ajuste, sendo devidos, por isso, os reajustes econômicos dos preços inicialmente avençados".*[568]

Diferentemente do que ocorre com o reajuste, o *direito à revisão* independe de

previsão expressa no instrumento contratual, bastando a comprovação da existência do fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. São dois os fundamentos para tal conclusão: primeiramente, cuida-se de direito oriundo diretamente do texto legal, que, obviamente, se situa acima do contrato; ademais, torna-se impossível qualquer previsão sobre fatos futuros que possam influir na relação contratual. Importante, pois, é a *ocorrência* do fato, e não sua formalização no contrato.

X. Formalização

1. Instrumento

Em virtude do princípio do formalismo que inspira as atividades da Administração, os contratos administrativos devem ser formalizados através de instrumento *escrito*, salvo o de pequenas compras para pronto pagamento. Fora desta hipótese, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal. A nulidade – registre-se – ocorre não só por efeito de dispositivo legal expresso (art. 60, parág. único, Estatuto), como também porque espelha inegável ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, conforme acertadamente já se decidiu.[569]

O sistema adotado pela lei para a formalização dos contratos administrativos se constitui de dois grupos. Quando o contrato for precedido por concorrência ou por tomada de preços, ou envolver valores correspondentes a essas modalidades no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve rotular-se como *termo de contrato*. Fora dessas hipóteses, quando então o valor contratual será mais baixo, pode o termo de contrato ser substituído por instrumentos considerados de menor formalismo, como a *carta-contrato,* a *nota de empenho de despesa,* a *autorização de compra* ou a *ordem de execução do serviço* (art. 62 do Estatuto). Também é dispensável, independentemente do valor, o termo formal quando a Administração adquire bens a serem entregues imediata e integralmente; mesmo nesse caso, porém, se forem estabelecidas obrigações futuras, como, por exemplo, a de prestar assistência técnica, exigir-se-á o termo contratual (art. 62, § 4º).

2. Solenidades

Existem certas solenidades especiais que cercam os contratos administrativos.

A primeira delas é o arquivamento deles em ordem cronológica e o registro de seus extratos (art. 60 do Estatuto). A lei ressalva, por óbvio, os contratos relativos a direitos reais sobre imóveis, formalizados por instrumento público na forma da lei civil. Malgrado a ressalva, tudo aconselha a que a Administração mantenha arquivados e sob controle os aludidos contratos.

Depois de celebrados, os contratos devem ser publicados, embora resumidamente, no órgão oficial de imprensa da entidade pública contratante. Cuida-se, na verdade, de condição de eficácia, razão por que tal solenidade é essencial para que os contratos produzam regularmente seus efeitos. Devem, também, ser devidamente registrados e arquivados nas repartições administrativas pertinentes, para fins de consulta e controle.[570]

Por outro lado, devem constar nos contratos o preâmbulo, os nomes das partes e seus representantes, o objeto do ajuste, o ato autorizativo do contrato, o número do processo da licitação, ou, se for o caso, da dispensa ou da inexigibilidade, e a menção de que seu regime jurídico é o da Lei nº 8.666/93. É de se reconhecer que tal exigência espelha a preocupação do legislador de caracterizar o regime do contrato administrativo, mas tal menção não seria exigível dado o fato de que os elementos de caracterização dimanam da própria lei.

3. Cláusulas Essenciais

Constituem cláusulas essenciais dos contratos administrativos aquelas indispensáveis à validade do negócio jurídico. As cláusulas que não têm esse condão, e que variam em conformidade com a natureza do contrato, são consideradas *acidentais*.

Deve o contrato conter necessariamente algumas cláusulas, e estas estão relacionadas no art. 55 do Estatuto. Encontram-se na relação, dentre outras, a que defina o objeto e suas características; que indique o regime de execução, bem como o preço e as condições de pagamento; que demarque os prazos; que aponte os recursos; que fixe a responsabilidade das partes etc.

4. Garantias

Para assegurar o cumprimento do contrato, e desde que haja previsão anteriormente, no instrumento convocatório, pode a Administração exigir da parte contratada determinada *garantia*. Esta, entretanto, não poderá exceder a cinco por

cento do valor do contrato, como regra geral. Excepcionalmente, quando o objeto contratual encerrar grande complexidade técnica e riscos significativos, a garantia poderá alcançar o percentual de dez por cento do valor contratual. Tão logo executado o contrato, porém, deve a garantia ser restituída ao contratado (art. 56, § 4º, do Estatuto).

São previstas as garantias de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, a fiança bancária e o seguro-garantia (art. 56, § 1º).

A caução, prevista no art. 56, § 1º, I, é modalidade de garantia que se formaliza por uma reserva em dinheiro ou em títulos da dívida pública. O dispositivo sofreu alteração pela Lei nº 11.079/2004 (lei das parcerias público-privadas). Com ela, passou a exigir-se que os títulos da dívida pública devem ser emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia, tudo conforme autorização do Banco Central do Brasil. Ao mesmo tempo precisam sofrer avaliação pelos seus valores econômicos, nos termos em que assim o definir o Ministério da Fazenda. Verifica-se, portanto, que somente com o preenchimento de todos esses requisitos podem os títulos da dívida pública servir como garantia contratual. A exigência atende também a interesse da própria Administração, impedindo-se a aceitação de papéis da dívida que não sejam revestidos de lastro, tornando-se praticamente inócuos no caso de eventual ressarcimento de danos causados pelo particular ao Poder Público.

A fiança bancária é garantia que acarreta a responsabilidade comercial e onerosa de algum banco, decerto do qual seja cliente o contratado. E o seguro-garantia é ajustado entre o contratado e empresa seguradora, que se compromete a cobrir os custos de eventual prejuízo à Administração. Tais garantias têm previsão no art. 56, § 1º, II e III, do Estatuto.

Se o contrato administrativo implicar a entrega, ao contratado, de bens pertencentes à Administração, a garantia deve corresponder aos respectivos valores, ficando, assim, ultrapassado o limite de 5% do valor do contrato, fixado na lei para a caução e a fiança bancária.[571]

XI. Duração do Contrato

Os contratos administrativos devem ser celebrados por prazo determinado (art. 57, § 3º). Sua duração é adstrita à vigência dos respectivos créditos

orçamentários (art. 57), forma encontrada pelo legislador para impedir que o dispêndio oriundo de contratos venha repercutir em orçamentos futuros, sem que tenham sido ordenadamente planejados os ajustes.[572]

Como os créditos orçamentários têm a duração de um ano, os contratos, como regra geral, deverão também ter sua duração em igual período. Tais créditos vigoram durante cada exercício financeiro, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro. [573]

O Estatuto deixou claramente consignado que obras e serviços só podem ser contratados se *houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações* (art. 7º, § 2º, III). Por outro lado, constitui cláusula necessária dos contratos a indicação do crédito pelo qual correrá a despesa (art. 55, V). De todo esse quadro, a única conclusão viável, quanto ao prazo, é a de que, *como regra geral, a duração dos contratos também será ânua*.[574]

Se a Administração pretender a execução de determinada obra que se prolongue por mais de um ano, deverá inserir o projeto em plano plurianual, instrumento que comporta a projeção temporal de investimentos de longa duração. Desse modo, a Administração deve programar-se, como regra, para que os contratos de duração aproximada de doze meses sejam firmados no início do ano, hipótese em que o contrato estará sempre adstrito à vigência do respectivo crédito orçamentário, como reza o art. 57 do Estatuto.

A despeito dessa conveniência, é importante assinalar a plena admissibilidade em que o contrato tenha início no ano corrente e termo final no ano seguinte. O art. 57 do Estatuto, por falta de clareza, deixou dúvida sobre tal possibilidade, e isso porque o contrato, estando atrelado a determinado crédito orçamentário, só poderia iniciar-se e findar num mesmo período anual. Alguns intérpretes adotaram esse entendimento. No entanto, com a vênia devida, a lei não pretendeu dificultar nem inviabilizar a variadíssima e complexa atividade administrativa. Por esse motivo, parece-nos melhor o pensamento segundo o qual nada impede que um contrato tenha início, por exemplo, em setembro de um ano e término em março do ano subsequente, desde que no contrato conste a rubrica orçamentária de onde serão oriundos os recursos e a referência de que parte do pagamento será feita com um crédito orçamentário e a outra com o crédito relativo ao exercício financeiro seguinte. Nesse caso, exigir-se-á apenas que a Administração fixe o devido

cronograma da obra, serviço ou compra, com a indicação dos pagamentos correspondentes ao ano corrente e ao ano subsequente.

O que não parece possível, em nosso entender, é a contratação de uma só obra ou serviço por tempo *superior a um ano* com mais de um crédito orçamentário, a não ser que: 1) haja certa autonomia de cada etapa em relação ao todo, mas neste caso deve ser realizada nova licitação para a contratação da etapa subsequente, aportando-se para esta novo crédito orçamentário relativo ao exercício financeiro seguinte; 2) a obra ou o serviço estejam contidos em plano plurianual, como admite o art. 57, I, do Estatuto.

Atendendo à peculiaridade de certas situações, a lei criou três exceções à regra geral; nesses casos, os contratos podem ter sua duração mais longa do que os créditos orçamentários de cada exercício financeiro. São eles:

1) os contratos relativos a projetos fixados no Plano Plurianual;
2) os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, quando houver a previsão de preços e condições mais vantajosas para a Administração, ficando a duração limitada a sessenta meses;[575] e
3) os contratos em que a Administração quer alugar equipamentos e utilizar programas de informática, caso em que a duração pode se estender pelo prazo de até 48 meses após o início do ajuste.

Posteriormente, a legislação veio a admitir outra exceção: a dos contratos celebrados com base nos incisos IX (segurança nacional), XIX (materiais para as Forças Armadas), XXVIII (bens e serviços produzidos no país envolvendo alta complexidade tecnológica e defesa nacional) e XXXI (inovação e pesquisa científica e tecnológica para a autonomia e desenvolvimento tecnológico no país) do art. 24 do Estatuto. Nesses casos, a duração do contrato pode estender-se por até cento e vinte meses, se houver interesse da Administração.[576]

XII. Prorrogação do Contrato

Prorrogação do contrato é o fato que permite a continuidade do que foi pactuado além do prazo estabelecido, e por esse motivo pressupõe a permanência

do mesmo objeto contratado inicialmente.

O Estatuto dispõe sobre a prorrogação, prevendo apenas as hipóteses que podem ensejá-la (art. 57, § 1º), com a exigência de que sempre deverá ser justificada e previamente autorizada pela autoridade competente. A decisão administrativa para a prorrogação do contrato espelha *atividade discricionária* e, como tal, não assegura ao contratado o direito subjetivo à manutenção do ajuste.[577]

Observe-se, todavia, que apenas nas hipóteses legais poderá o contrato ser prorrogado, porque a prorrogação não pode ser a regra, mas sim a exceção. Se fosse livre a prorrogabilidade dos contratos, os princípios da igualdade e da moralidade estariam irremediavelmente atingidos. Daí a necessidade de rigorosa averiguação, por parte das autoridades superiores, no tocante às prorrogações contratuais.[578]

São causas que ensejam a prorrogação: 1) alteração do projeto; 2) suspensão ou redução do ritmo de trabalho por imposição do órgão administrativo; 3) aumento das quantidades iniciais; 4) fatos imprevisíveis de caráter excepcional, estranhos à vontade das partes; 5) omissão ou atraso de providências a cargo da Administração; 6) impedimento de execução por fato ou ato de terceiro, assim reconhecido pela Administração contratante.

Deve-se assinalar, por fim, que a lei não exigiu que fosse prevista a cláusula de prorrogação nos contratos. Mesmo se houver previsão, todavia, as partes não podem negociar a prorrogação fora dos casos relacionados na lei. Somente se ocorrer um dos fatos geradores é que será legítimo prorrogar os prazos de início, de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto ajustado.

XIII. Renovação do Contrato

Segundo a clássica conceituação de HELY LOPES MEIRELLES, renovação do contrato *"é a inovação no todo ou em parte do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial"*.[579] Justificava o instituto com a necessidade de manutenção da continuidade do serviço público, com o que admitia a recontratação direta do contratado, se a hipótese se enquadrasse entre as de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Como exemplo, citava a hipótese de o contrato original se extinguir faltando pequena parte da obra ou do serviço, ou, então, quando surgia a necessidade de ampliação não prevista inicialmente no ajuste.

Parece-nos, porém, que no primeiro caso estarão as partes celebrando

contrato novo, sendo que a contratação direta somente será possível se, realmente, estiver caracterizada hipótese prevista nos arts. 24 e 25 do Estatuto, o que não é nenhuma situação especial, visto que a contratação sem licitação é aplicável também nas demais hipóteses dos artigos citados. No segundo, o que existe é mera alteração do contrato original, prevista no art. 65 do Estatuto. Desse modo, entendemos, depois de reflexão mais profunda, que não mais se justifica a referência à renovação como instituto autônomo, já que não revela qualquer elemento específico que possa configurá-la dessa maneira. Avulta que, na prática temos observado que o termo tem sido empregado como sinônimo de *prorrogação*, de modo que mantê-lo em separado mais confunde que elucida.

A lei anterior (Decreto-lei nº 2.300/86) previa hipótese de renovação para a qual era dispensável a licitação: quando havia comprovada necessidade ou conveniência na contratação direta para complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior. O Estatuto vigente, porém, não mais contempla, como antes, essa possibilidade de contratação direta, que, por sua facilidade, gerou muitos abusos sob o manto da legislação anterior. Atualmente, impõe-se que tenha havido rescisão contratual e que se obedeça à ordem de classificação na respectiva licitação para a contratação direta de *outra* empresa (art. 24, XI, Estatuto).

XIV. Inexecução do Contrato

1. Introdução

Depois de emitidas as vontades formadoras do contrato, podem as partes deixar de cumprir as cláusulas que pactuaram. A fiel execução do contrato reflete o fiel cumprimento de tudo o que foi avençado, e tal conduta é que deve se seguir ao ajuste, sobretudo porque é de todos conhecido o postulado do *pacta sunt servanda.*

Sucede que inúmeras vezes uma das partes, ou ambas, não executam fielmente o contrato, desrespeitando as normas a que se obrigaram. Havendo conduta diversa da que prevê o contrato, dá-se a sua *inexecução*. É preciso, porém, saber qual a causa da inexecução, ou até onde deve a parte inadimplente responder por seu descumprimento. A diversidade das causas pode ensejar dois tipos básicos de inexecução: a inexecução *culposa* e a inexecução *sem culpa.*

2. Inexecução Culposa

Este tipo de inexecução tem como motivo a culpa de uma ou de ambas as partes. É a forma mais comum de inexecução. As partes ajustam certas regras e, depois de ajustadas, deixa a parte de observá-las.

Anota CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que a inexecução decorre de falta do sujeito, *"entendida a expressão em senso largo, abrangente de qualquer infração de um dever legal ou contratual"*. Mas em função de toda uma gama de intensidade da conduta é que se extremam o dolo e a culpa, ambos agrupados, no Direito Civil, na *culpa civil* (art. 186, Cód. Civil).[580] Significa, pois, dizer que é irrelevante que a parte tenha agido com dolo (ânimo intencional de descumprir) ou culpa (ação ou omissão com imprudência, imperícia ou negligência). Desobedecido o ajuste, considera-se a parte inadimplente de forma culposa.[581]

O efeito imediato é a *rescisão* do contrato pela parte a quem atingiu a conduta culposa. Outros efeitos podem advir da inexecução com culpa, como o dever de indenizar, a suspensão do direito de contratar novamente etc. O Estatuto prevê no art. 78 várias hipóteses de condutas ensejadoras da rescisão do contrato, bem como os efeitos que daí decorrem (art. 80, I a IV), inclusive a aplicação de sanções extracontratuais (art. 87, I a IV). Dentre as hipóteses mencionadas no citado art. 78, algumas indicam conduta culposa do contratado e outras denotam situações em que a culpa pelo inadimplemento é atribuída ao Poder Público.

Quando a rescisão do contrato decorre de conduta culposa do contratado, o Estatuto aponta as seguintes consequências: a) o direito de o Poder Público assumir de imediato o objeto do contrato; b) a possibilidade de ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal com os quais era executado o contrato; c) a execução dos valores das multas e indenizações, bem como da garantia contratual, visando ao ressarcimento do Poder Público; d) a retenção dos créditos do contratado até que sejam reparados os prejuízos causados à Administração.[582]

No que tange à execução de valores (art. 80, III), vale a pena observar que se faz necessária a presença do *título executivo* para que o Poder Público acione o contratado.[583] O contrato em si não se caracteriza como tal, já que apenas prevê a obrigação relativa a multas e indenizações (art. 55, VII) e à garantia contratual (art. 55, VI). Da mesma forma, não é título executivo o ato administrativo que determinou a rescisão unilateral do contrato (art. 79, I). Por esse motivo, exige-se

que a Administração promova a ação de conhecimento para a obtenção do título. [584] Se o contratante for pessoa de direito público, deverá inscrever seu crédito, extrair a *certidão de dívida ativa* (CDA) e ajuizar a execução fundada em título extrajudicial.[585] No caso de pessoa de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista, por exemplo), poderá ser utilizada a *ação monitória*, cabível a quem pretende, com lastro em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro (art. 1.102-A, CPC); a referida ação, sendo procedente o pedido, rende ensejo à obtenção do título executivo (art. 1.102-C, *caput* e § 3º, CPC), este sim, idôneo à fase executória do processo.[586]

Na relação de condutas culposas do contratado, rendendo ensejo à rescisão do contrato, foi incluído o descumprimento do art. 7º, XXXIII, da CF, com a redação da EC nº 20/98, ou seja, é vedado ao contratado manter em seu quadro de empregados menores com idade inferior a dezoito anos no caso de trabalho noturno, insalubre ou perigoso, ou de dezesseis para qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, em que se admitem menores a partir de quatorze anos de idade.[587] Descumprida essa obrigação pelo contratado, cabe à Administração o dever de rescindir o contrato, com a incidência de todos os efeitos decorrentes da inadimplência, como indenização, suspensão do direito de licitar etc.

Havendo atraso no pagamento da prestação ajustada, a Administração, mesmo que o contrato não seja rescindido, deve arcar com o ônus dos juros de mora e da correção monetária. Por isso, já se decidiu que *"é obrigatória a atualização monetária em caso de impontualidade no pagamento de obras e serviços públicos, não implicando tal correção ganho de capital, mas servindo apenas para garantir o poder aquisitivo da moeda corroída pelo processo inflacionário".*[588]

O novo Código Civil, finalmente, espanca toda e qualquer dúvida sobre os efeitos do inadimplemento de obrigações. Segundo o art. 389, se não for cumprida a obrigação, *"responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado"*. A disciplina alcança todos os contratos, inclusive os contratos administrativos, eis que inexiste previsão a respeito de qualquer prerrogativa especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual. Por outro lado, não se pode considerar o Estado devedor privilegiado sem que haja expressa disposição legal. Se for inadimplente, deve arcar com todos os ônus decorrentes de seu inadimplemento.

É possível que o contratado seja inadimplente em relação a encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais ou comerciais. Caso ocorra tal situação, a responsabilidade é exclusiva do contratado devedor, ainda que os encargos tenham advindo da execução do contrato administrativo (art. 71 do Estatuto). De fato, esses débitos se originam de relações jurídicas diversas constituídas com terceiros, inclusive com o próprio Estado, como sucede nos débitos fiscais ou previdenciários. Sendo assim, não poderia o Estado-contratante ser prejudicado por esses outros encargos.

Não obstante, a Lei nº 9.032, de 28.04.95, introduziu dois parágrafos no art. 71 do Estatuto. O parágrafo primeiro estabelece que débitos do contratado relativos a *encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem* à Administração a responsabilidade por seu pagamento. Além do mais, não são idôneos a onerar o objeto do contrato ou provocar qualquer restrição no que toca à regularização e o uso das obras e edificações, inclusive junto ao Registro de Imóveis. Com efeito, a Administração ocupa a posição de terceiro em relação a tais débitos.

O dispositivo (art. 71, § 1º) – como o reconhecem diversos especialistas – está em evidente conflito com o Enunciado nº 331, do TST, segundo o qual o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador implicaria a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto às mesmas obrigações, inclusive quando o tomador é pessoa federativa ou da administração indireta. Em nosso entender, o verbete está em rota de colisão com o dispositivo do Estatuto, de modo que não poderia prevalecer sobre ele: na verdade, o enunciado retrata extensão da responsabilidade para além dos limites fixados na lei.

O certo é que o aludido Enunciado do TST, que implicitamente reputa inconstitucional o art. 71, § 1º, do Estatuto, tem ensejado a prolação de inúmeras decisões trabalhistas nas quais, diante do inadimplemento de sociedades relativamente às obrigações trabalhistas para com seus empregados, normalmente decorrentes de contratos de serviços e obras, o órgão jurisdicional comina ao Estado-contratante responsabilidade solidária ou subsidiária e o condena ao pagamento dos direitos trabalhistas, sem que o Estado se tenha omitido quanto a seu dever de fiscalizar as obrigações das empresas contratadas.

Em boa hora, entretanto, o STF repudiou essa esdrúxula responsabilidade e a tendência da Justiça trabalhista de aplicar irrestritamente o Enunciado 331, IV, do

TST, sem qualquer verificação da conduta do Estado-contratante. A Corte, em orientação inquestionável, também rechaçou os fundamentos adotados na esfera trabalhista, de um lado considerando que a hipótese não retrata a responsabilidade objetiva (extracontratual) prevista no art. 37, § 6º, da CF, a qual não se confunde com a responsabilidade contratual aplicável no caso, e de outro julgando impertinente o art. 2º, § 2º, da CLT, que trata da responsabilidade solidária de grupo de empresas, situação totalmente diversa da que sucede com os contratos administrativos. O julgado, porém, ressalvou a hipótese de omissão culposa da Administração, que, logicamente, há de ser analisada em cada caso, com a produção da prova pertinente pelo interessado.[589]

O art. 71, § 2º, no entanto, trouxe uma surpreendente e esdrúxula inovação: segundo o dispositivo, a Administração é responsável *solidariamente* com o contratado pelos *encargos previdenciários* resultantes da execução do contrato nos termos da lei previdenciária.[590] O legislador, é claro, atribuiu à Administração a função de controlar indiretamente o cumprimento dos encargos previdenciários pelo contratado; indiretamente, porque o controle direto incumbe à autarquia previdenciária. A fiscalização cinge-se apenas aos encargos *oriundos do contrato*, não se estendendo, portanto, aos que derivem de outros ajustes do contratado. Diante da exigência legal, cabe ao órgão administrativo contratante verificar a cada mês a situação previdenciária do contratado, sendo lícito condicionar o pagamento da fatura ao cumprimento dos encargos previdenciários.

A despeito do escopo da lei, é contestada a *responsabilidade solidária* nela prevista. Em nosso entender, esse não seria caso de solidariedade, em que qualquer devedor pode ser logo demandado para depois exercer seu direito de regresso, mas sim de *responsabilidade subsidiária*, ou seja, somente se o devedor não conseguir quitar seus encargos previdenciários é que poderá ser acionada a Administração. A doutrina, inclusive, invoca o argumento de que a sujeição passiva tributária direta ou indireta deve estar prevista como norma geral na lei tributária, que somente se formaliza por lei complementar (art. 146, III, CF), tendo-se que concluir, pois, ser inconstitucional o citado art. 71, § 2º, do Estatuto, na parte relativa à solidariedade quanto aos citados encargos.[591]

Não há dúvida, contudo, de que a inadimplência do contratado para com os encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários constitui situação de

inadimplemento relativa ao próprio contrato administrativo, enquadrando-se como motivo para que a Administração rescinda o contrato por culpa do contratado, como autoriza o art. 78, I e II, do Estatuto.

A despeito de oriunda do direito privado, tem-se desenvolvido e aplicado no âmbito dos contratos administrativos a teoria do "*venire contra factum proprium*",[592] segundo a qual é vedado ao contratante assumir, supervenientemente, *comportamento incompatível* com o que adotara ao início do ajuste, em evidente ofensa ao princípio da *boa-fé objetiva*, já consagrado no direito civil em harmonia com o princípio da probidade.[593] A quebra da confiança por parte do pactuante, no caso, acaba por provocar-lhe situação de culpa para o fim de rescisão do contrato, como já consignaram estudiosos e jurisprudência.[594] É inescusável, portanto, que a Administração se conduza, no curso do contrato, em contradição com sua postura inicial, hipótese que configura verdadeira inexecução do contrato. O mesmo, aliás, se passa com o particular contratado. A confiança legítima, a boa-fé objetiva e a lealdade contratual são exigidas de ambos os pactuantes.

3. Inexecução Sem Culpa

Neste caso, uma das partes não consegue cumprir o contrato nas condições em que foi firmado. Entretanto, não o fez por culpa sua, mas, ao contrário, em virtude de fatos supervenientes à celebração, que impediram ou dificultaram a conclusão do contrato. Correspondem tais fatos a situações excepcionais, e a eles não deu causa a parte inadimplente. Por isso não podem ser invocados a todo o momento sem que hajam concorrido os exatos pressupostos do acontecimento nem substituem a álea natural dos contratos. Tendo em vista a diversidade de lineamentos, serão tais hipóteses examinadas em separado.

Registre-se, por oportuno, que, em bom momento, o novo Código Civil tratou expressamente da matéria, intitulando-a de "*resolução por onerosidade excessiva*". Segundo os dizeres do art. 478 desse novo diploma civilístico, nos contratos de execução continuada ou diferida, o devedor pode pedir a resolução do contrato quando *sua prestação se tornar excessivamente onerosa, com vantagem extrema para a outra parte, em decorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis*. A resolução, todavia, poderá ser evitada se a parte beneficiada pelo evento imprevisível modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479). Tais normas possuem caráter

genérico e, portanto, aplicam-se integralmente em qualquer forma de contratação, inclusive nos contratos administrativos.

3.1. Teoria da Imprevisão

Como bem sintetiza LAUBADèRE, ocorre a teoria da imprevisão quando, no curso do contrato, sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem a equação econômico-financeira do pacto.[595]

O fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula *rebus sic stantibus,* segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente.

O elemento característico do instituto é a *álea econômica*, e sobre ela vale repetir as palavras de CAIO TÁCITO:

> *"A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências".[596]*

O efeito da teoria da imprevisão calca-se em duas vertentes. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de nenhum modo, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte, terá esta direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido.[597]

3.2. O Fato do Príncipe

O equilíbrio do contrato administrativo pode ser quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado. Foi por isso construída a *teoria do fato do príncipe*, aplicável quando o Estado contratante, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado. O pressuposto do fato do príncipe é a *álea administrativa*.[598]

Sobre o fato do príncipe, já tivemos a oportunidade de dizer em estudo a

respeito que *"esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste"*. [599]

O fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando neste último caso funda alteração na equação econômico-financeira do contrato.

Parte da doutrina entende que o fato deve emanar da mesma pessoa jurídica que celebrou o ajuste.[600] Com a devida vênia, entendemos que o "príncipe" é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro.[601]

O efeito da aplicação da teoria do fato do príncipe, à semelhança do que ocorre com a teoria da imprevisão, comporta duas hipóteses. A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações; nesse caso, terá o particular o direito à *revisão do preço* para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações. Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral.[602] Observe-se que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se aplica na teoria da imprevisão, como vimos anteriormente.

3.3. Caso Fortuito e Força Maior

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo da greve. O Código Civil, todavia, não faz distinção, limitando-se a consignar que *"o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir"* (art. 393, parágrafo único, Código Civil). [603]

Ocorrendo tais situações, rompe-se o equilíbrio contratual, porque uma das

partes passa a sofrer um encargo extremamente oneroso, não tendo dado causa para tanto. É evidente que será impossível exigir-se dela o cumprimento da obrigação, até porque essa exigência seria incompatível com a cláusula *rebus sic stantibus,* aplicável perfeitamente à espécie.

Quanto ao efeito, dispõe o art. 393 do Código Civil, como regra, que *"o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior"*. Responderá, entretanto, quando expressamente se houver responsabilizado pelos prejuízos (art. 393, C.Civil), ou ainda nos casos em que estiver em mora (art. 399, Código Civil). A ocorrência daquelas situações contempladas na regra geral rende ensejo à rescisão do contrato sem culpa do devedor inadimplente. O Estatuto vigente (ao contrário do anterior) prevê hipótese de rescisão contratual pela ocorrência de caso fortuito ou força maior regularmente comprovados, admitindo, inclusive, indenização ao prejudicado pelos prejuízos causados, desde que, é lógico, não tenha havido culpa do inadimplente.[604]

Assinale-se, por fim, ser correta a advertência de que tais situações devem caracterizar-se pela imprevisibilidade, inevitabilidade e impossibilidade total do cumprimento das obrigações.[605] Fora daí, os fatos estarão dentro da álea normal dos contratos.

XV. Extinção do Contrato

1. Cumprimento do Objeto

Dá-se o cumprimento do objeto do contrato quando *"as partes conseguiram o que pactuaram e voltam, sem a menor dificuldade, às respectivas situações anteriores"*.[606]

Trata-se de forma natural de extinção dos contratos administrativos. Se o Poder Público e o particular ajustam, por exemplo, a realização de um serviço, ou o fornecimento de um bem, realizado o serviço ou fornecido o bem, e recebido o preço, ficam satisfeitas as partes. Cumpridas regularmente as obrigações, ocorrerá a extinção normal do contrato.

2. Término do Prazo

Há contratos que preveem que as obrigações deles derivadas perdurem por determinado lapso de tempo, fixando-se, em consequência, um termo final. Advindo esse termo final, o contrato se extingue naturalmente. No caso anterior, a

extinção se dá com o resultado colimado pelas partes sem consideração de tempo. Neste, as partes já delimitam o período em que vigorarão as obrigações pactuadas.

Normalmente o prazo é estabelecido para os contratos que traduzem obrigações contínuas. Essa continuidade é que, por sua natureza, vai exigir a fixação de limite temporal, pois que sem este o cumprimento vai dar-se indefinidamente. Exemplo é o contrato de fornecimento contínuo, como o caso da entrega diária de refeições para certo hospital. A obrigação do contratado, de natureza contínua, há que se extinguir em determinado momento, e este é o termo final do prazo ajustado. Trata-se também de extinção de pleno direito.

3. Impossibilidade Material ou Jurídica

Depois de firmado o contrato, podem surgir fatos que o extingam por impossibilidade material ou jurídica.

Ocorre a *impossibilidade material* quando o fato constitui óbice intransponível para a execução das obrigações ajustadas. É o caso do desaparecimento do objeto. Suponha-se que a Administração contrate empresa para pintura de um posto médico. Se o posto sofrer um incêndio e ficar em escombros, não há mais como cumprir a obrigação de pintura cometida ao contratado.

A *impossibilidade jurídica* admite, em tese, o cumprimento da obrigação, mas não nas condições jurídicas decorrentes do contrato. Imagine-se ter sido contratado auditor para análise contábil de certo Município, e no curso do contrato venha ele a falecer. Embora o objeto possa continuar com outrem, fica extinto o contrato, devendo-se lembrar que os contratos administrativos são de caráter *intuitu personae*. [607] O Estatuto prevê a hipótese de falecimento como geradora de rescisão (art. 78, X).

Outros exemplos de impossibilidade jurídica são a falência do contratado e a dissolução de sociedade, também previstas no Estatuto como fatos causadores da rescisão (art. 78, IX e X). Sendo decretada a falência do contratado, diga-se de passagem, torna-se inviável o prosseguimento do contrato administrativo, uma vez que a decretação da falência importa *"o afastamento do devedor de suas atividades*", conforme dispõe o art. 75 da Lei nº 11.101, de 9.2.2005, que dispõe sobre a falência e a recuperação judicial e extrajudicial de empresários e sociedades empresárias (nova Lei de Falências). Afinal, não se deve perder de vista que o contrato

administrativo é *intuitu personae*, não sendo livre a transferência das obrigações do contratado a terceiros.

4. Invalidação

Havendo vício de legalidade no contrato, deve este sujeitar-se à invalidação, ou anulação, como denominam alguns autores. Constituem vícios de legalidade, por exemplo, aqueles que dizem respeito aos requisitos de validade dos atos administrativos em geral, como a competência, a forma, o motivo etc. Também invalida o contrato a ausência de licitação prévia.[608]

Outras hipóteses de ilegalidade estão previstas no Estatuto quando são traçadas regras relativas à formalização do contrato (arts. 60 a 64). Entre elas avulta o contrato verbal, quando não tiver por escopo pequenas compras.[609]

Concordamos com a doutrina segundo a qual se torna necessário que a Administração, defrontando-se com hipótese justificadora da invalidação, instaure procedimento administrativo no qual seja proporcionada ao contratado ampla defesa, bem como motive expressamente o ato que declarar a nulidade do contrato.[610] Por mais de uma razão se justificam tais formalidades. Em primeiro lugar, há interesse do contratado na consecução do contrato. Depois, o contratado, por força desse interesse, deve ter a oportunidade de defesa da validade contratual, o que se coaduna com o mandamento insculpido no art. 5º, LV, da CF. Por fim, deve-se conferir ao particular o direito de confrontar as razões invocadas administrativamente pela Administração para possível exame de sua legalidade no Judiciário.

O efeito da declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente (art. 59 do Estatuto). Cuida-se de regra consonante com o princípio de direito público segundo o qual a invalidação produz efeitos *ex tunc*.

Não obstante, nos termos do art. 59, parágrafo único, do Estatuto, *"a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa"*. Pretende o dispositivo evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração, tendo ela recebido um bem jurídico sem pagar por ele. O direito, como emana do texto, está condicionado a não ter o contratado contribuído para o vício gerador da

invalidação.[611] O que não se permite é que a Administração tenha recebido parte do objeto do contrato e, ainda assim, não queira indenizar o contratado: seria forma de enriquecimento sem causa do Poder Público, ou seja, estaria ele a locupletar-se de sua própria torpeza.[612]

A expressão *"outros prejuízos regularmente comprovados"*, contida no dispositivo, deve ser interpretada em consonância com a causa da nulidade. Se a invalidação decorrer de ilegalidade ou de impossibilidade do objeto do contrato, tem o contratado direito, além do pagamento referente à parte que executou, à indenização pelos *danos emergentes*, isto é, aqueles que realmente se originaram da execução parcial do contrato (projetos, vistorias, pareceres técnicos, viagens etc). Doutrina autorizada, porém, advoga que, se a invalidação for causada por culpa comissiva ou omissiva da Administração, seja no procedimento de licitação, seja na própria celebração do contrato, o contratado, além do direito ao que foi executado e aos danos emergentes, que consistem no denominado *interesse negativo*, faz jus também aos *lucros cessantes*, parcela correspondente à projeção futura do que poderia auferir se não houvesse a paralisação do ajuste pela anulação, parcela esta que retrata o *interesse positivo* do prejudicado (interesse na conclusão do contrato).[613]

5. Rescisão

A rescisão do contrato se origina de um fato jurídico superveniente nascido de manifestação volitiva. Essa manifestação admite diversidade quanto à pessoa do emitente e quanto ao modo em que é formalizada, e, por isso, pode ser classificada em três grupos: a rescisão amigável, a rescisão judicial e a rescisão administrativa. Vejamos cada uma das modalidades.

5.1. Rescisão Amigável

Rescisão amigável é a que decorre da manifestação bilateral dos contratantes. Nessa hipótese não há litígio entre eles, mas sim interesses comuns, sobretudo da Administração que, quanto ao desfazimento, terá discricionariedade em sua resolução (art. 79, II, do Estatuto).

Há, entretanto, requisitos formais para essa rescisão. Um deles é que o instrumento rescisório deve ser formalizado por termo no processo de licitação. É ainda exigível que a autoridade competente autorize a rescisão e justifique sua posição.[614]

5.2. Rescisão Judicial

Ocorre a rescisão judicial quando a desconstituição do contrato administrativo provém de decisão emanada de autoridade investida na função jurisdicional.

É a modalidade normalmente adotada pelos particulares contratados pela Administração quando esta, de algum modo, descumpre as obrigações pactuadas. Verificado o fato em ação judicial, a decisão decreta a rescisão do contrato e, quando requerido pelo interessado, condena o causador ao pagamento da devida indenização.[615]

Embora atenuada, como se disse, a teoria da inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos, pode ocorrer que o particular, antes do prazo de 90 dias de atraso por parte da Administração, fique impossibilitado de dar seguimento ao objeto do contrato. Deve ele, nessa hipótese, quando lhe incumbe executar serviços que atendam a interesses coletivos, buscar a tutela preventiva, ajuizando ação cautelar com vistas à obtenção de assentimento judicial autorizando a paralisação. Evitará, decerto, que a Administração venha a imputar-lhe culpa pela paralisação, *sponte sua*, dos referidos serviços. Sobre a exceção de contrato não cumprido, veja-se o que dissemos anteriormente (tema VIII, tópico 3.3).

5.3. Rescisão Administrativa

A rescisão administrativa é definida no Estatuto como a *"determinada por ato unilateral e escrito da Administração"* (art. 79, I). De fato, neste caso a desconstituição do contrato decorre da só manifestação unilateral da Administração, e não pode o contratado opor-se a ela.

Pode-se, para fins didáticos, dividir esse tipo de rescisão em duas modalidades de acordo com o motivo que a inspira.

Em primeiro lugar, temos a rescisão motivada pelo inadimplemento do contratado, com ou sem culpa. Os casos de inadimplência sem culpa foram vistos a propósito da inexecução das obrigações (teoria da imprevisão, fato do príncipe, caso fortuito e força maior). A culpa do particular aparece em várias hipóteses previstas no Estatuto, como o não cumprimento das obrigações, a morosidade na execução, o cumprimento irregular, atrasos injustificados etc. (art. 78).

No caso de não cumprimento do contrato, a rescisão confere à Administração

o direito de assumir o objeto do contrato, ocupar e utilizar o local, instalações etc., bem como de executar a garantia contratual e reter eventuais créditos do inadimplente, conforme examinamos anteriormente.[616]

O outro motivo gerador da rescisão unilateral são as razões de *interesse público* (art. 78, XII), avaliado segundo critério firmado pela própria Administração na via de sua discricionariedade. De fato, não pode o contratado, movido por interesse privado, sobrepor-se ao interesse público gerido pela Administração, obrigando-a a executar o contrato até o fim sem que o resultado final venha servir a seus objetivos.

Para evitar abusos, no entanto, o legislador exigiu a presença de quatro pressupostos para legitimar esse tipo de rescisão:

1) que as razões administrativas sejam altamente relevantes;
2) que a Administração promova amplo conhecimento desses motivos;
3) que tais razões sejam justificadas e determinadas pela mais alta autoridade na respectiva esfera administrativa. Por falta da devida motivação, já se anulou ato de rescisão contratual.[617] e
4) que tudo fique formalizado no processo administrativo, devendo o administrador dar ciência ao contratado dos motivos da rescisão, bem como oferecer-lhe proposta para eventual recomposição de prejuízos. [618]

Não obstante, assim como não se pode obrigar a Administração a prosseguir na execução do contrato, não é razoável atribuir ao contratado o ônus da rescisão, sobretudo quando se sabe que a ela não deu causa. E é exatamente por essa razão que, rescindido o contrato por interesse da Administração, *deve o contratado ter os seus prejuízos integralmente reparados.*[619]

O correto seria a Administração proceder à imediata reparação dos prejuízos. Entretanto, não tem sido o procedimento comum. As protelações sucessivas e a rançosa burocracia dos órgãos administrativos têm, frequentes vezes, obrigado o prejudicado a recorrer à via judicial para fazer valer os direitos que a lei lhe assegura. Evidentemente, fica a Administração ainda mais onerada, pois que, além da indenização em si, pagará também outras parcelas, como os juros de mora, custas

processuais e honorários advocatícios.

5.4. Rescisão por arbitragem

A Lei nº 9.307, de 23/9/96, regulou o instituto da *arbitragem* para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Muitas pessoas se têm valido desse instrumento para fugir à reconhecida lentidão da justiça tradicional. Trata-se de ajuste no sentido de submeter ao juízo arbitral litígios supervenientes à celebração de contratos (cláusula compromissória) ou outro tipo de controvérsias já existentes, judiciais ou extrajudiciais (compromisso arbitral). A decisão é proferida por árbitros e, salvo em casos excepcionais, a controvérsia não mais pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário; caso uma das partes o faça, a outra pode suscitar preliminarmente a existência da sentença arbitral (art. 301, IX, Cód. Proc. Civil), postulando a extinção do processo sem julgamento (ou resolução) do mérito (art. 267, VII, Cód. Proc. Civil).

Discutem os estudiosos atualmente sobre a possibilidade de o Poder Público recorrer à arbitragem para a solução de seus conflitos. A respeito do tema, tem dominado o entendimento de que a adoção desse instrumento não ofende os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos, desde que, é óbvio, procure a Administração alcançar providência de interesse público e que seus agentes não atuem com improbidade administrativa ou desvio de finalidade. Além do mais, a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter *como preponderante o aspecto de patrimonialidade*, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade.

Não há, ainda, disciplina detalhada sobre a questão. Parece-nos, todavia, que lei da pessoa federativa interessada pode contemplar a possibilidade de recurso à arbitragem, inclusive para fins de verificar a ocorrência de culpa no caso de rescisão causada por descumprimento contratual. Acresce que outras questões resultantes da rescisão, como os juros, a atualização monetária, as parcelas indenizatórias, podem, a nosso ver, ser deduzidas perante juízo arbitral, desde que as partes firmem convenção nesse sentido. Em que pese não ser muito comum a hipótese, os Tribunais têm admitido a solução desse tipo de controvérsias pela arbitragem.[620]

Ressalve-se que, a despeito de não haver a regulação minudente de caráter *geral,* começam a surgir disposições *pontuais* sobre o tema. Assim, a Lei nº

11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas, prevê expressamente o recurso à arbitragem para dirimir conflitos entre a Administração e o parceiro privado, relacionados com a execução do contrato (art. 11, III). O mesmo ocorre em relação à Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos (art. 23-A). Verifica-se, por conseguinte, que a aceitação do instituto no direito público ganha espaço na própria legislação.[621]

XVI. Sanções Administrativas

Dissemos anteriormente que há sanções extracontratuais que provocam a ocorrência de fatos administrativos e outras que geram a prática de atos administrativos. Sobre os primeiros, fizemos os comentários que estão no tópico VIII, item 4.

Além deles, o Estatuto relacionou uma série de atos administrativos, de caráter punitivo, que traduzem sanções pela inexecução total ou parcial do contrato. Mais leves são as penas de *advertência* e de *multa*, neste caso na forma que o contrato ou o instrumento convocatório previram. Mais graves são as de *suspensão temporária* de participação em licitação e *impedimento de contratar com a Administração* por prazo não superior a dois anos, e também a *declaração de inidoneidade* para licitar ou contratar com a Administração.[622] Esta última tem incidência por prazo indeterminado, permanecendo até que o contratado promova sua reabilitação. A reabilitação constituirá direito do contratado se, decorrido o prazo de dois anos, a Administração for ressarcida dos prejuízos causados.

Nem sempre, todavia, as sanções são aplicadas ao contratado. A suspensão temporária e a declaração de inidoneidade podem ser aplicadas também a empresas ou a profissionais que:

1) tenham praticado atos ilícitos, intentando comprometer os objetivos da licitação;
2) demonstrarem não ter idoneidade para contratar com a Administração, em razão de outros atos ilícitos (ilícitos graves, entendemos nós, além de relacionados, de alguma forma, com os postulados das licitações e contratos); e
3) que tenham sofrido condenação definitiva em virtude de fraude fiscal

dolosa no recolhimento de quaisquer tributos.

No caso da advertência, da suspensão provisória e da declaração de inidoneidade, é exigido o cumprimento do devido processo legal, conferindo-se ao acusado prévio direito de defesa, em cinco dias úteis. A norma (art. 87, § 2º), como se observa, está compatibilizada com a garantia estatuída no art. 5º, LV, da CF.

Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV). Há três correntes de pensamento.[623]

Para grande parte dos especialistas, o efeito é *restritivo*, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: 1ª) a autonomia das pessoas da federação; 2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.[624]

Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é *restritivo* para a suspensão e *extensivo* para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à *Administração* – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente –, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à *Administração Pública* – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.[625]

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, *data venia*, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre *extensivo*. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a

contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.[626]

Questão que suscita alguma controvérsia consiste em saber qual o efeito da aplicação da sanção administrativa, especialmente a de declaração de inidoneidade, no que tange aos contratos em vigor celebrados com a sociedade punida. A nosso ver, tais contratos não são sujeitos à rescisão automática, devendo, se for o caso, ser instaurado o devido processo administrativo para o desfecho contratual. Significa, pois, que os efeitos da punição são *ex nunc*, ou seja, incidem apenas para licitações e contratações futuras. O outro aspecto é o de que nada impede que, a despeito da sanção, os demais contratos sejam regularmente cumpridos pelo contratado.[627]

XVII. Crimes e Penas

Contrariamente à legislação anterior, a lei vigente deu a configuração de delituosas a várias condutas pertinentes a licitações e contratos administrativos, fixando, no caso de sua prática, as respectivas sanções penais.

Entre os arts. 89 a 98, o Estatuto contempla vários delitos, a maior parte deles voltados ao sistema de licitações; em menor número, indica os delitos mais ligados aos contratos administrativos. São crimes desse último grupo: celebrar contrato com empresa ou profissional inidôneo (art. 97), obter vantagem indevida em contratos (art. 92 e parágrafo único), e patrocinar interesse privado mediante a celebração de contrato, que vem a ser invalidado no Poder Judiciário (art. 91).

Embora a matéria seja típica do Direito Penal, vale a pena fazer breves considerações sobre os crimes previstos na Lei 8.666/93. Primeiramente, somente são puníveis a título de *dolo*, único *elemento subjetivo*, sendo omissa qualquer previsão sobre conduta culposa. O *sujeito passivo* é sempre a *Administração Pública*, titular que é do direito à observância dos princípios da legalidade nos contratos e nas licitações. O *sujeito ativo* pode ser *agente público* ou *terceiro*, mas há alguns tipos que só podem ser praticados pelo primeiro (*crimes próprios*).

Quanto aos tipos relacionados na lei, é importante observar que as condutas a

que se referem não eram indiferentes penais: tinham tipificação no Código Penal. Com o advento do Estatuto, que no caso tem caráter de lei especial, ficaram derrogadas tacitamente as normas do estatuto penal relativas às condutas previstas na lei licitatória. Por outro lado, o art. 108 do Estatuto faz remissão apenas ao Código de Processo Penal e à Lei de Execuções Penais para considerá-los como de *aplicação subsidiária*. Justifica-se a ausência de menção ao Código Penal pelo fato de que este tem *aplicação primária*, incidindo aqui o art. 12 do mesmo Código, segundo o qual suas normas gerais se aplicam não somente aos tipos nele previstos, mas também aos tipos enunciados em leis extravagantes, como, na hipótese, é caracterizada a Lei 8.666/93.[628]

Os delitos pertinentes ao procedimento licitatório serão vistos no momento em que o tema for examinado.

XVIII. Convênios Administrativos

Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

Como bem registra a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES,[629] convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes.

No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a *cooperação*, e não o lucro, que é o almejado pelas partes no contrato. De fato, num contrato de obra, o interesse da Administração é a realização da obra, e o do particular, o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como também do particular. Por isso, pode-se dizer que as vontades não se compõem, mas se adicionam.[630]

Outro aspecto distintivo reside nos pólos da relação jurídica. Nos contratos, são apenas dois os pólos, ainda que num destes haja mais de um pactuante. Nos convênios, ao revés, podem ser vários os pólos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos.

Os convênios não se formam com personalidade jurídica autônoma e

representam, na verdade, o vínculo que aproxima várias entidades com personalidade própria.[631] O vínculo jurídico nessa modalidade de ajuste não tem a rigidez própria das relações contratuais. Como regra, cada pactuante pode denunciar o convênio, retirando-se livremente do pacto, de modo que, se só há dois partícipes, extingue-se o ajuste. Se vários são os partícipes, todos podem decidir-se, também livremente, pela extinção. Nesse caso, se um deles resolve abandonar a cooperação, o convênio pode prosseguir entre os remanescentes.

Como esse tipo de ajuste está fundado no propósito de cooperação mútua entre os pactuantes, tem sido admitida a participação, como pactuantes, de *órgãos públicos* despidos de personalidade jurídica. Nesse caso, podem surgir duas situações distintas. Uma delas é aquela em que o órgão ajusta com pessoas jurídicas diversas: aqui se subentende que o órgão está representando a pessoa a que pertence. Exemplo: em convênio entre a Secretaria de Educação de Município (órgão público) e uma fundação privada, considera-se que o órgão representa o Município no ajuste. Outra situação é a dos *convênios interorgânicos*, ou seja, convênios firmados por *órgãos públicos* integrantes do mesmo ente público. Exemplo: convênio entre a Secretaria de Segurança Pública e a Assembléia Legislativa, ambos órgãos do mesmo Estado. Em tal ajuste o que ressalta é apenas o compromisso dos órgãos pactuantes na perseguição das metas a que se propuseram, e, por isso, não se opõe, como regra, qualquer óbice jurídico à celebração do negócio. Com efeito, há três razões para sua legitimação: 1ª) os direitos e obrigações estão direcionados a um objetivo de interesse comum dos pactuantes; 2ª) o convênio apenas formaliza a execução de metas internas da Administração; 3ª) o pactuante, como visto, tem o direito de retirar-se do ajuste (*denúncia do convênio*), sem suportar qualquer efeito de maior relevância. Impera, portanto, nesse aspecto, o *princípio do informalismo*, não sendo exigível o pressuposto da personalidade jurídica, como, ao revés, sucede nos contratos.

A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre *no que couber*. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no

verdadeiro convênio inexiste perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.[632]

Também desnecessária se nos afigura autorização legislativa.[633] Quanto à sua formalização, são eles normalmente consubstanciados através de *"termos", "termos de cooperação"*, ou mesmo com a própria denominação de *"convênio"*. Mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactuantes de *recíproca cooperação*, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum. Tendo a participação de entidade administrativa, é fácil concluir que esse objetivo sempre servirá, próxima ou mais remotamente, ao interesse coletivo.

A Constituição vigente não se refere expressamente aos convênios no conjunto de regras que tratam da partilha de competências, mas deixa implícita a possibilidade de serem ajustados. Com efeito, dispõe o art. 23, parágrafo único, com a redação da E.C. 53/2006, que *"leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".*[634] Por outro lado, deve ser destacado que, além dessa previsão, não há qualquer vedação constitucional para tais ajustes; ao contrário, o sistema adotado conduz normalmente a esse desiderato, emanando de várias de suas disposições o sentido de se volverem as entidades federativas a objetivos comuns. A despeito dessa admissibilidade implícita, a vigente Constituição passou a prever, no art. 241, com redação dada pela EC 19/98, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir, através de lei, disciplina de consórcios públicos e convênios de cooperação a serem celebrados entre si, com vistas à gestão associada de serviços públicos e à transferência de serviços, pessoal, encargos e bens necessários à regular continuidade dos serviços transferidos.

O dispositivo constitucional teve claro intuito, qual seja, o de prever atividades de cooperação entre as pessoas políticas. Não obstante, é importante distinguir dois aspectos. O art. 241, com sua nova redação, prevê a edição de lei reguladora dos convênios e consórcios com vistas à transferência de serviços (na verdade, deverá haver leis reguladoras a serem editadas pelas diversas pessoas federativas). Tais leis, contudo, apresentarão caráter genérico no que toca a esse objetivo específico. Mas,

independentemente do dispositivo, nada impede que convênios para fins diversos, embora também cooperativos, sejam celebrados entre as entidades políticas sem que haja necessariamente lei autorizadora, eis que essa atuação se caracteriza como normal atividade administrativa. Além disso, como já enfatizado, inexiste vedação para tal fim.

Há autores que se referem ainda aos clássicos *consórcios administrativos*, distinguindo-se dos convênios pelo fato de serem aqueles ajustados sempre entre entidades estatais, autárquicas e paraestatais da mesma espécie, ao passo que estes o seriam entre pessoas de espécies diferentes.[635]

Com a vênia devida aos que assim pensam, parece-nos inócua a demarcação distintiva, porquanto em ambos os ajustes são idênticos os contornos jurídicos, o conteúdo e os efeitos. E a prática administrativa tem demonstrado, não raras vezes, que pessoas da mesma espécie (por exemplo, Municípios de determinada região) têm buscado objetivos comuns através da celebração de *convênios*.

Pensamos, pois, que o termo *convênio* atualmente é o adequado para os regimes de cooperação entre pessoas, só cabendo distingui-los, como se fez acima, da figura tradicional dos contratos. Por tal motivo, o fator que deve remarcar essa modalidade de ajustes, repetimos, é o intuito cooperativo dos participantes, sendo, pois, irrelevante distinguir a natureza jurídica destes.

Por outro lado, releva consignar que nossa referência foi aos consórcios administrativos tradicionais, nos quais o vínculo cooperativo material e formal é idêntico ao dos convênios. Não aludimos, pois, aos *consórcios públicos*, instrumentos mais recentes, instituídos como pessoas jurídicas e previstos no art. 241 da CF, com regulamentação da Lei nº 11.107/2005, os quais serão logo adiante examinados.

Ressalte-se, ainda, por amor à precisão, que não devem confundir-se a lei referida no art. 23, parágrafo único, da CF, e a mencionada no art. 241 da Carta (com a redação dada pela EC 19/98). Além do aspecto formal (aquela é lei complementar, ao passo que esta é lei ordinária), releva notar a diferença também quanto ao conteúdo. A lei complementar fixará normas de cooperação entre as pessoas federativas para assegurar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; há, portanto, intensa generalidade na norma quanto ao objeto pretendido. A lei ordinária, contudo, tem objetivo específico, qual seja, o de regular os convênios (e os "consórcios") cooperativos para a gestão associada dos serviços

públicos e para a transferência dos elementos do serviço sem perda da continuidade. Em comum têm elas o fato de que a instrumentalização desses objetivos poderá dar-se através de negócios de parceria – os convênios administrativos de cooperação.

Por fim, vale a pena assinalar que a EC nº 19/98, incluindo o § 8º no art. 37 da CF, previu a celebração dos chamados "contratos de gestão" para melhor desempenho da atividade administrativa, os quais, como veremos no momento próprio, mais se enquadram como convênios do que como típicos contratos, já que neles o ponto nuclear é realmente a parceria. Vide Capítulo VII, tópico IX, item 3.3.2.

XIX. Consórcios Públicos

Foi a Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que, com suporte no art. 241, da CF, passou a dispor sobre normas gerais de contratação de *consórcios públicos*, destinadas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando à realização de objetivos de interesse comum desses entes estatais e promovendo a gestão associada a que alude o citado mandamento constitucional. A lei federal tem o escopo de regular, de forma geral, a formação do pacto cooperativo (*lei nacional*); a competência legislativa, pois, é da União Federal.[636] Tal lei, contudo, não exclui as leis dos demais entes federativos no que tange à decisão sobre a conveniência, ou não, da participação no consórcio; essa competência deriva da autonomia que a Constituição lhes garante. [637]

Como registramos anteriormente, *os consórcios*, tradicionalmente, nada mais eram do que *convênios*, instrumento em que pessoas públicas ou privadas ajustam direitos e obrigações com o objetivo de alcançar metas de interesse recíproco. Em outras palavras, sempre foram negócios jurídicos pelos quais se pode expressar a vontade de cooperação mútua dos pactuantes. A diferença apontada entre ambos, como vimos, era despida de fundamentação normativa. A disciplina da Lei nº 11.107/2005, entretanto, demonstra que os consórcios públicos passaram a espelhar nova modalidade de negócio jurídico de direito público, com espectro mais amplo do que os convênios administrativos, muito embora se possa considerá-los como espécie destes. Daí a necessidade de tecer breves comentários sobre o novo instituto.

Ao exame do delineamento jurídico dos consórcios públicos, pode afirmar-se que sua *natureza jurídica* é a de *negócio jurídico plurilateral de direito público* com o conteúdo de *cooperação mútua entre os pactuantes*.[638] Em sentido lato, poder-se-á considerar *contrato multilateral*.[639] Constitui negócio jurídico, porque as partes manifestam suas vontades com vistas a objetivos de natureza comum que pretendem alcançar. É plurilateral, porque semelhante instrumento admite a presença de vários pactuantes na relação jurídica, sem o regime de contraposição existente nos contratos; por isso, alguns o denominam de *ato complexo*. É de direito público, tendo em vista que as normas regentes se dirigem especificamente para os entes públicos que integram esse tipo de ajuste. Retratam cooperação mútua, numa demonstração de que os interesses não são antagônicos, como nos contratos, e sim paralelos, refletindo interesses comuns.

Em consequência, a despeito de a lei referir-se, na ementa, a "*contratação de consórcios públicos"* e consignar, no art. 3º, que o consórcio se constituirá por *contrato*, os entes públicos participantes do ajuste estão voltados para finalidades de interesse comum de todos e, desse modo, situam-se lado a lado na relação jurídica. Embora tenham direitos e obrigações, não estão em posições opostas, conforme se verifica nos verdadeiros contratos, mas sim em posições colaterais, em que todos buscam atingir objetivos comuns. Semelhante negócio jurídico, por conseguinte, melhor se enquadra na categoria dos *convênios*, tendo como especificidade o fato de se apresentar com a forma de pessoa jurídica, o que não acontece com os convênios *stricto sensu*. À guisa de exemplo, se uma pessoa pública ajusta a prestação de um serviço de vigilância, por exemplo, celebra efetivo contrato, mas, no caso de associar-se a outra pessoa pública para alcançar objetivos próprios (*v.g.,* o abastecimento de água), celebrará convênio, ou no caso em foco, consórcio público, modalidade daquele, em que também está presente o caráter associativo dos pactuantes.

O *objeto* dos consórcios públicos, como já assinalado, se concentra na realização de atividades e metas de interesse comum das pessoas federativas consorciadas (art. 1º). Cuida-se, em última instância, de profícuo instrumento do federalismo cooperativo, através do qual os entes estatais, sem embargo de não abrirem mão de sua ampla autonomia, preservada na Constituição, se associam a outras pessoas também estatais para alcançar metas que são importantes para todos,

sempre observados os parâmetros constitucionais. De fato, há determinados serviços públicos que, por sua natureza ou extensão territorial, demandam a presença de mais de uma pessoa pública para que sejam efetivamente executados. É para tal situação que servem os consórcios públicos. A ideia, sem dúvida, é digna de aplausos; caberá, porém, aos participantes do negócio implementá-lo à luz do efetivo interesse público, relegando a segundo plano interesses menores.

A *formalização* decorrente do ajuste apresenta peculiaridade: ajustadas as partes, devem elas constituir *pessoa jurídica*, sob a forma de *associação pública* ou *pessoa jurídica de direito privado*.[640] Semelhante *personalização* do negócio jurídico não é exigida nos convênios *stricto sensu*: nestes, os pactuantes se associam, mas não se institui pessoa jurídica, e os direitos e obrigações decorrem apenas do instrumento pelo qual se formalizarem.[641] Ou seja: quanto ao conteúdo, não há distinção, pois que em ambos os casos os participantes estão associados para fins comuns. Quanto à forma, no entanto, os consórcios públicos exigem a criação de pessoa jurídica, o mesmo não sucedendo com os convênios em sentido estrito e com os tradicionais consórcios administrativos (estes, como vimos, mera categoria dos convênios).[642] Por outro lado, também não se confundem com os consórcios de empresas previstos na lei das sociedades anônimas, já que estes são mecanismos de direito privado.[643]

Há dois *requisitos formais prévios* à formação do consórcio. Primeiramente, o ajuste somente poderá efetivar-se se houver prévia subscrição de *protocolo de intenções* (art. 3º). Esse acordo já representa a manifestação formal de vontade do ente estatal para participar do negócio público.[644] Em segundo lugar, tem-se que, firmado o protocolo, deverá este ser objeto de *ratificação por lei* (art. 5º); esta, porém, será dispensada se a entidade pública, ao momento do protocolo, já tiver editado lei disciplinadora de sua participação no consórcio.[645] Verifica-se, por via de consequência, que a participação da pessoa estatal no consórcio não pode ser decidida apenas pelo Poder Executivo: a lei demanda a participação também do Poder Legislativo, e o faz porque esse tipo de associação acarreta, em algumas situações, verdadeira representação do ente estatal pelo consórcio. Trata-se, pois, de ato de governo, e não de mero consentimento de administração.

A *organização e o funcionamento* dos consórcios, no entanto, serão regidos pela legislação reguladora das associações civis, prevalecendo, no caso de colisão, a

disciplina da Lei nº 11.107/2005 (art. 15). A estrutura do consórcio e o funcionamento específico dos órgãos que o integram serão previstos no respectivo estatuto (art. 7º). Observe-se que são dois os diplomas reguladores: de um lado, o que regula as associações civis (basicamente o Código Civil), aplicável na relação jurídica decorrente do consórcio (disciplina externa); de outro, o que define a atuação dos órgãos internos e a organização da entidade (disciplina interna).

Em virtude de sua especificidade, gerando a associação de vários entes públicos, o consórcio público, *quando assumir a forma de associação pública*, caso em que terá *personalidade jurídica de direito público*, *integrará a Administração Indireta* das pessoas federativas consorciadas (art. 6º, § 1º). *A contrario sensu,* caso se institua como pessoa jurídica de direito privado, estará fora da administração descentralizada, não sendo, assim, considerada pessoa administrativa.[646] Não obstante, trata-se da prestação de serviço público de forma descentralizada por pessoa jurídica formada exclusivamente por pessoas da federação e, desse modo, a entidade, pelo sistema vigente, não pode deixar de integrar a Administração Indireta. Pensamos, pois, que, seja de direito público ou de direito privado, a entidade representativa do consórcio público se incluirá na administração descentralizada dos entes federativos consorciados.[647]

No caso de ter o consórcio personalidade jurídica de direito privado, a lei estabelece que seu quadro de pessoal terá regime trabalhista, razão por que se aplicam as normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. O regime jurídico geral, entretanto, será híbrido: incidem, de um lado, normas de direito privado e, de outro, normas de direito público, como as que se referem a licitações, contratos, prestação de contas e admissão de pessoal.[648]

No que concerne *às associações públicas*, a Lei nº 11.107/2005, para assim qualificá-las, incumbiu-se de alterar o art. 41, do Código Civil, que enumera as pessoas jurídicas de direito público interno. No inciso IV, onde constava apenas "*autarquias"*, passou a constar *"autarquias, inclusive as associações públicas"*. Tal modificação, todavia, pode causar alguma dúvida no espírito do intérprete. O termo *autarquia* pode assumir dois sentidos: em sentido estrito, corresponde a uma determinada categoria de pessoa jurídica de direito público, integrante da administração indireta do Estado; em sentido lato, indica qualquer pessoa jurídica que tenha certa autonomia administrativa, financeira e operacional. Como constou

da alteração, não é muito fácil concluir se as associações públicas se incluem na categoria de autarquia em sentido estrito, ou se são elas uma nova modalidade de pessoa jurídica que, como as autarquias, têm personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira. A primeira interpretação se nos afigura mais condizente com o texto: as associações públicas, assim como certas fundações, incluem-se no gênero *autarquia*, assim considerada como modalidade específica de pessoa jurídica de direito público.[649]

Há, porém, uma dificuldade criada na lei. De acordo com o art. 6º, I, a *aquisição* da personalidade jurídica da associação pública ocorrerá *"mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções"*. *Quid iuris*, contudo, se as leis tiverem data de vigência diversa? A lei não aponta solução. Registra-se entendimento segundo o qual a personalidade jurídica surge em momentos diferentes para cada ente consorciado, e isso pelo fato de o consórcio integrar a administração indireta.[650] Sob outra visão, entende-se que a personalidade tem início mediante a vigência de *parcela* das leis de ratificação, desde que haja número suficiente para a caracterização de um consórcio.[651]

Consideramos, todavia, que a primeira solução não se compatibiliza com o sistema da unidade da personalização jurídica, ao passo que pela segunda teria que admitir-se a formação do consórcio sem a presença de todos os que firmaram o protocolo de intenções, o que, em nosso entender, contraria a ideia de associação de todos os entes interessados. O ideal seria que as leis de todos os consorciados tivessem sua vigência iniciada na mesma data, bastando que os interessados se organizassem para tanto. No caso de terem datas diversas, no entanto, a personalidade do consórcio só será adquirida com a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções, visto que o suporte fático-jurídico da criação do consórcio é a vigência *das leis* de ratificação. Antes, somente teria existência e eficácia o protocolo de intenções.

O *efeito jurídico* natural decorrente da constituição de pessoa jurídica reside na possibilidade de consórcios públicos celebrarem qualquer tipo de *acordo com terceiros*, como contratos e convênios. São também suscetíveis da destinação de auxílios, subvenções e contribuições sociais e econômicas por parte de entidades dos setores público e privado. Havendo previsão no ajuste, podem *promover desapropriações e instituir servidões administrativas*, depois da declaração de utilidade pública ou interesse

social firmada pela pessoa competente.[652] Podem ainda os consórcios ser *contratados sem licitação* pela própria pessoa da administração direta ou indireta, desde que seja esta participante do ajuste.[653] Apesar dessa limitação, parece-nos que nada impede que, em certas circunstâncias, possa o consórcio ser contratado por pessoa estatal ou paraestatal não integrante do ajuste, ou com esta firmar convênio, e isso porque: 1º) configura-se como pessoa jurídica; e 2º) não tem lógica nem é razoável a limitação, eis que desnecessária e desproporcional aos fins colimados pelo instituto.[654]

A lei admite, ainda, que consórcios públicos *arrecadem tarifas e outros preços públicos* no caso de ser prestado algum serviço ou quando administrarem bens públicos cujo uso seja remunerado (art. 2º, § 2º). Se o bem público for administrado pelo próprio ente titular do domínio, a arrecadação da tarifa dependerá de autorização a ser conferida ao consórcio pela referida pessoa titular.

Outro poder jurídico conferido pela lei aos consórcios é o de poderem celebrar *contratos de concessão ou permissão de obras e serviços públicos*, desde que haja autorização em tal sentido no instrumento negocial e que esteja bem definido o objeto da delegação.[655] A norma autorizadora, portanto, propicia que os consórcios públicos figurem como *concedentes* ou *permitentes* de obras ou serviços públicos, substituindo os entes estatais – estes, logicamente, os normais titulares da atividade delegada e, portanto, caracterizados como delegantes. A lei refere-se à outorga de concessão, permissão ou *autorização* de obras e serviços públicos. Em nosso entender, houve evidente impropriedade técnica: serviços públicos, tecnicamente, podem ser objeto de concessão ou permissão, únicas referidas no art. 175, da CF, mas não de autorização. Desse modo, é de entender-se que os consórcios podem outorgar autorizações, mas seu instrumento será o ato administrativo, e não um contrato. Por outro lado, o objeto da autorização não se configura como serviço público, e sim como atividade de interesse eminentemente privado, como já examinamos ao estudar os atos administrativos de consentimento estatal.

Na disciplina dos consórcios se encontra, ainda, a previsão do que a lei denominou de *contrato de programa* (art. 13). Segundo o texto legal, referido contrato constitui *condição de validade* da constituição e regulação de obrigações que uma pessoa da federação assuma para com outro ente estatal ou para com consórcio

público, com o objetivo de implementar gestão associada através da qual sejam prestados serviços públicos ou transferidos, total ou parcialmente, encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à consecução dos serviços transferidos. Ainda aqui não parece haver *contrato* algum, na acepção técnica da expressão. Há, isto sim, prévia definição de obrigações que o ente, como integrante do consórcio, assume perante os demais pactuantes; obrigações, aliás, são perfeitamente cabíveis em todos os negócios jurídicos, inclusive nos convênios, e, dessa maneira, o que pretende a lei é que o ente participante não se aventure no consórcio, mas, ao revés, que dele participe *para implementar, de forma programada, a gestão associada de serviços públicos*.[656] Exatamente por isso é que a lei exigiu que, nesse tipo de instrumento, se atenda à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e se contemplem procedimentos que assegurem transparência na gestão econômica e financeira de cada serviço no que toca a cada titular deste (art. 13, § 1º).[657]

O contrato de programa continua a vigorar ainda que seja extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação pelos quais foi autorizada a gestão associada dos serviços públicos. Por outro lado, é vedado que nele se estabeleça cláusula que atribua à pessoa contratada determinadas atividades próprias do ente contratante, como as que se referem ao planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ela mesma prestados. A razão é óbvia: não podem fundir-se numa só pessoa as figuras do ente controlador e do ente controlado, pena de extinguir-se o próprio controle. Podem participar desse negócio jurídico não só os entes federativos como também os que pertencem à respectiva administração direta, sejam de direito público ou de direito privado. Não obstante, será extinto o contrato no caso de a pessoa jurídica não mais integrar a administração indireta; não se extinguirão, contudo, as obrigações cujo descumprimento não provoque ônus a ente federativo ou a consórcio público.[658]

A Lei nº 11.107/2005 alterou a Lei nº 8.429/92, que regula os casos de *improbidade administrativa*, introduzindo os incisos XIV e XV no art. 10 desse último diploma. Consequentemente, passaram a configurar improbidade administrativa: a) a celebração de qualquer ajuste para gestão associada sem a observância das formalidades previstas na Lei nº 11.107; b) a celebração de contrato de rateio de consórcio sem prévia e suficiente dotação orçamentária ou sem a observância das exigências impostas na lei.

Na disciplina jurídica, foi instituída a figura do *contrato de rateio* (art. 8º) – na verdade também negócio jurídico plurilateral de direito público – que se constitui como pressuposto para que os entes consorciados transfiram recursos ao consórcio público, sempre com observância das normas previstas na Lei Complementar nº 101/2000, que dispõe sobre a responsabilidade pela gestão fiscal. O prazo de vigência deve ser o mesmo do exercício financeiro, o que leva à obrigação de ser periodicamente renovado. A exceção corre por conta de programas previstos em plano plurianual, bem como no caso de gestão associada de serviços públicos remunerados por preço público, inclusive tarifas. Se o consorciado não consignar em seu orçamento as dotações suficientes para as despesas assumidas no ajuste, será previamente suspenso e, depois, excluído do consórcio.

Sujeita-se o consórcio à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas "*competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio"* (art. 9º, parág. único). A norma, que parece apontar um só Tribunal de Contas controlador, tem que ser interpretada em harmonia com a Constituição, sob pena de revelar-se inconstitucional. Se o consórcio implica a transferência de recursos por parte dos entes consorciados, não pode a lei retirar dos órgãos de contas das demais pessoas federativas o poder de controle outorgado pela Lei Maior (é o caso, v.g., de vários Estados em consórcio público), até porque, como visto, o consórcio integra a Administração Indireta.[659] Deve entender-se, pois, que o texto legal citou um só Tribunal de Contas de modo *exemplificativo*, com o que não afastou os demais de sua missão constitucional (art. 71, CF).

Por fim, a lei instituiu algumas normas alteradoras da Lei nº 8.666/93 no que concerne às *licitações* realizadas por consórcios públicos (art. 17). Tendo em vista, porém, a natureza da matéria, teceremos os devidos comentários no capítulo próprio.[660]

Capítulo VI -

Licitação

I. Introdução

A Administração Pública, como foi visto no capítulo anterior, exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público. Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc. Por isso é que, como bem observa BIELSA, a causa jurídica, fundada numa causa fática, é sempre elemento essencial dos contratos.[661]

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.[662]

No presente capítulo, estudaremos alguns dos mais importantes aspectos das licitações, como os referentes a sua natureza jurídica, fins, procedimentos, modalidades, e, enfim, as linhas básicas que possam conduzir a uma visão global do instituto.[663]

II. Conceito

Para conceituar-se a licitação, de forma objetiva, não se pode deixar de considerar dois elementos, que, inclusive, serão estudados separadamente. O primeiro é a *natureza jurídica* do instituto, ou seja, como este se insere dentro do

quadro jurídico. O segundo consiste no *objetivo* a que se preordena, o que, aliás, constitui a própria *ratio essendi* desse instrumento.[664]

Fincados em tais elementos, podemos conceituar a licitação como *o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.*

De plano, vale a pena ressaltar que a licitação de que ora tratamos não se confunde com o atual instrumento da *chamada pública,* que mencionamos anteriormente no tópico relativo ao princípio da publicidade. Embora também se formalize por meio de edital e, *lato sensu,* integre o sentido de licitação, a chamada pública serve para divulgar atividades da Administração e convocar interessados do setor privado para participação. Portanto, não visa diretamente a obras, serviços ou compras, mas à seleção de credenciados, de associações civis, de autores de projetos etc., mediante a prévia e clara indicação dos critérios seletivos.

III. Natureza Jurídica

A licitação, como é óbvio, não poderia exaurir-se com instantaneidade. Ao revés, é necessária uma sequência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizadas, para que se chegue ao objetivo desejado.

Por isso, a natureza jurídica da licitação é a de *procedimento administrativo com fim seletivo*, porque, bem registra ENTRENA CUESTA, o procedimento constitui um *"conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la".*[665]

De fato, esse conjunto de atividades e documentos será sempre necessário, seja mais ou menos formal o procedimento. É preciso que a Administração divulgue o que pretende selecionar e contratar; que os interessados acorram com documentos e propostas; que se obedeça a um processo formal de escolha e assim por diante. Tudo isso, sem dúvida, reclama a presença de documentos e demanda certo lapso de tempo para sua conclusão.

Avulta, ainda, a qualificação do procedimento. Tratando-se de ordenada sequência de atividades, a licitação é procedimento *vinculado* no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente.[666]

Somente assim estará salvaguardando o direito dos interessados e a probidade na realização do certame. Aliás, esse é um dos aspectos decorrentes do princípio da probidade administrativa, princípio inscrito no art. 3º do Estatuto dos Contratos e Licitações.

IV. Disciplina Normativa

1. Disciplina Constitucional

Diversamente da Constituição anterior, silente a respeito do tema, a Constituição vigente referiu-se expressamente à licitação, estabelecendo, no art. 22, inc. XXVII, ser da competência privativa da União Federal 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 art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III*", conforme redação dada pela EC 19/98.

Além desse mandamento, a Constituição também enunciou o *princípio da obrigatoriedade de licitação*. No art. 37, XXI, estabelece que, fora dos casos expressos em lei, *"as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes"*. Diante de semelhante princípio, não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. Por tal motivo, já se decidiu ser inadmissível lei de unidade federativa em que se permitia que pequenas empresas pagassem seus débitos tributários através de dação em pagamento de materiais para a Administração, e isso porque a aquisição desses bens demanda obrigatoriamente licitação prévia nos termos do art. 37, XXI, da Constituição.[667]

Relacionam-se, ainda, ao tema, embora de forma indireta, o art. 37, *caput,* da CF, que averba os princípios da moralidade e da publicidade, e o art. 71, II e VI, que se refere ao controle externo de administradores incumbidos da gestão de dinheiros públicos.[668] Acrescente-se, por oportuno, que outros dispositivos constitucionais que preservem a moralidade pública terão sempre pertinência com o tema, haja vista que se trata de princípio fundamental da Administração.

Importa destacar, por fim, que a EC nº 19/98 (reforma administrativa do

Estado), alterando o art. 173, § 1º, da CF, faz previsão de lei que estabeleça o estatuto jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista, dispondo, entre outros aspectos, sobre licitação para tais entidades.

2. Disciplina Legal

Deduz-se do art. 22, XXVII, da CF que, sendo da competência privativa da União legislar sobre *normas gerais*, aos Estados, Distrito Federal e Municípios será lícito legislar sobre *normas específicas*.

A lei reguladora das licitações é a Lei nº 8.666, de 21.06.1993 – o Estatuto dos Contratos e Licitações. Tal diploma legal, que, como visto, é o mesmo que disciplina os contratos administrativos, sofreu posteriormente algumas alterações, mas continua sendo a lei básica sobre a matéria.

Consagrando princípios gerais, como autorizado na Constituição, o Estatuto é, por assim dizer, a fonte legislativa primária disciplinadora das licitações. Por isso, nele foram estabelecidas algumas vedações também a Estados, Distrito Federal e Municípios, destacando-se, dentre elas, a que proíbe a ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade, e dos limites de valor para cada modalidade de licitação, bem como a redução dos prazos de publicidade e dos recursos.

Quanto à questão referente ao sentido de *normas gerais*, remetemos o leitor ao que já foi dito no Capítulo destinado aos contratos administrativos (tópico IV, nº 1).

Além da Lei nº 8.666/93, que é o Estatuto geral das licitações, foi editada, posteriormente, a Lei nº 10.520, de 17/7/2002 (antecedida de várias medidas provisórias reeditadas), que passou a regular nova modalidade de licitação – o *pregão*. A referida lei, por conseguinte, tem caráter especial diante do Estatuto, eis que disciplina especificamente a nova modalidade licitatória, sendo de acrescentar que, por isso mesmo, incidem sobre essa nova modalidade, no que couber, as regras da lei geral. Tem o Estatuto, portanto, caráter supletivo em relação ao novo diploma. Sobre o pregão, faremos adiante os comentários que nos parecem pertinentes, em tópico próprio que dedicamos ao assunto.[669]

Merecem destaque também, por sua especificidade, as Leis nºs 8.248, de 23.10.91, que dispõe sobre aquisição de bens e serviços de informática,[670] e 12.232, de 29.04.2010, que institui as normas gerais para licitação e contratação de

serviços de publicidade prestados por agências de propaganda, diploma esse sobre o qual teceremos alguns breves comentários adiante.

Por outro lado, e com o objetivo de regulamentar o art. 179 da CF, veio a lume, como já dissemos, a Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, no qual foram inseridas normas específicas para proporcionar tratamento diferenciado e favorecido a tais categorias empresariais.[671]

V. Destinatários

Vários são os destinatários do Estatuto. Em primeiro lugar, sujeitam-se a suas normas as pessoas integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que formam a administração direta. Estados, Distrito Federal e Municípios, que já tinham as suas próprias leis, receberam a incumbência de adaptá-las aos princípios gerais da lei federal, com vistas à uniformidade do quadro normativo fundamental.[672]

A disciplina abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, de todas as aludidas pessoas federativas, conforme dispõe expressamente o art. 117 do Estatuto. Os Ministérios Públicos federal e estaduais, embora não integrem formal, orgânica e materialmente os Poderes clássicos da República, também se subordinam às normas do Estatuto, visto que nessas instituições a estrutura funcional é composta por vários órgãos administrativos, da mesma natureza, portanto, da que é atribuída aos órgãos dos referidos Poderes.

São também alcançadas pela disciplina do Estatuto as entidades integrantes da administração indireta. É que a esta se refere o art. 37, *caput,* da CF, de modo que o inciso XXI, que estabelece a obrigatoriedade da licitação, terá que alcançar as pessoas descentralizadas – as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.[673] Tendo em vista que a lei não distinguiu, é de considerar-se que, como regra, estão sob o império do Estatuto – ao menos até que nova lei disponha de modo diverso – tanto as sociedades de economia mista e empresas públicas que prestam serviços públicos, como aquelas que exploram atividade econômica.[674] A jurisprudência, inclusive, tem considerado que dirigente de tais entidades se qualifica como autoridade coatora

para fins de mandado de segurança contra ato praticado em licitação, fundando-se o entendimento no fato de que se trata de matéria que, além de ser de direito público, se insere no âmbito de princípio constitucional, como é o caso do citado art. 37, XXI.[675]

Todavia, no que concerne a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, urge conciliar o art. 37, XXI, e o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto, com o art. 173, § 1º, CF. É que referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica. É o caso, por exemplo, de empresa pública criada para a venda de medicamentos, por preços inferiores aos de mercado, a indivíduos de comunidades de baixa renda; ou de uma sociedade de economia mista que explore supermercado para fins sociais. É claro que a venda de tais produtos e a prática de outras operações ligadas a esses fins terão que sujeitar-se às regras comerciais comuns. Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei nº 8.666/93. [676]

Em virtude, porém, da necessidade de distinguir tais situações, sobretudo porque órgãos públicos ou entes prestadores de serviços públicos não podem receber o mesmo tratamento dispensado a pessoas paraestatais voltadas para o desempenho de atividades econômicas,[677] a Emenda Constitucional nº 19/98, alterando o art. 173, § 1º, da CF, admitiu que lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista, observados os princípios gerais desses institutos. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específica para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se, em consequência, que a Lei nº 8.666/93 sofrerá derrogação no que toca à aplicabilidade de suas normas sobre as referidas entidades. Somente assim poderão as empresas paraestatais privadas atingir seus objetivos, sobretudo quando forem destinadas à exploração de atividade econômica.[678] A nova lei deverá ter caráter genérico e suas normas gerais deverão ser da competência privativa da União, cabendo a Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de normas suplementares para atender a suas peculiaridades.[679]

O Estatuto faz menção expressa, ainda, a duas categorias de entidades destinatárias: os fundos especiais e as entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas federativas. A menção aos fundos especiais é imprópria não só porque são despidos de personalidade jurídica, como também porque constituem reservas financeiras criadas por lei, cuja gestão fica sempre, de alguma forma, a cargo de órgãos públicos, e estes, como se viu, estão mesmo obrigados a licitar. As entidades sob controle direto ou indireto das pessoas federativas são aquelas de natureza paraestatal que, gerindo dinheiro público, e normalmente instituídas por lei, são obrigadas a prestar contas ao Tribunal de Contas. Incluem-se nessa categoria os serviços sociais autônomos, como, por exemplo, os destinados à formação profissional e à assistência social.[680]

Não obstante, como muitas dessas entidades ostentam personalidade de direito privado, o legislador flexibilizou os parâmetros alinhados na lei, permitindo que pudessem editar regulamentos internos simplificados, desde que respeitados os princípios básicos estatuídos. Não os editando, porém, submetem-se inteiramente às regras do Estatuto. Referidos regulamentos, para serem eficazes, devem ser aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculadas as entidades e publicados na imprensa oficial.[681]

VI. Fundamentos

1. Moralidade Administrativa

Quando foi concebido o procedimento de licitação, assentou-se o legislador em determinados fundamentos inspiradores. E um deles foi, sem dúvida, a moralidade administrativa.

Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, *caput,* da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. [682]

A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a

coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar o procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a melhor proposta. Nesse ponto, a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, *caput,* da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, *ipso facto,* dispensando tratamento impessoal a todos.

2. Igualdade de Oportunidades

O outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração, fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou àqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística.

A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam alijados todos os demais, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação.

Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação.[683] Como é evidente, esse fundamento se agrega à noção que envolve os princípios da igualdade e da impessoalidade, de obrigatória observância por todos aqueles que integrem os quadros da Administração.

VII. Objeto

O objeto do procedimento licitatório apresenta duas facetas. O *objeto imediato* é a seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração. Na verdade, todas as atividades em que se desenrola a licitação conduzem a essa escolha, feita entre vários proponentes.

Mas pode ver-se o objeto sob outra faceta, qual seja, a que traduz o *objeto mediato*, que consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a serem produzidos por particular por intermédio de contratação formal.

A contratação é o objetivo normalmente perseguido pela Administração. Mas a licitação busca, ainda, selecionar a melhor proposta de trabalhos técnicos,

científicos ou artísticos.

Importa, pois, salientar que o procedimento da licitação tem caráter instrumental, porquanto espelha um meio para que a Administração alcance fim por ela colimado. Em virtude desse fato é que o objeto da licitação deve ser bem definido no instrumento convocatório (art. 40, I, do Estatuto), o que serve também para que as propostas sejam objetivamente julgadas.[684]

É interessante observar, neste passo, que, como regra, a pessoa que realiza a licitação é a mesma que vai figurar como contratante no contrato administrativo que dela resulta. Contudo, o Estatuto permite que os *consórcios públicos* realizem licitação em cujo edital se preveja que o sujeito contratante não será o consórcio, mas sim uma das entidades federativas que nele figure como pactuante. Para exemplificar, um consórcio formado pelos Municípios A, B e C pode providenciar uma licitação para que apenas o Município A figure como contratante. Trata-se, pois, de exceção à regra geral que concentra, na mesma pessoa, aquela que realiza a licitação e que celebra o contrato.[685]

VIII. Princípios

Como foi instituída por fundamentos próprios, a licitação é norteada por alguns princípios, alguns dos quais expressos em lei, os quais definem os lineamentos em que se deve situar o procedimento. Não raras vezes, a verificação da validade ou invalidade de atos do procedimento leva em consideração esses princípios, razão por que devem eles merecer comentário em apartado.

1. Princípios Básicos

De acordo com o que a própria lei apresentou, consideram-se básicos os princípios norteadores fundamentais do procedimento da licitação, expressos no art. 3º do Estatuto. São básicos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

1.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade

pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do *devido processo legal*, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

1.2. Princípios da Moralidade e da Impessoalidade

O princípio da moralidade exige que o administrador se paute por conceitos éticos. O da impessoalidade indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica.

Sem dúvida, tais princípios guardam íntima relação entre si. No tema relativo aos princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio.

O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.[686]

1.3. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar "igualdade de condições a todos os concorrentes". Portanto, as linhas marcantes do princípio são de índole constitucional.

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.

É claro que a lei admite que o administrador, ao enunciar as regras do procedimento, defina alguns requisitos para a competição. A igualdade aqui, como bem anota IVAN RIGOLIN, é de expectativa, porque todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração.[687] Desse modo, a possibilidade efetiva de alijar licitantes do certame deve ocorrer após o instrumento de convocação, quando se verificar que não preenchem os requisitos aí demarcados.

Corolário do princípio da igualdade é a vedação de se estabelecerem diferenças em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, ou a proibição de tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3º, § 1º, I e II, do Estatuto). Da mesma forma, é inconstitucional considerar como fatores de averiguação da proposta mais vantajosa os valores relativos aos impostos pagos ao ente federativo que realiza a licitação; tais fatores, obviamente, desfavorecem eventuais competidores locais e prejudicam sensivelmente os instalados em localidades diversas.[688]

1.4. Princípio da Publicidade

Este princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

O Estatuto aponta situações em que o princípio tem perfeita aplicação. Uma dessas, por exemplo, é a exigência de publicação dos avisos contendo o resumo dos editais na imprensa (art. 21). Outra é a previsão de audiência pública no caso de licitações que envolvam valores vultosos (art. 39). Pode, ainda, a Administração utilizar-se de procedimento licitatório que exija maior publicidade, mesmo que o valor corresponda a modalidade de menor rigor quanto à divulgação do certame

(art. 23, § 4º). Todos esses exemplos demonstram a importância do princípio da publicidade nas licitações.

1.5. Princípio da Probidade Administrativa

A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, *"o exercício honrado, honesto, probo, da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes"*.[689]

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível.

Se, ao contrário, a improbidade frustra o objetivo da licitação, o responsável pela distorção deve sofrer a aplicação das sanções civis, penais e administrativas cabíveis.

1.6. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos.[690] Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.

1.7. Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. Nesse sentido, é incontrastável o art. 45 do Estatuto.

Quis o legislador, na instituição do princípio, descartar subjetivismos e personalismos. E isso não apenas no julgamento final, mas também em todas as fases onde exista espécie de julgamento, de escolha, de modo que os atos da Administração jamais possam ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento.[691]

Se no edital foi previsto o critério de menor preço, não pode ser escolhida a proposta de melhor técnica; se foi fixado o de melhor técnica, não se pode selecionar simplesmente a de menor preço, e assim sucessivamente.

2. Princípios Correlatos

Além dos princípios básicos que o Estatuto expressou, foram previstos outros que, de uma forma ou de outra, guardam conexão com aqueles. O art. 3º do Estatuto, depois de mencionar os princípios básicos, referiu-se aos princípios correlatos. São, assim, correlatos aqueles princípios que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em virtude da matéria de que tratam. Por serem correlatos e derivados, encontram-se dispersos na regulação disciplinadora das licitações.

Alguns, por sua natureza e aplicação prática, merecem ser lembrados.

O primeiro deles é o *princípio da competitividade*, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível.[692] Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros.[693] Encontramos o princípio no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.

Dentro desse princípio, e também no da isonomia, se situa a questão das *cooperativas*, que tem ensejado fundas controvérsias. Tais entidades são regidas pela Lei nº 5.764, de 16.12.71, e visam a obter resultados econômicos através dos

esforços dos próprios cooperativados; têm, assim, caráter tipicamente associativo. Seu regime jurídico básico incide sobre a relação entre a cooperativa e o cooperativado, e em decorrência dele é que são praticados os denominados *atos cooperativos*. Desse modo, as cooperativas não são entidades preordenadas à economia de mercado perante terceiros. Algumas delas, contudo, atuam como verdadeiras pessoas empresariais; se, nessa condição, participam de licitações, devem fazê-lo em igualdade de condições com os demais participantes, sem qualquer tratamento privilegiado.[694] Se forem destinatárias de alguma vantagem, inclusive tributária, esse fato deve ser considerado no processo comparativo, incumbindo à Administração fazer as adequações necessárias para nivelar as condições de participação de todos os interessados.[695] Alguns casos, entretanto, têm revelado notória deturpação quanto à fisionomia e aos fins de tais entidades, como, por exemplo, as cooperativas de trabalho para a locação de mão-de-obra, consideradas, corretamente a nosso ver, como burla à legislação trabalhista e ensejadoras de concorrência desleal, podendo acarretar gravíssimos prejuízos à Administração; estas não merecem, pois, habilitação para participar do certame. [696]

Ainda sobre as cooperativas, já se decidiu ser legítima cláusula de edital que proíbe a participação dessas entidades em licitação destinada à contratação de empresa de prestação de serviços gerais. A despeito da irresignação de cooperativa, fundou-se a decisão não somente no fato de que tal prestação de serviços reclama a presença dos elementos da relação de emprego, ausentes no regime cooperativo, como também no rigor com o qual os tomadores de serviços (inclusive o Poder Público) são tratados pela legislação trabalhista e previdenciária, que os consideram responsáveis solidários quando os contratados não cumprem suas obrigações fiscais e previdenciárias, fato que pode provocar (e tem provocado) graves prejuízos ao erário,[697] muito embora tal solução, como vimos, esteja sendo superada.

Outro princípio correlato é o da *indistinção*, também conexo ao princípio da igualdade, segundo o qual é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes, ressalvadas atualmente algumas exceções (art. 3º, § 1º, I, Estatuto).[698] Algumas tentativas foram feitas para proteger licitantes de um ou de outro lugar na federação, mas os Tribunais as rejeitaram incisivamente. E bem o fizeram, porquanto a base última da indistinção

está em sede constitucional, como se observa no art. 19, III, da Lei Maior.

Correlato ao princípio da publicidade e ao da vinculação ao instrumento convocatório, temos o *princípio da inalterabilidade do edital*, inscrito no art. 41 do Estatuto, que vincula a Administração às regras que foram por ela própria divulgadas. O *princípio do sigilo das propostas* é também relevante, tendo conexão com o princípio da probidade administrativa e da igualdade. É em razão disso que as propostas devem vir lacradas e só devem ser abertas em sessão pública previamente marcada (v. art. 43, § 1º, Estatuto).

O *princípio do formalismo procedimental* passa a noção de que as regras do procedimento adotadas para a licitação devem seguir os parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo. Percebeu o legislador que a própria igualdade de tratamento depende da rigidez formal dos mecanismos de competição,[699] razão por que se impõe a observância do devido processo legal.

Há, ainda, o princípio da *vedação à oferta de vantagens*, correlato ao princípio do julgamento objetivo. Segundo o princípio, as regras de seleção devem ser adstritas aos critérios fixados no edital, não se podendo admitir que, além disso, intervenham fatores outros, como o de algum licitante ofertar vantagem própria ou baseada na oferta de outro licitante. Veja-se, a respeito, o art. 44, § 2º, do Estatuto.

Em relação a esse princípio, surgiram controvérsias quanto à interpretação do art. 3º, § 2º, do Estatuto, pelo qual, em caso de empate, haverá preferência (1) a bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; (2) àqueles produzidos no país; (3) aos produzidos por empresas brasileiras; e (4) aos produzidos por empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Como esse tipo de preferência teve por base o art. 171 e § 2º, da CF, em sua redação original, no qual se previa tal discriminação, a inteira revogação do mandamento pela E.C. 6/95 teria, como efeito, eliminado essas distinções em normas infraconstitucionais. Esse, a nosso ver, o melhor entendimento.[700]

A Lei nº 12.349, de 15.12.2010, entretanto, introduziu algumas alterações no Estatuto, indicando hipóteses de preferência para *produtos manufaturados e serviços nacionais*.[701] Para tanto, acrescentou-se no *caput* do art. 3º do Estatuto, que, além da seleção da melhor proposta, a licitação deve alvejar ainda a *promoção do*

desenvolvimento nacional sustentável – situação que serve da base às citadas preferências. Sendo assim, criaram-se exceções ao princípio da indistinção (art. 3º, § 1º), já comentado, com a introdução de novas hipóteses contempladas na lei alteradora.

A norma básica do novo regime é a do *art. 3º, § 5º*, do Estatuto, com a redação do diploma citado acima, que admite a fixação de *margem de preferência* para produtos manufaturados e para serviços nacionais compatíveis com as normas técnicas brasileiras.[702] Essa margem pode ser adicionada no caso de produtos e serviços oriundos de desenvolvimento e inovação tecnológica processados no país.[703] Não obstante, o somatório das preferências não pode ser superior a 25 % dos preços de produtos e serviços estrangeiros.[704] Além disso, as preferências são inaplicáveis quando a demanda for superior à capacidade nacional de produção e prestação do serviço ou inferior ao quantitativo mínimo no caso de cotação menor que a demandada na licitação.[705]

Confirmando o regime de preferências, dispôs a lei que, nos casos de contratação destinada à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, assim definidos como estratégicos por ato do Poder Executivo, a licitação poderá restringir-se a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país.[706]

Por último, vale apontar o *princípio da obrigatoriedade*, consagrado, de início, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, pelo qual deve considerar-se obrigatória a realização do certame para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvados apenas os casos mencionados na lei. O mandamento constitucional é reproduzido no art. 2º do Estatuto, que reafirma a noção da obrigatoriedade.

Outros princípios correlatos espraiam-se pelo Estatuto, e, em última análise, retratam vetores específicos dos princípios básicos, estes caracterizados por sua generalidade.

IX. Dispensa de Licitação

1. Introdução

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressalvar algumas hipóteses que, pela sua

particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório. A ressalva à obrigatoriedade, diga-se de passagem, já é admitida na própria Constituição, a teor do que estabelece o art. 37, XXI. Regulamentando o dispositivo, coube ao legislador a incumbência de delinear tais hipóteses específicas, o que fez no art. 24 do Estatuto.

A *dispensa* de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na *inexigibilidade*, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame.

Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à *excepcionalidade*, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade.

O outro diz respeito à *taxatividade* das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público.[707]

Vejamos, pois, os casos de dispensa numa interpretação global.

Alguns autores costumam distinguir a *licitação dispensável* e a *licitação dispensada*. Aquela tem previsão no art. 24 do Estatuto e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la. A licitação dispensada, a seu turno, estampa as hipóteses em que o próprio Estatuto ordena que não se realize o procedimento licitatório; tais hipóteses estão previstas no art. 17, I e II, do Estatuto, e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos.[708]

A lei licitatória anterior – Decr.-lei nº 2.300/86 – previa, ao lado da dispensa e da inexigibilidade, hipótese de *vedação* ao procedimento de licitação, quando houvesse comprometimento da segurança nacional. Resultava da norma que a Administração teria que celebrar *contratação direta*. O vigente Estatuto, porém, não reproduziu o preceito, criado, aliás, em outro contexto jurídico, de modo que atualmente a licitação pode ser inviável (inexigibilidade), mas não haverá hipótese de vedação.

Existe, é verdade, respeitável opinamento pelo qual se considera hipótese de vedação a contida no art. 7º, § 5º, do Estatuto.[709] Na verdade, não se trata propriamente de vedação, na forma como prevista na legislação anterior, e sim de *restrição*, no sentido de que a Administração não realize licitação tendo por objeto bens e serviços sem similaridade ou de marcas exclusivas. Como se verifica, a licitação é, ao contrário, *obrigatória,* limitando-se a lei a advertir o administrador em relação aos bens e serviços a que se destina a licitação e impedi-lo de cometer ofensa ao princípio da legalidade e da competitividade.

Em observância ao princípio da motivação dos atos administrativos, exige o Estatuto que sejam expressamente justificados no processo os casos de dispensa de licitação previstos no art. 24, inc. III e seguintes, do Estatuto, devendo o administrador comunicar a situação de dispensa em três dias à autoridade superior, e a esta caberá ratificá-la e publicá-la na imprensa oficial em cinco dias; a publicação é condição de eficácia do ato. O mesmo, aliás, se exige para os casos de inexigibilidade, previstos no art. 25 do Estatuto.[710] Extrai-se da norma, portanto, que não precisa haver justificação detalhada nos casos do art. 24, I e II, do Estatuto, que preveem a dispensa pelo critério de valor. A verificação de legalidade, nessa hipótese, é mais simples e objetiva, dependendo apenas do enquadramento do valor do contrato na faixa autorizada para a dispensa do certame.[711]

2. Critério de Valor

São os casos de dispensa previstos nos incisos I e II do art. 24 do Estatuto. O legislador considerou que até determinados limites de valor poderia o administrador não licitar, distinguindo duas faixas, uma para obras e serviços de engenharia, mais elevada em razão do tipo de trabalho, e outra para serviços comuns e compras. Embora o art. 120 do Estatuto preveja a atualização dos valores fixados na lei, com a devida publicação na imprensa oficial, o certo é que as faixas indicativas desses valores se perpetuaram ao longo dos anos, gerando críticas de agentes da Administração, em virtude de serem eles incondizentes com a realidade de mercado.

Os valores que correspondem aos limites da dispensa de licitação são fixados no percentual de dez por cento sobre as importâncias limitadoras da modalidade de convite (arts. 23, I, "a", e 23, II, "a").[712]

Entretanto, se as obras, serviços e compras forem contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem como por autarquia ou fundação qualificadas por lei como *agências executivas*, o percentual será de *vinte por cento* sobre a mesma base de cálculo.[713] Observe-se, no entanto, que a lei admitiu a ampliação da faixa de dispensa *somente* para autarquias e fundações que a lei tenha considerado *agência executiva*. Assim, mesmo considerando de certo modo despropositada a limitação, estão excluídas da norma as demais autarquias, inclusive as qualificadas como *agências reguladoras*.[714]

A ampliação da faixa de dispensa passou a alcançar, da mesma forma, os *consórcios públicos* formados por entes da federação. Desse modo, se um consórcio público pretende celebrar com terceiro contrato de obra, serviço ou compra, a licitação também será dispensável até a aludida faixa ampliada.[715]

Diante desses elementos, as entidades referidas no art. 24, parágrafo único, do Estatuto, têm valores-limite mais elevados e, consequentemente, faixa de maior amplitude para a dispensa de licitação em função do valor.

Anote-se que o administrador, mesmo nesses casos, poderá realizar licitação, se entender mais conveniente para a Administração. Não há obrigatoriedade de não licitar, mas faculdade de não fazê-lo.

3. Situações Excepcionais

É dispensável a licitação em situações de flagrante excepcionalidade. Uma delas ocorre em casos de *guerra ou grave perturbação da ordem* (art. 24, III). *Guerra* é o conflito que põe em risco a soberania, e sua declaração é privativa do Presidente da República com autorização ou referendo do Congresso Nacional (art. 84, CF). *Perturbação da ordem* é a situação que afeta a paz e a disciplina social e política, gerando as medidas de estado de defesa (art. 136, CF) e estado de sítio (art. 137, I, CF). Todavia, não basta qualquer comoção interna; é preciso que se caracterize como *grave* para justificar a dispensa.

Outro caso de dispensa é aquele em que ocorre a *calamidade pública*, situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de

contratação rápida de obras, serviços e compras.[716]

A lei previu, também, a dispensa nos casos de *emergência*. Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Os contratos, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e, assim mesmo, devendo concluir-se as obras e serviços no prazo máximo de 180 dias.[717] O prazo, em princípio, deve ser considerado peremptório, impedindo-se o cometimento de desvios de finalidade, mas, atendendo ao espírito da norma, tem-se admitido a sua flexibilização quando inviável a sua observância sem culpa da Administração.[718]

Outra situação excepcional que rende ensejo à dispensa da licitação é aquela que pode redundar em risco de comprometimento da *segurança nacional*. A razão aqui é evidente, pois que se trata de segurança para a própria soberania do país. Tal situação deve ser decretada pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (art. 24, IX).

Hipótese que guarda relação com a anterior é a que consta do art. 24, XXVIII – inciso incluído pela Lei nº 11.484, de 31.05.2007. Segundo o dispositivo, é dispensável a licitação para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país, que, cumulativamente, tenham alta *complexidade tecnológica* e envolvam *defesa nacional*, devendo cada caso, porém, ser admitido mediante parecer de comissão especificamente nomeada pela máxima autoridade do órgão interessado. Esse novo caso se coaduna com o objetivo do citado diploma, que dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para a TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores, e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, inclusive instituindo programas de apoio ao desenvolvimento tecnológico de tais produtos.

A diferença entre os incisos XXVIII e IX consiste em que este último tem caráter genérico, referindo-se à *segurança nacional*, ao passo que o primeiro é específico e visa à proteção de propriedade intelectual voltada à *defesa nacional* – esta, na verdade, um aspecto daquela. Além disso, conjuga esse fator com a complexidade tecnológica dos bens e serviços do setor, a qual, em regra, impede

mesmo o regime de competitividade.

4. Gêneros Perecíveis e Obras de Arte

É dispensável a licitação na aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis. Mas a dispensa não é permanente; somente é admissível no tempo necessário para que seja realizada a licitação (art. 24, XII). Verifica-se que essa hipótese também apresenta situação de certo modo emergencial: a compra desses produtos, que visam basicamente à alimentação fornecida pela entidade licitante, não pode ficar aguardando o curso do procedimento licitatório. Então, enquanto se realiza o certame, a compra pode ser feita diretamente, com base no preço do dia.

Se a Administração quiser adquirir ou restaurar obras de arte e objetos históricos, dispensável será a licitação (art. 24, XV). A obra de arte pode ser mais ou menos reconhecida, dependendo da opinião pública e da crítica especializada. Mas de qualquer modo há de resultar do talento pessoal do seu autor. O objeto histórico é o que traduz a lembrança dos grandes episódios da história. A regra, então, é a contratação direta para aquisição ou restauração.

A lei, porém, estabelece duas condições: a primeira reside em que a obra ou o objeto devem ter autenticidade certificada; a segunda, em que os bens a serem adquiridos ou restaurados sejam compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade, o que é o caso de museus, bibliotecas, escolas. Resulta daí a afirmação de RAUL ARMANDO MENDES de que obras de arte e objetos históricos não podem adornar gabinetes de autoridades públicas.[719] O texto afastou o Poder Público da arte. De fato, pode ocorrer que um órgão público já possua, em seu acervo, determinada obra de arte, embora não seja inerente nem compatível com as finalidades do órgão. A restauração dessa obra não poderia ser contratada diretamente? Apesar do texto legal restritivo, entendemos que sim, porque, ainda que a obra não seja inerente à finalidade específica do órgão, situa-se, sem dúvida, dentro de suas finalidades gerais, particularmente aquela que impõe a proteção do patrimônio público.[720]

5. Desinteresse na Contratação

Diz o inciso V do art. 24 ser dispensável a licitação quando não acudirem interessados à licitação anterior e a repetição do procedimento redundar em

prejuízo para a Administração, mantidas as condições preestabelecidas.

Antes de mais nada, convém observar que a repetição da licitação dificilmente deixa de causar prejuízo à Administração, já que acarreta demora na contratação e alteração de preço de bens e serviços.

Entendemos que o desinteresse configura-se quando nenhum particular assuma a postura de desejar a contratação, sequer atendendo à convocação. Ou então quando os que se tenham apresentado forem provadamente inidôneos.[721] Tais ocorrências é que têm constituído o que a doutrina denomina, respectivamente, de *licitação deserta* e *licitação frustrada*, nomenclaturas que, como se pode observar, indicam que não se consumou o objetivo do procedimento: a seleção da melhor proposta.[722] Não é o caso em que os candidatos tenham sido desclassificados por inobservância do edital. Sendo o fato contornável, deve a Administração realizar nova licitação.[723] Todavia, para haver dispensa, cumpre se mantenham as condições básicas preestabelecidas, que são as fixadas anteriormente no instrumento convocatório. Significa que não pode a Administração celebrar o contrato direto com profunda alteração das regras anteriores, pois que nesse caso haveria burla ao princípio da legalidade. Entretanto, se houver visível alteração econômica, como é o caso de elevação inflacionária, as condições anteriores poderão sujeitar-se ao devido reajustamento, pena de acentuar-se o desinteresse dos fornecedores; o dispositivo, portanto, deve ser interpretado *cum grano salis*.[724]

Advirta-se, por oportuno, que a presente hipótese não comporta a revogação do certame, o que só aconteceria se a Administração não mais tivesse interesse na contratação. Mas ela continua interessada; apenas não houve comparecimento de interessados. Desse modo, o desfecho da licitação deve dar-se no respectivo processo por meio de *ato administrativo declaratório*, pelo qual a Comissão registrará a ocorrência do fato.[725]

6. Entidades Sem Fins Lucrativos

Pode a Administração dispensar a licitação quando quiser contratar instituição brasileira que tenha o objetivo estatutário de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou que exerça atividade de recuperação social do preso (art. 24, XIII). Para evitar quaisquer abusos, exige a lei que a instituição não tenha fins lucrativos, demonstrando que seu objetivo tem caráter social, e não econômico. Por outro

lado, deve a instituição ser detentora de indubitável reputação ético-profissional, para que a contratação atinja realmente os fins desejados pela Administração.

Infelizmente, a aplicação desse permissivo de dispensa tem sido distorcida, em algumas ocasiões, por maus administradores públicos e falsas instituições, ensejando notória ofensa aos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidades. Uma dessas formas de desvio reside na contratação de tais entidades para serviços ou compras que nenhuma relação têm com seus objetivos institucionais. Trata-se de inegável forma de favorecimento através da contratação direta. Entendemos, pois, que cabe à Administração verificar a presença do *vínculo de pertinência* (esta, não absoluta, mas ao menos *relativa*) entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, ou seja, deve ser verificado se o estatuto da entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra (é menos comum a hipótese de obras), ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação.[726]

Hipótese em tudo semelhante a essa é a contratação direta de associação idônea de portadores de deficiência física, despida de fins lucrativos (art. 24, XX). Pretendeu aqui o legislador atribuir à contratação aspecto de inegável fim social, permitindo que referidas associações prestem serviços ou forneçam mão-de-obra a órgãos administrativos. A despeito do objetivo filantrópico da contratação, no entanto, é necessário que o preço do ajuste seja compatível com o praticado no mercado, evitando-se, com isso, indevidos gastos a cargo do erário.

O Estatuto recebeu – por força de alteração introduzida pela Lei nº 9.648, de 27.5.98 – a inclusão de nova hipótese de dispensa de licitação: a celebração de contratos de prestação de serviços com as *organizações sociais* para atividades contempladas no contrato de gestão (art. 24, XXIV). Como será estudado adiante, no capítulo destinado aos serviços públicos, "organização social" não constitui uma nova espécie de entidade, mas, ao revés, reflete um tipo especial de qualificação jurídica conferida a algumas pessoas jurídicas que preencham os requisitos estabelecidos na Lei nº 9.637, de 15.5.98, diploma regulador da matéria, ressaltando-se dentre eles a ausência de fins lucrativos. Tais pessoas não têm, portanto, caráter econômico; ao contrário, dedicam-se a atividades de cunho social, como ensino, cultura, saúde, pesquisa científica, desenvolvimento científico e proteção ao meio ambiente.

De acordo com a lei reguladora, essas entidades celebram com o Estado ajuste específico denominado de *contrato de gestão* – instrumento que formaliza o vínculo jurídico entre os pactuantes, estabelece os objetivos do ajuste e define os direitos e obrigações dos signatários. Em que pese a denominação constante da lei, o ajuste não estampa propriamente um "contrato", assemelhando-se muito mais, em razão de sua fisionomia e objeto, à modalidade de *convênio* – este sim, instrumento compatível com o *regime de parceria* que serve de núcleo para aquele negócio jurídico. Exatamente em virtude dessa natureza real é que o Estatuto afastou o regime de competição próprio das licitações e incluiu as contratações como mais uma hipótese de dispensa.

Deve atentar-se, entretanto, para o fato de que são dois os tipos de contratos a que se refere o dispositivo: um deles é o próprio contrato de gestão, que vincula o ente público à organização social; outro é o contrato de prestação de serviços, visando ao cumprimento de atividades ligadas àquele primeiro ajuste. A dispensa de licitação teve por foco esta última modalidade de contratos e a hipótese apresenta motivo de fácil compreensão: vinculando-se o Estado à organização social para os fins não econômicos por ele alvitrados, não haveria mesmo espaço para que licitasse entre terceiros os serviços decorrentes do contrato, visto que tais serviços são justamente aqueles para os quais a organização social é direcionada. Quanto ao contrato de gestão em si, a dispensa de licitação decorre do próprio sistema implantado na lei reguladora e espelha corolário natural desse tipo de negócio jurídico: a uma, porque se cuida de ajuste de caráter social e, a duas, porque retrata regime de parceria, incompatível com o processo de licitação. Assim, a Administração é livre para escolher a organização social com a qual celebrará o contrato.[727]

Cabe observar, por fim, que, além das citadas organizações sociais, foram instituídas pela Lei nº 9.790, de 23.3.99, as *organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)* – da mesma forma que aquelas, um tipo de qualificação jurídica conferida a certas pessoas sem fins lucrativos voltadas também a fins sociais.[728] Conquanto o Estatuto não as tenha mencionado, incide a norma em foco sobre eventuais contratos – denominados na lei de *termos de parceria* – celebrados entre o ente federativo e as pessoas que tenham recebido a referida qualificação: será direta a contratação dos serviços decorrentes do ajuste principal, sendo, pois, dispensada a

licitação.

O Estatuto, no entanto, impõe uma restrição: a dispensa de licitação alcança apenas os contratos de prestação de serviços firmados entre a organização social e o ente público ao qual se vinculou, não alcançando, portanto, contratos firmados com esferas diversas de governo. Assim, se organização social vinculada ao governo federal deseja contratar prestação de serviços com um Estado ou Município, estarão estes últimos obrigados à realização do processo normal de licitação. É requisito, pois, da dispensa que os contratos de serviços sejam derivados do negócio jurídico principal – contrato de gestão ou termo de parceria.

7. Disparidade de Propostas

A lei preveniu a ocorrência de situações que pudessem ensejar prejuízo manifesto para a Administração, e uma dessas situações é aquela em que candidatos à contratação, não raras vezes em conluio, fixam preços incompatíveis com as condições de mercado.

Preços incompatíveis são os manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou aqueles que, por serem por demais irrisórios, tornam inexequível o cumprimento do contrato. A lei, nesse caso, então, permite a contratação direta, devendo entender-se que o preço ajustado terá que se amoldar às faixas do mercado (art. 24, VII).

Essa é a incompatibilidade real. O dispositivo, contudo, admite a incompatibilidade cadastral, ou seja, quando os preços são incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais em registros próprios. Infelizmente, poucos órgãos administrativos possuem tais registros de preços, embora previstos no Estatuto. Assim, para a viabilização da norma, será necessário fazer a verificação da disparidade do preço dentro do próprio processo administrativo, o que será possível através de pesquisa feita no mercado.

Se todas as propostas tiverem essa impropriedade e forem, por isso, desclassificadas, pode a Administração tentar superar o vício, dando aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de propostas compatíveis (art. 48, § 3º, Estatuto).[729]

8. Intervenção no Domínio Econômico

A União pode, em determinados momentos, intervir no domínio econômico

com vistas à regularização dos preços ou à normalização do abastecimento. Nesta situação, atua como agente regulador da atividade econômica, permissão contida no art. 174 da Constituição, cabendo-lhe, inclusive, reprimir o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, CF).

Surgindo essas necessidades, podem os órgãos federais contratar diretamente, porque a licitação seria incompatível com a peculiaridade de que se reveste a situação. Entendemos que esse caso de dispensa destina-se exclusivamente à União, porquanto é esta que tem a competência para a intervenção no domínio econômico. [730]

9. Complementação do Objeto

Pode a Administração dispensar, excepcionalmente, a licitação quando houver necessidade de complementar obra, serviço ou fornecimento anterior (art. 24, XI). Só se justifica, contudo, a contratação direta quando tiver sido rescindido contrato anterior, em que o objeto não tenha sido concluído. Se, por exemplo, o objeto era a construção de um posto médico, e o contratado não conseguiu concluí-la, a Administração, depois de rescindir o ajuste, pode fazer a contratação direta.

A contratação, entretanto, tem que obedecer a certas condições. Exige-se que a Administração observe a ordem de classificação dos participantes do certame licitatório e, ainda, que o convocado aceite as mesmas condições do contrato anterior. Se esta última condição se verificar inviável, outra alternativa não haverá senão a de promover nova licitação.

10. Pessoas Administrativas

O Estatuto torna dispensável a licitação em situações obrigacionais firmadas entre pessoas ligadas à própria Administração. Assim, pode ser feita contratação direta quando pessoa jurídica de direito público interno pretende adquirir bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, criados para esse fim específico (art. 24, VIII). Exige-se, mesmo assim, a verificação do preço do contrato; só será válido o ajuste se o preço for compatível com as condições regulares de mercado.

A interpretação do dispositivo, contudo, tem dado margem a algumas divergências. Primeiramente, a dispensa, em nosso entender, só alcança a hipótese em que a pessoa administrativa é da mesma órbita federativa do ente de direito

público, mas não se aplica a pessoas de esferas diversas; neste caso, o ente contratante deve realizar a licitação, pois que o espírito da norma foi o de tratar de contratação dentro da mesma Administração.[731] Por outro lado, a norma não alcança pessoas da administração indireta dedicada à exploração de atividades econômicas. Como são entidades de caráter empresarial, inseridas no art. 173, § 1º, da CF, devem atuar no mercado nas mesmas condições que as empresas do setor privado. Só assim será observado o princípio da obrigatoriedade de licitação previsto no art. 37, XXI, da CF.[732]

Da mesma forma, é dispensável a licitação quando o contrato, celebrado entre o mesmo tipo de pessoas, também criadas para esses fins específicos, tiver por objeto a impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como a prestação de serviços de informática (art. 24, XVI).

A rigor, esta última hipótese estaria englobada na anterior. Mas há uma diferença: no primeiro caso, só é possível a contratação direta se a pessoa administrativa contratada *tiver sido criada antes da vigência da lei* (as criadas depois da lei deverão competir normalmente com as pessoas da iniciativa privada); nesta última hipótese, pode a qualquer momento ser criada a pessoa prestadora do serviço e de imediato ser contratada pela Administração sem o procedimento licitatório.

Respeitável doutrina sustenta que a restrição contida no art. 24, VIII do Estatuto somente se aplica à União, mas não às demais pessoas federativas, que, a qualquer tempo, poderiam criar seus órgãos e pessoas administrativas e com elas celebrar contratação direta.[733] Não pensamos assim, porém. A norma se qualifica como *regra geral* e o legislador visou exatamente a evitar a quebra ao sistema da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art. 170, IV e parágrafo único, CF), bem como à indevida criação de pessoas administrativas exploradoras de atividades econômicas, frequentemente deficitárias e inoperantes. Sendo, portanto, norma geral, há de aplicar-se a todas as pessoas federativas.

Impõe-se uma observação a respeito dos aludidos dispositivos. O Estatuto admitiu a dispensa da licitação exclusivamente para a hipótese de contratação a ser firmada por pessoas jurídicas de direito público interno. Nesse caso, é imperioso que se faça interpretação restritiva: a norma não se aplica a pessoas administrativas de direito privado. Infere-se, pois, que, se sociedade de economia mista ou empresa

pública pretendem contratar os serviços ou bens referidos nos incisos VIII e XVI do art. 24, não poderão deixar de realizar a obrigatória licitação.[734]

Outra situação ensejadora da dispensa, relacionada posteriormente à edição do Estatuto, é a que consta do art. 24, inc. XXIII.[735] Segundo este, empresas públicas e sociedades de economia mista podem contratar diretamente com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, com a condição, no entanto, de que o preço ajustado seja compatível com os praticados no mercado. Como as entidades de que cuida o dispositivo são pessoas jurídicas de direito privado, a hipótese em foco é diversa da do inciso VIII, que, como vimos, alude a contratações realizadas por pessoas de direito público.

O fundamento do dispositivo não é difícil de compreender. Tratando-se de pessoas de direito privado – tanto as entidades primárias quanto as subsidiárias – vinculadas intrinsecamente em suas relações jurídicas, a contratação direta atende basicamente ao princípio da economicidade, adequado com justeza a entes do mesmo grupo econômico, como ocorre *in casu*. A lei, por outro lado, não criou restrições quanto à natureza das entidades, ou seja, a norma tem incidência independentemente de se dedicarem à exploração de atividade econômica ou à prestação de serviços públicos. O que importa é que haja relação jurídico-institucional entre a entidade primária e sua respectiva subsidiária.

A despeito da dicção da lei, são sinônimos os termos *"subsidiárias"* e *"controladas"*. As entidades subsidiárias são previstas genericamente no art. 37, XX, da CF, mas não encontram definição própria na legislação de direito empresarial, limitando-se a Lei nº 6.404/76 (sociedades anônimas) a regular a denominada *subsidiária integral*. Resulta que o sentido que se dispensa a esta é idêntico ao que a lei confere às entidades controladas – estas sim, definidas expressamente naquele diploma legal (art. 243, § 2º).[736] A norma em foco não se aplica, todavia, às sociedades em que o Poder Público seja minoritário – as sociedades de mera participação do Estado: se aspirarem à contratação com o Poder Público, terão que participar do processo de licitação.

11. Locação e Compra de Imóvel

Quando a Administração Pública pretende adquirir ou alugar imóvel destinado

ao atendimento de suas finalidades precípuas, pode dispensar a licitação e contratar diretamente com o vendedor ou locador (art. 24, X).

Não é totalmente livre, entretanto, esse tipo de ajuste. Exige o Estatuto que o imóvel a ser adquirido ou alugado seja realmente indispensável à Administração, em razão das necessidades de instalação e localização. A dispensa da licitação é razoável no caso: há situações em que, apesar de haver outras ofertas, apenas um imóvel atende realmente aos anseios administrativos. Assim, esse deve ser o imóvel adquirido ou alugado. Por outro lado, deve a Administração providenciar a avaliação prévia do imóvel, pois que não será legítimo o ajuste se o preço da compra ou do aluguel for incompatível com as condições normais de mercado.

A lei anterior não exigia a motivação da escolha nesse caso. O Estatuto vigente, no entanto, a impõe (art. 26), permitindo, em consequência, a verificação da legalidade do ajuste. A justificação expressa, desse modo, acarreta maior racionalidade no uso de imóveis e de recursos públicos, evitando, inclusive, que tais contratos sejam celebrados mesmo quando existem outros imóveis públicos disponíveis.[737]

Autorizada doutrina sustenta que não se aplica o presente caso de dispensa quando "*a compra ou locação visar atendimento a terceiro (moradia funcional, por exemplo)*", sendo obrigatório o certame sob o fundamento de que a hipótese só ocorre se *"o serviço demandar necessidades especiais de instalação e localização"*.[738] Ousamos dissentir. Em nosso entender, a lei não faz qualquer distinção a respeito. Por outro lado, a situação de atendimento a terceiro pode condicionar a escolha do imóvel para compra ou locação. Assim, parece-nos que o que não se pode deixar de verificar é se aquele imóvel é o *mais adequado* ao serviço que a Administração quer executar, e tal fato, obviamente, deverá vir claramente justificado pelo administrador.

12. Negócios Internacionais

Há acordos internacionais que possibilitam condições vantajosas para a aquisição de bens e serviços.

É dispensável a licitação para tal tipo de contratos. Mas necessário se faz que o acordo internacional seja aprovado pelo Congresso Nacional e, ainda, que as condições sejam manifestamente vantajosas para o Poder Público. Se este contrata diretamente em condições não manifestamente vantajosas, o ajuste é ilegal, porque,

no mínimo, estará sendo fraudado o direito de empresas nacionais fornecedoras dos mesmos bens e serviços.

13. Pesquisa Científica e Tecnológica

Dispõe o art. 24, XXI, do Estatuto, que é dispensável a licitação no caso de aquisição de bens e insumos destinados a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq e outras entidades de fomento à pesquisa credenciadas por esta última.[739]-[740]

A inclusão dessa hipótese de dispensa tem fundamento constitucional, calcado no art. 218, da CF, pelo qual compete ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas; priorizar a pesquisa científica; incentivar a formação de recursos humanos para tais áreas do conhecimento; e orientar a pesquisa voltada basicamente para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

O Estatuto impõe duas condições para a dispensa de licitação. A primeira é a de que os recursos provenham das entidades específicas mencionadas no dispositivo, todas tendo entre seus objetivos institucionais a alocação de recursos para as citadas finalidades, ou de outras entidades, desde que reconhecidas por credenciamento pelo CNPq. Não vale, portanto, para recursos obtidos junto a instituições privadas não credenciadas, como, por exemplo, bancos e estabelecimentos de crédito. A outra condição consiste na aquisição dos bens *exclusivamente* para pesquisa científica e tecnológica. Assim, se Estado, através de sua Secretaria de Tecnologia, pretende adquirir máquinas ou equipamentos para tal fim com recursos obtidos junto àquelas entidades, poderá fazê-lo através de aquisição direta; se quer comprar outros bens para uso diverso, terá que realizar licitação. [741]

Avulta notar, por último, que o Estatuto exige, como condição de validade da compra de bens e insumos sem licitação, que o processo administrativo seja instruído com o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais se vincularão os recursos financeiros fornecidos (art. 26, parágrafo único, IV). A ressalva visa a evitar que, atrás das finalidades legítimas para adquirir bens voltados àqueles objetivos, se escondam interesses escusos na utilização ilegal da verbas públicas. Por via de consequência, a omissão na juntada do referido documento, ou

sua falsidade ideológica, ensejará a responsabilização dos administradores envolvidos no âmbito civil, administrativo e criminal.

14. Energia Elétrica

Outra hipótese do art. 24, constante do inciso XXII, foi introduzida pela Lei nº 9.648/98: a licitação é dispensável no caso de contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.[742]

O regime de desestatização (privatização), como é sabido, procurou afastar os regimes de monopólio na prestação de serviços públicos de natureza econômica, dos quais é exemplo o serviço de geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica. Como o novo sistema permite ampla negociação acerca do prestador do serviço, o Estatuto dispensou a licitação no caso, deixando à Administração a possibilidade de escolha daquele com quem pretende contratar.

O atual sistema previu regime de competição entre os prestadores de tais serviços, cabendo ao cliente a busca do melhor preço, inclusive à Administração. Na verdade, seria difícil fixar parâmetros que servissem de critérios para a licitação objetivando o serviço de energia elétrica em alguns casos.[743] De qualquer modo, ao administrador caberá sempre optar pelo melhor prestador do serviço, quer considerando a qualidade da prestação (princípio da eficiência), quer levando em conta o preço cobrado (princípio da economicidade). Significa dizer que, a despeito da dispensa legal, o administrador não está inteiramente livre para a contratação; ao contrário, deverá sempre justificá-la a fim de que seja avaliada sua conduta e condenado eventual arbítrio.

A propósito, é procedente a crítica de que o dispositivo em foco abrange várias situações de diverso perfil. A dispensa deveria alcançar apenas as entidades com funções regulatórias no mercado de energia elétrica ou cujo objeto tenha ligações com o setor. As demais entidades administrativas, contudo, são meras consumidoras do serviço, de modo que lhes caberia, quando possível, realizar licitação para a obtenção do melhor preço e de condições mais vantajosas.[744]

15. Transferência de Tecnologia

A Lei nº 10.973, de 2.12.2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, regulamentando os arts.

218 e 219, da CF, incluiu o inciso XXV na relação do art. 24 do Estatuto, criando nova hipótese de dispensa de licitação.

Pelo novo inciso, é dispensável a licitação nos casos de contratação firmada por instituição científica e tecnológica – ICT (entidade administrativa que visa à execução de pesquisa básica ou aplicada, de caráter científico ou tecnológico) ou por agência de fomento (entidade pública ou privada que objetive o financiamento de ações para desenvolvimento da ciência e tecnologia), quando o objeto do ajuste for a transferência de tecnologia ou o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, assim considerada invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador ou qualquer outro desenvolvimento tecnológico do qual possa resultar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento de natureza tecnológica.

Há dois pontos que justificam a dispensa. De plano, trata-se da necessidade de fomento à pesquisa e tecnologia, setor dentro do qual deve possibilitar-se a contratação direta em razão das peculiaridades do ajuste. Ademais, não há interesse econômico direto na contratação; ao contrário, exige a Lei nº 10.973/04 que se privilegiem entidades sem fins lucrativos (art. 3º), sobrepondo-se, por conseguinte, o aspecto social inspirador dos mandamentos constitucionais regulamentados.

A Lei nº 12.349, de 15.12.2010, acrescentou o inciso XXXI ao art. 24, mas, na verdade, apenas ampliou o conteúdo do inciso XXV. Disse a nova lei ser dispensável a licitação para as contratações visando ao cumprimento dos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004. Todos são dispositivos voltados ao objetivo básico da lei, qual seja, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, incluindo-se os projetos de constituição de alianças estratégicas, o compartilhamento de laboratórios, equipamentos e instalações, a participação em sociedades de propósito específico destinadas ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos, bem como a contratação de consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividade de pesquisa. Portanto, a despeito da confusa disciplina, o que se pretende é o fomento das atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico desempenhadas no país, dispensando-se a licitação no caso de celebração de contratos.

16. Consórcios Públicos e Convênios de Cooperação

Mais uma hipótese foi acrescentada ao art. 24 – a do inciso XXVI, introduzido pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que estabelece normas gerais para a contratação de consórcios públicos.

Desse modo, passou a ser dispensável a licitação no caso de ser celebrado *contrato de programa* entre o consórcio público e entidade da administração direta ou indireta, visando à prestação de serviços públicos de forma associada, na forma prevista no instrumento do consórcio público ou em convênio de cooperação.[745]

O fundamento dessa hipótese reside no regime de parceria que caracteriza tais ajustes e também no objetivo a que se destinam – a fixação de programas e projetos para o fim de serem prestados serviços públicos. Como não há ofensa ao princípio da competitividade em virtude da natureza de tal contratação, é possível que a pessoa federativa ou da administração indireta ajuste o estabelecimento de programação para concretizar-se a parceria na execução dos referidos serviços. [746]

17. Navios, embarcações, aeronaves e tropas

A hipótese de dispensa prevista no inciso XVIII do art. 24 leva em conta especificamente a necessidade de *abastecimento* de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando houver *estada eventual de curto período* em portos, aeroportos ou locais diversos de sua sede. O intuito do dispositivo é evidente: como tais situações encerram operações ou adestramento, além de ser rápida a permanência em determinado local, considerou-se prevalente o serviço público a ser executado sobre o princípio da competitividade, que obriga à realização do processo licitatório.

A lei, porém, impõe a presença de alguns requisitos para permitir a dispensa para compras e serviços, nem sempre definidos com a desejável precisão.

Em primeiro lugar, o valor contratual não pode exceder ao limite fixado no art. 23, II, "a", do Estatuto – no caso, o valor de R$ 80.000,00. Além desse valor, deverá haver licitação. A restrição, contudo, é injustificável e, em certas situações, impossível de ser observada. Dependendo do tempo de permanência e do quantitativo da tropa, por exemplo, a aquisição de bens alimentícios alcançará preço superior ao fixado na lei. O mesmo poderá suceder na hipótese de certo reparo em embarcação ou aeronave. Em nosso entender, poderá ser feita a contratação direta

com fundamento na hipótese de dispensa prevista no inciso IV do mesmo art. 24, desde que justificada a situação de emergência, de cuja demora para atendimento possa resultar em prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas (v.g., no caso de tropas) e serviços (como exemplo, reparos em navios militares).[747]

Depois, o deslocamento deverá decorrer de operação ou adestramento, o que ocorrerá, o mais das vezes, no âmbito da atividade militar. Significa que embarcações, aeronaves e tropas deverão estar no exercício de serviço público administrativo, fato que, diga-se de passagem, quase sempre ocorrerá.

Por fim, é de demonstrar-se que o curto período de permanência demanda realmente a contratação direta. A lei refere-se à "exiguidade dos prazos legais" para justificar a dispensa, mas a alusão é equivocada: não são os prazos legais que são exíguos (ao contrário, são eles extensos demais para chegar-se à contratação em tais hipóteses); exíguo, isto sim, é o tempo de permanência no local, que impossibilita seja realizado todo o processo licitatório e observados todos os prazos por ele impostos.[748]

18. Peças no período de garantia técnica

É dispensável a licitação, conforme anota o inciso XVII do art. 24 do Estatuto, quando a Administração adquirir, do fornecedor original, componentes ou peças, nacionais ou estrangeiros, para a manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica.

Observe-se, no entanto, que não basta que a aquisição seja efetuada no período de garantia técnica. Em tal período não se exige, como regra, que peças originais de equipamentos tenham que ser adquiridas somente do fabricante; ao contrário, é possível obtê-las no mercado por intermédio de revendedores ou representantes comerciais mediante regular licitação. Para a licitude da dispensa, tal como consta do dispositivo em tela, necessário se faz um requisito específico: *a condição de exclusividade deve ser indispensável à contratação da garantia.*

Impõe-se, contudo, distinguir. A aquisição do *equipamento* em si (para o qual servirão as peças ou componentes) pode ter sido feita sem licitação, nos casos autorizados em lei, ou pode ter resultado de processo licitatório, do qual poderá, inclusive, ter participado o próprio fornecedor, visto que, como é sabido, em alguns casos o preço proposto por revendedor é inferior ao oferecido pelo fabricante do

produto. O que está em foco no dispositivo é a *compra de peças* para o equipamento no período de garantia técnica (e não a compra do equipamento). Desse modo, em qualquer das hipóteses mencionadas pode constar do edital da licitação e da proposta do participante (inclusive, de revendedores) que a assistência no referido período se fará exclusivamente pela aquisição de peças junto ao fornecedor. Por conseguinte, é possível admitir a hipótese de haver licitação para a aquisição do equipamento e dispensa para a aquisição de peças e componentes a serem utilizados no período de garantia técnica.

Não obstante, a exigência desse tipo de aquisição direta, com dispensa de licitação deve ser vista com certo cuidado para que não se configure como ofensa ao princípio da livre concorrência, contemplado no art. 170, IV, da Constituição. De fato, pratica concorrência desleal o fornecedor que subordina determinado negócio à consecução de outros de seu interesse, com notória violação às leis naturais de mercado. Para ser aceitável tal condição, devem ser detalhadamente esclarecidos os motivos que inspiraram sua imposição.[749]

Diverge a doutrina sobre a natureza da hipótese em foco. Para alguns estudiosos, trata-se de hipótese de inexigibilidade por ser inviável a competição, devendo a Administração adquirir as peças somente do fornecedor.[750] Ousamos dissentir. A inviabilidade, no caso, é meramente contratual, sendo o contrato de garantia acessório do contrato principal, este o de aquisição do equipamento. Na verdade, a competição se afigura viável, porquanto possível a aquisição das peças de outros fornecedores, que não o original. O legislador é que achou por bem não exigir a licitação em virtude de razões de interesse público, entre elas basicamente a de ser garantida a assistência técnica de certos equipamentos. Portanto, pareceu-nos acertado incluir a situação como hipótese de dispensa.[751]

19. Materiais de uso militar

Outra hipótese de dispensa é a que consta no inciso XIX do art. 24. De acordo com este, pode ser feita a contratação direta para a compra de materiais de uso pelas Forças Armadas no caso de ser necessário *manter padronização* exigida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres.

Há dois aspectos que merecem destaque em relação a tal hipótese de dispensa. Primeiramente, não se incluem na hipótese materiais de uso pessoal (por exemplo,

produtos de higiene para militares) e administrativo (é o caso de material de expediente e móveis); para tais aquisições, obrigatório é o processo licitatório. Em segundo lugar, a padronização deve resultar de parecer de comissão instituída por decreto (este, logicamente, expedido pelo Presidente da República). Aqui se trata de decisão interna de caráter administrativo-institucional e que tem por escopo atender ao fim último a que se destinam as Forças Armadas: a segurança nacional.

Também no que tange a esta hipótese, há controvérsia entre os juristas sobre a natureza de semelhante situação. Para alguns, será hipótese de inexigibilidade, abrangida pelo art. 25, *caput*, do Estatuto, sendo inviável a competição.[752] Na opinião de outros, porém, está correto o enquadramento como hipótese de dispensa.[753] Perfilhamos este último entendimento, reiterando aqui o argumento já expendido no item anterior. A inviabilidade da competição não é natural, mas, ao contrário, foi *instituída* internamente pela Administração por motivos de ordem institucional. É de se reconhecer, portanto, que, em tese, seria viável licitar para a compra dos materiais, mas o legislador considerou mais relevante, do ângulo das instituições, padronizar esses materiais, com o que afastou a obrigatoriedade da licitação. Acresce, ainda, que, cancelada eventualmente a padronização de certo material, suas futuras aquisições obedecerão necessariamente ao processo licitatório normal.[754]

Ainda no que tange aos militares, dispõe o art. 24, XXIX, do Estatuto (com a alteração da Lei nº 11.783, de 17.09.2008), que contingentes militares das Forças Singulares brasileiras a serviço de operações de paz no exterior podem adquirir bens e serviços por contratação direta e, pois, com dispensa de licitação. Impõe-se, contudo, que os fatores *preço* e *escolha do fornecedor ou prestador* sejam devidamente justificados, com ratificação do Comandante do contingente. Assim, sem licitação podem, por exemplo, ser adquiridos víveres para os integrantes da Força ou contratados serviços de reparo. O fundamento desse caso de dispensa atende à necessidade de melhor gestão dos recursos e ao barateamento dos custos – estes, sem dúvida, menores no local do que se a contratação fosse feita no Brasil para utilização no exterior.

20. Catadores de materiais recicláveis

A Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que estabelece as diretrizes gerais para o

saneamento básico, acrescentou ao art. 24 o *inciso XXVII*, criando nova hipótese de dispensa de licitação.

Segundo o dispositivo, o Poder Público pode contratar diretamente associações ou cooperativas constituídas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda, reconhecidas estas oficialmente como *catadores de materiais recicláveis*. Pelo teor da norma, far-se-á necessário que se edite ato de regulamentação para o fim de estabelecer quais as condições para que tais pessoas tenham a qualificação legal de *catadores*, bem como o que se há de considerar baixa renda para os efeitos da lei. Avulta observar, porém, que o contrato é celebrado *com a associação* ou *com a cooperativa*, pessoas jurídicas que, obviamente, não se confundem com os catadores que as integram.

O intuito da norma é claramente de *cunho social* e visa a alcançar pessoas de escasso poder aquisitivo que, organizadas em associação ou cooperativa, se dedicam à árdua tarefa de recolher esse tipo de material nas ruas, em depósitos de lixo e em outros locais. Por outro lado, não se pode olvidar que essa atividade colabora significativamente em favor de uma política adequada para o saneamento básico, sabido que todo esse material é difícil e lentamente degradável, causando gravames à infraestrutura de saneamento e ao meio ambiente. Além disso, a atividade propicia a recirculação de riqueza, decorrente de sua comercialização, reciclagem e reutilização.

O objeto da contratação é a *coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos recicláveis ou reutilizáveis*, em locais onde já se disponha de *coleta seletiva de lixo*, e nesse mister a lei exige o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

21. Agricultura familiar e reforma agrária

Coube à Lei nº 12.188, de 11.01.2010, instituir a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER), ao lado do Programa Nacional, que objetiva a organização e execução daquela política (PRONATER).

Nesse diploma, foi previsto o acréscimo do *inciso XXX* ao art. 24 do Estatuto, estabelecendo-se a dispensa no caso de contrato com instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de

assistência técnica e extensão rural no âmbito do referido Programa.

Contudo, não parece razoável a dispensa no caso de entidades com fins lucrativos. Primeiramente, trata-se de entidades empresariais do setor econômico, que devem submeter-se ao regime de competitividade. Depois, agride-se o princípio da impessoalidade com o favorecimento a apenas um setor econômico. Por fim, a dispensa dá margem ao conluio, à corrupção e à dilapidação de recursos públicos.

X. Inexigibilidade de Licitação

Além dos casos de dispensa, o Estatuto contempla, ainda, os casos de *inexigibilidade*. Não custa repetir a diferença: na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição. Diz o art. 25 do Estatuto: *É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.*

No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução *"em especial"*. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.[755]

Aplica-se aos casos de inexigibilidade, na forma do art. 26 do Estatuto, a mesma exigência fixada para os casos de dispensa: deve a hipótese ser cumpridamente justificada e comunicada em três dias à autoridade superior, a esta cabendo ratificar e publicar a justificativa no prazo de cinco dias, a fim de que o ato tenha eficácia.

Pode ocorrer que, sem embargo de ser inexigível o certame, o valor do contrato esteja dentro da faixa de dispensa de licitação (art. 24, I e II, Estatuto). Ou seja: haveria, em tese, *possibilidade concomitante* de enquadrar-se a hipótese como *dispensa ou inexigibilidade* de licitação. Para alguns, a Administração deve optar pela dispensa, com fundamento na economicidade, pelo fato de para ela não ser exigida publicação, diversamente do que ocorre com a inexigibilidade (art. 26, Estatuto).[756] Não nos parece, contudo, o melhor entendimento. A dispensa e a inexigibilidade têm seus próprios pressupostos legais: nesta, a inviabilidade de licitação; naquela, a situação prevista na lei, embora viável o certame. Desse modo, *o*

primeiro aspecto a ser examinado é se a licitação é viável ou não; se não o for, *o caso é de logo a inexigibilidade*. Só depois de constatada a viabilidade é que o administrador verifica se a situação se enquadra em algum caso de dispensa. Não há, pois, escolha para o administrador.[757] Quanto à publicação, o legislador não a exigiu para a dispensa em razão de ser objetivo o critério de verificação, não sendo o que ocorre com a inexigibilidade, cujo controle demanda maior rigor; não incide, pois, aqui o princípio da economicidade.

Em situações especiais, pode a lei vedar que o administrador declare a hipótese de inexigibilidade. Semelhante vedação, a propósito, foi estabelecida para as *concessões florestais*, reguladas pela Lei nº 11.284, de 02.03.2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas.[758] Em consequência, a contratação direta no caso dessas concessões pode efetuar-se exclusivamente mediante dispensa, mas nunca por inexigibilidade de licitação.

1. Fornecedor Exclusivo

A licitação é inexigível para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, sendo, porém, vedada a preferência de marca (art. 25, I, Estatuto).

Com efeito, se apenas uma empresa fornece determinado produto, não se poderá mesmo realizar o certame. De acordo com correta classificação, pode a exclusividade ser *absoluta* ou *relativa*.[759] Aquela ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; a relativa quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação.

Por isso, é mister distinguir a noção de praça quando se trata de produção de bem da praça comercial. Esta é aferível em função do vulto do contrato. Se a licitação for do tipo *convite*, considerar-se-á a exclusividade na localidade da futura contratação; se for *tomada de preços*, levar-se-á em consideração a exclusividade no registro cadastral; e se for *concorrência*, exclusivo é o que for único no país.[760]

A exclusividade precisa ser comprovada. A comprovação se dá através de

atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação, a obra ou o serviço; pelo sindicato, federação ou confederação patronal; ou, ainda, por entidades equivalentes. Esses elementos formais resultam de comando legal, de modo que devem ser observados pelos participantes.[761]

O dispositivo é peremptório ao vedar preferência de marca. A razão é óbvia: a preferência simplesmente relegaria a nada a exigência de licitação. Logicamente, a vedação repudiada na lei não pode ser absoluta. Pode ocorrer que outras marcas sejam de produtos inadequados à Administração. Nesse caso a preferência estaria justificada pelo princípio da necessidade administrativa.[762]

Desse modo, parece correta a observação de que a escolha de determinada marca só pode dar-se em três hipóteses:

1) continuidade da utilização de marca já adotada no órgão;
2) para a utilização de nova marca mais conveniente; e
3) para o fim de padronização de marca no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração.[763]

2. Atividades Artísticas

A inexigibilidade de licitação se apresenta em face de certas situações que, por sua natureza, não viabilizam o regime de competição.

Uma dessas situações é a contratação de profissionais do setor artístico, quando consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública (art. 25, III). Na verdade, a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato.

A lei ressalva, todavia, que deva o artista ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Entendemos que *consagração* é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a *consagração*.

3. Serviços Técnicos Especializados

Outra situação específica é a necessidade de contratar serviços técnicos especializados, de natureza singular, executados por profissionais de notória especialização (art. 25, II, do Estatuto).

Não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços *técnicos e especializados*. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica. A lei faz remissão ao art. 13, onde estão mencionados vários desses serviços, como os de pareceres, auditorias, fiscalização, supervisão, treinamento de pessoal, estudos técnicos ou projetos, patrocínio de causas etc.

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de *notória especialização*, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato.[764] Embora não seja muito comum encontrar a pessoa profissional que possa qualificar-se como tendo notória especialização, entendemos, apesar de alguma divergência, que é possível que haja mais de uma no mercado. Vale dizer: não é obrigatório que apenas uma empresa seja de notória especialização. A lei não impõe qualquer restrição em tal sentido. [765]

Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham *natureza singular*. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que *"singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização".[766]* Diante da exigência legal, afigura-se ilegítima, *a contrario sensu*, a contratação de serviços cuja prestação não apresente qualquer carga de particularização ou peculiaridade, ainda que também sejam serviços técnicos e especializados.[767] -[768]

Revestindo-se o serviço de todas essas características, pode a Administração contratar diretamente o profissional, e isso porque, em última análise, seria inviável

a competição.

Não obstante, é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe aos Tribunais de Contas atuar com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilização penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência.[769]

XI. Modalidades

São cinco as modalidades de licitação. Entretanto, são apenas três os fins a que se destinam, e isso porque, como se verá adiante, as três primeiras modalidades – a concorrência, a tomada de preços e o convite – têm o mesmo objetivo: a contratação de obras, serviços e fornecimento, enquanto o concurso e o leilão têm objetivos próprios e diferenciados.

Essas modalidades são expressas na lei. Nenhuma outra, além delas, pode ser criada pela Administração. Nem também podem sofrer combinações entre si. Nesse sentido, dispõe o art. 22, § 8º, do Estatuto. Ressalve-se apenas – como já foi visto – a modalidade de pregão, regulada por lei especial (Lei nº 10.520, de 17.07.2002).

1. Concorrência

1.1. Sentido

Concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto. O Estatuto estabelece duas faixas de valor: uma, para obras e serviços de engenharia, e outra para compras e serviços (art. 23, I, "c", e II, "c"). A partir de tais limites, a contratação exigirá a concorrência.[770] Se contratante for um *consórcio público*, as faixas de valor serão alteradas: o *dobro*, em se tratando de consórcio formado por até três entidades federativas, e o *triplo*, no caso de número superior de pactuantes (art. 23, § 8º, do Estatuto, com a alteração da Lei nº

11.107/2005, que regula os consórcios públicos).

Exatamente porque os recursos financeiros a serem empregados pela Administração são mais elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige mais ampla divulgação. Por isso, dela podem participar quaisquer interessados que demonstrem possuir os requisitos mínimos de qualificação fixados no edital (art. 22, I e § 1º, do Estatuto).

No entanto, a lei exige a concorrência em algumas situações em que não se considera o valor, mas *a natureza* do contrato a ser celebrado. É o caso em que a Administração pretende adquirir ou alienar bens imóveis;[771] quando o certame tem cunho internacional;[772] e quando pretende celebrar contrato de concessão de direito real de uso. A Lei nº 11.284, de 02.03.2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, também exigiu a modalidade de concorrência para a contratação de concessões florestais (art. 13, § 1º).

1.2. Tipos

Há dois tipos básicos de concorrência: a nacional e a internacional. A primeira é a realizada para as empresas nacionais dentro do território do país. A internacional é aquela da qual podem participar empresas estrangeiras.

Pela peculiaridade da concorrência internacional, admite a lei que o edital se amolde às diretrizes da política monetária e do comércio exterior, atendendo às exigências dos órgãos administrativos (art. 42). Esse tipo de licitação serve, principalmente, para contratações vultosas, ou de produtos específicos, para os quais seja insuficiente o mercado interno.

Mesmo sendo internacional a concorrência, a Administração deve obedecer fielmente ao princípio da igualdade. Desse modo, as propostas das empresas estrangeiras serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram somente os licitantes brasileiros no que se refere à operação final de venda. Por outro lado, as garantias de pagamento oferecidas pela Administração devem ser idênticas para licitantes brasileiros e estrangeiros.[773]

1.3. Características

Duas são as características mais marcantes da concorrência. A primeira delas é o *formalismo* mais acentuado, razão por que é sempre exigível uma fase inicial de

habilitação preliminar, na qual são aferidas as condições de cada participante.

A segunda é a *publicidade* mais ampla, o que se traduz na necessidade de participação de todos quantos estiverem interessados na contratação. Tanto é verdadeiro o fato que os avisos resumidos dos editais de concorrência têm prazos mais longos que os das demais espécies.[774]

2. Tomada de Preços

2.1. Sentido

Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, § 2º, Estatuto).

Comparativamente, esta modalidade é menos formal que a concorrência, e isso em virtude de se destinar a contratações de vulto médio, cujas faixas de valor são estabelecidas em lei (art. 23, I, "b", e II, "b").[775] Como já deixamos registrado no tópico relativo à concorrência, as referidas faixas são consideradas em *dobro*, no caso de *consórcios públicos* com até três participantes, e em *triplo*, se esse número for mais elevado.[776]

Por outro lado, é menos amplo o círculo de divulgação do certame, já que, ao contrário da concorrência, só participam da competição aqueles que estão previamente cadastrados e os cadastráveis, vale dizer, aqueles que demonstrem condições de provar, antes da data final do recebimento das propostas, que possuem os requisitos para o cadastramento.[777]

Em relação aos ainda não cadastrados, não pode a Administração exigir-lhes qualquer documento além dos que normalmente são exigidos para o cadastramento, constantes dos arts. 27 a 31 do Estatuto, todos comprobatórios da habilitação do candidato (art. 22, § 9º).

A publicidade na tomada de preços, por outro lado, tem prazos menores que os da concorrência, muito embora haja a obrigação de publicar os avisos dos editais.[778]

2.2. Registros Cadastrais

Pela própria definição da tomada de preços, os participantes básicos são os

candidatos previamente registrados nas repartições públicas.

Os registros cadastrais têm previsão no art. 34 do Estatuto, e no dispositivo se estabelece que os órgãos públicos devem atualizar os cadastros pelo menos uma vez por ano. Devem, também, dar a eles ampla divulgação, deixando-os permanentemente abertos a novos interessados.

A vantagem dos registros consiste em que os interessados na contratação com o Poder Público já apresentam os elementos de sua habilitação ao momento em que se inscrevem, e, dessa maneira, não precisam reapresentá-los quando há convocação por edital.[779]

Preenchidos os requisitos para a inscrição, o interessado recebe da repartição um *certificado*, que espelha sua situação jurídica de inscrito no registro público (art. 36, § 1º, do Estatuto). Surgindo, então, a tomada, basta ao interessado que apresente seu certificado de habilitação. Como o registro pertence a órgãos públicos, pode um destes socorrer-se do registro de outro, uma vez que, se está habilitado perante um, também estará perante outro.

O cadastramento de fornecedores é documento de extrema importância para a Administração, de modo que os órgãos por ele responsáveis devem precaver-se contra eventuais fraudes cometidas por empresas, inclusive uma que se tem repetido algumas vezes: a empresa fica inadimplente com as obrigações fiscais, previdenciárias ou sociais e, não podendo participar de novas licitações, dá lugar a uma outra, formada pelos mesmos sócios; como é recém-criada, a nova empresa não terá problemas na exibição das certidões negativas de débitos tributários. Trata-se de fraude contra a Administração, que deve ser por esta coibida, rejeitando-se a inscrição no registro cadastral, porque, admitindo-se o cadastramento dessa nova empresa, estarão sendo violados vários princípios licitatórios, entre eles o da igualdade, já que esse fornecedor, devedor tributário com outra razão social, estará em posição de vantagem quando estiver ao lado dos demais participantes, estes devidamente quites com suas obrigações legais.[780]

2.3. Características

A primeira característica da tomada de preços reside na *inscrição* ou na possibilidade de inscrição do interessado nos registros cadastrais. Cuida-se de condição necessária à participação nessa modalidade.

É característica, ainda, a *habilitação prévia*. Enquanto na concorrência a habilitação constitui uma fase autônoma em cada certame, na tomada de preços a aferição, em sua maior parte, se faz com antecipação, ao momento da inscrição nos registros cadastrais.

Por fim, há também o fator *substituição*. Ainda que o vulto do futuro contrato comporte a tomada de preços, pode o administrador optar por realizar concorrência.[781] Mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, não pode a concorrência ser substituída pela tomada de preços. Isso significa que pode ser escolhida modalidade mais formal do que o seria a pertinente, mas nunca modalidade mais informal.

3. Convite

A modalidade de convite é que comporta menor formalismo, e isso porque se destina a contratações de menor vulto (as faixas de valor estão no art. 23, I, "a", e II, "a").[782]

Nessa modalidade, não há edital. O instrumento convocatório denomina-se *carta-convite*, e é nesta que são colocadas, sucintamente, as regras da licitação. As cartas-convite são remetidas, no mínimo, a três interessados no ramo a que pertence o objeto do contrato, os quais são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas cadastradas ou não.

O *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida. Apesar de tudo, permite maior mobilidade e celeridade na seleção.

Na lei anterior, apenas os convidados tinham direito de participar do convite. A lei vigente ampliou o grupo de destinatários, admitindo a participação de interessados não convidados diretamente, mas cadastrados junto aos órgãos administrativos. Para possibilitar sua participação, o Estatuto impôs a obrigação de afixar-se, em local adequado, cópia do instrumento convocatório (art. 22, § 3º).

O formalismo é tênue no convite: não só é bastante mitigada a exigência documental para a habilitação, como também basta o prazo máximo de cinco dias entre a expedição da carta-convite e o recebimento das propostas ou a realização do

evento.[783]

Sobre a modalidade de convite, há ainda duas regras importantes a serem observadas. Uma delas diz respeito ao desinteresse dos convidados ou à limitação do mercado. Nessas situações, pode ser que a Administração não consiga o afluxo do número mínimo de três, exigido para o convite. Se isso ocorrer, a lei considera válido realizar o confronto entre apenas duas propostas, ou, se uma só for apresentada, celebrar diretamente o contrato. Para tanto, deverá o órgão administrativo justificar minuciosamente o fato e aquelas circunstâncias especiais; se não o fizer, o convite terá que ser repetido (art. 22, § 7º).

No entanto, a despeito da clareza da norma, há entendimentos em que se autoriza a Administração a anular o convite por insuficiência de participantes quando apenas dois interessados se apresentam.[784] Com a devida vênia, não endossamos tal pensamento. Primeiramente, a lei exige apenas que a *convocação* se dirija a três ou mais fornecedores, nenhuma referência fazendo quanto ao comparecimento (art. 22, § 3º). Em segundo lugar, esse dispositivo não tem relação com o art. 22, § 7º, que admite (mas nem sempre) a repetição do convite. Por último, os interessados que se apresentaram legitimamente em virtude da convocação têm direito subjetivo à participação e à consequente apreciação de suas propostas, não se podendo atribuir-lhes culpa pelo desinteresse de outros convidados. A não ser assim, poderia ocorrer desvio de finalidade, permitindo-se à Administração desfazer a licitação somente pelo interesse escuso de propiciar a participação, em nova licitação, de empresa ausente no certame anterior.[785]

Quando existirem na praça mais de três interessados, não podem ser sempre os mesmos, e apenas eles, os convidados. Dessa maneira, realizando-se novo convite para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o chamamento de, no mínimo, mais um interessado, enquanto houver cadastrados não convidados nas últimas licitações (art. 22, § 6º). O legislador tentou, com tal dispositivo, evitar o favorecimento de somente algumas empresas e permitir que outras, já cadastradas, tenham a chance de também participar do certame.

Observe-se, contudo, que a obrigação da Administração é a de convidar outro *interessado*, cadastrado ou não, que tenha aptidão para executar o objeto do contrato. Sem embargo do texto, um pouco confuso, aliás, inexiste a obrigação de convidar exclusivamente os que estiverem cadastrados.[786] Ademais, é indiferente que se

substitua um ou mais dos convidados anteriores, ou que se convide um outro para acrescentar à lista anterior. O que a lei quer – insista-se – é impedir o perene chamamento dos mesmos interessados, quando na praça existem outros em condição de participar do certame. Cuida-se, como se vê, de corolário dos princípios da moralidade e da competitividade.

4. Concurso

O concurso, previsto no art. 22, § 4º, do Estatuto, é a modalidade de licitação que visa à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico. Trata-se, pois, de aferição de caráter eminentemente intelectual.

Quando faz um concurso, a Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração. Com o cumprimento desse ônus pela Administração, a licitação fica encerrada.

O prêmio ou a remuneração, no entanto, só poderão ser pagos se o autor do projeto ceder à Administração os direitos patrimoniais a ele relativos e a ela permitir a utilização, de acordo com sua conveniência, na forma do que estabelecer o regulamento ou o ajuste para a elaboração deste.[787] Se o projeto se referir à obra imaterial de cunho tecnológico, não passível de privilégio, a cessão dos direitos abrangerá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos informativos referentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, aplicação da obra e fixação em suporte físico de qualquer natureza.

Como se trata de seleção de projeto intelectual, cumpre que a comissão que dirige a licitação seja bastante criteriosa e apta intelectualmente, uma vez que não é difícil perceber que, em face do inevitável subjetivismo seletivo, pode ser facilitado eventual desvio de finalidade.[788]

5. Leilão

Na modalidade de leilão, a Administração pode ter três objetivos:

1) vender bens móveis inservíveis;
2) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e
3) alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de

dação em pagamento, como o permite o art. 19 do Estatuto.

Tem direito à compra o candidato que oferecer o maior lance, devendo este ser igual ou superior à avaliação (art. 22, § 5º). Essa é a regra geral.

Há dois requisitos importantes no leilão. Primeiramente, deve ser dada ao certame a mais ampla divulgação, com o que rigoroso aqui é o *princípio da publicidade* (art. 53, § 4º). Depois, é necessário que, antes do processo, sejam os bens devidamente avaliados, e isso por óbvia razão: *o princípio da preservação patrimonial* dos bens públicos; é o que emana do art. 53, § 1º, do Estatuto.

O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração. Encerrado o leilão, serão pagos à vista os bens arrematados, admitindo-se, conforme o edital, o pagamento de certo percentual, que, entretanto, não será inferior a 5% do valor da avaliação. Com o pagamento, os bens são imediatamente entregues ao arrematante. Este, no entanto, fica obrigado a pagar o saldo devedor da arrematação (se for o caso) no prazo fixado no edital, sob pena de perder o valor já recolhido, em favor da Administração.[789]

XII. Procedimento

1. Formalização

Já vimos que a licitação é um procedimento administrativo, e, por ter tal natureza, nela intervêm, por mais de uma vez, a Administração e os interessados. Logicamente é preciso formalizar tais intervenções e acostar documentos. Desse modo, o procedimento se inicia com a *instauração do processo administrativo*, que deverá ser autuado, protocolado e numerado, para garantia de todos os intervenientes.

No processo deve estar, de imediato, a autorização para o certame, a descrição do objeto e, o que é importante, a menção aos recursos próprios para a futura despesa. Além desses dados, inúmeros outros devem estar acostados no processo, entre eles o edital, as atas e relatórios, os atos administrativos, os recursos, as publicações etc., tudo conforme a lista prevista no art. 38 do Estatuto.

Outro aspecto ligado à formalização do procedimento consiste na direção do processo. E neste ponto a regra é o processamento e julgamento por uma *comissão de licitação*, integrada por no mínimo três membros, sendo pelo menos dois deles

servidores públicos qualificados. Todos são solidariamente responsáveis pelos atos da comissão, salvo se algum deles manifestar sua posição divergente e formalizá-la na respectiva ata da reunião.

A lei, porém, impede a perpetuação dos membros, exigindo que a investidura não exceda de um ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para o período subsequente. No caso de convite, pelo menor rigor formal, pode a comissão ser substituída por um servidor. Na hipótese de concurso, o julgamento estará a cargo de pessoas de reputação ilibada e indubitável conhecimento da matéria em pauta, não se exigindo, por exceção, que sejam servidores públicos. [790]

Quanto ao procedimento, há ainda um ponto relevante a considerar no caso de licitações *simultâneas* ou *sucessivas* em que o valor estimado seja de grande vulto (cem vezes o limite do art. 23, I, "c", do Estatuto). Em tal situação, é obrigatório que o processo de licitação seja iniciado com uma *audiência pública*, designada pela autoridade competente com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital, devendo ser divulgada com antecedência mínima de dez dias úteis da data de sua realização (art. 39). A finalidade da norma é de caráter democrático porque visa a permitir que a comunidade interessada, pelos indivíduos integrantes ou por entidades representativas, possa debater com a Administração todos os aspectos da contratação futura, inclusive os de conveniência, de oportunidade, de gastos, de transtornos comunitários, de necessidade etc. Para tanto, é assegurado a todos os interessados o direito e o acesso a todas as informações pertinentes. Sendo cumprida a lei, prevenir-se-á a sociedade contra imposições administrativas autoritárias.[791]

2. Edital

Edital é o ato pelo qual a Administração divulga as regras a serem aplicadas em determinado procedimento de licitação. Com rara felicidade, HELY LOPES MEIRELLES caracterizou o ato como *"a lei interna da concorrência e da tomada de preços"*,[792] palavras tantas vezes repetidas pelos estudiosos do assunto.

É irreparável a afirmação do grande administrativista. O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece. Para a Administração, desse modo, o edital é *ato vinculado* e não pode ser

desrespeitado por seus agentes. Nesse sentido, é expresso o art. 41 do Estatuto: *"A Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada"*. Se houver modificação superveniente do edital, a Administração tem duas obrigações:

1) divulgar a modificação pela mesma forma em que se deu o texto original; e
2) reabrir o prazo estabelecido no início, salvo quando a alteração não afetar a formulação da proposta.

Observe-se, não obstante, que qualquer modificação do edital deve configurar-se como exceção. Afinal, a Administração tem a obrigação de deter-se na elaboração do ato para que nele possa expressar seu real intento. Além disso, deve ser proativa, no sentido de planejar suas ações, evitando retificações posteriores desnecessárias. Não se pode deixar de considerar que se cuida de ato que tem destinação geral a todos quantos queiram contratar com a Administração Pública, devendo, portanto, permanecer inalteradas as suas regras, salvo se houver razão insuperável para modificações, devidamente justificada pelo administrador. Somente assim estará sendo respeitado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º do Estatuto.[793]

O edital é uma das espécies de instrumento convocatório. Não é utilizado na modalidade de convite, porque nesta o instrumento é a *carta-convite*, que, na verdade, faz as vezes do edital, porque fixa, ainda que sumariamente, algumas normas e condições que devem vigorar no convite.

Vários dados devem figurar no edital, como o objeto da licitação, o preço e as condições de reajuste, o prazo, o critério de julgamento etc., todos constantes do art. 40 do Estatuto. Como se trata de peça detalhada e longa, o edital deve ser divulgado através de aviso resumido, publicado no Diário Oficial, sendo indicado o local onde pode ser conseguido o inteiro teor do ato.[794] O edital deve obrigatoriamente ter alguns anexos: a minuta do contrato a ser firmado futuramente; o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; o projeto básico e, se for o caso, o projeto executivo; e as especificações complementares e as normas de execução. Observa-se que todas essas imposições

têm o escopo de permitir inteira aplicação do princípio da publicidade, dando oportunidade aos interessados de conhecerem os detalhes que cercam a licitação e o futuro contrato.

Se o edital tiver alguma irregularidade, é assegurado a qualquer cidadão impugná-lo, protocolando o pedido até cinco dias antes da data designada para a abertura dos envelopes de habilitação. Oferecida a impugnação, cabe à Administração decidi-la no prazo de três dias (art. 41, § 1º). Tal faculdade decorre do direito de petição, inscrito no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, que assegura, como direito fundamental, a representação aos Poderes Públicos contra qualquer tipo de ilegalidade na função administrativa. Por outro lado, a norma traslada para o processo administrativo o direito que a Constituição já há muito assegura ao cidadão, de ajuizar ação popular; em ambos os casos, há sempre, no fundo, a busca da proteção ao erário público.[795] O direito assegurado no Estatuto, todavia, não exclui o de representação ao Tribunal de Contas respectivo, órgão incumbido do controle financeiro da Administração (art. 113, § 1º).

Além do cidadão, a lei assegurou também ao licitante a faculdade de impugnação aos termos do edital. O prazo, porém, é diverso do conferido ao cidadão: até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação (na concorrência), dos envelopes com as propostas (no convite, tomada de preços ou concurso) ou da realização do leilão (art. 41, § 2º). Se não o fizer nesse prazo, decai do direito à impugnação perante a Administração.[796] Para evitar qualquer represália contra o licitante que fez a impugnação, é a ele garantida a participação no certame até a decisão final sobre o que suscitou na representação. Advirta-se, porém, que nada impede que a Administração exerça seu poder de autoridade, corrigindo de ofício a regra ilícita, pois que afinal está ela jungida ao princípio da legalidade.[797] Entendemos, ainda, que o fato de poder a Administração rever de ofício a ilegalidade, no exercício de sua *autotutela*, não acarreta a inconstitucionalidade do art. 41, § 2º, no que toca à decadência do direito à impugnação. O dispositivo visa apenas a permitir que o certame prossiga com um mínimo de segurança jurídica.[798]

No caso da impugnação do edital por *ação judicial,* inclusive por mandado de segurança, o prosseguimento da licitação e a eventual adjudicação final do objeto do contrato não convalidam a ilegalidade nem acarretam a perda de objeto da ação.

Decretada a ilegalidade do edital, a decisão opera *ex tunc,* isto é, elide os efeitos já produzidos no certame desde a ocorrência do vício.[799]

O Tribunal de Contas tem a prerrogativa de sustar contratos no caso de ilegalidade (art. 71, § 1º, CF). Entretanto, é desprovido do poder de exercer *controle prévio* sobre editais de licitação, sendo mesmo inconstitucional qualquer ato dessa Corte que, como regra, vise àquele objetivo. Seria evidente ingerência na função destinada aos órgãos da Administração.[800] Em casos excepcionais, e tendo em vista a natureza da licitação, poderia admitir-se a solicitação daquele Tribunal para análise prévia do edital; o que não se admite é que esse pedido se converta em imposição geral para toda a Administração.

3. Habilitação

Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação.

A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante. A própria Constituição, ao referir-se ao processo de licitação, indica que este *"somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"* (art. 37, XXI). No mesmo sentido, já decidiu o STJ que as exigências na licitação devem compatibilizar-se com seu objetivo, de modo que *"a ausência de um documento não essencial para a firmação do juízo sobre a habilitação da empresa não deve ser motivo para afastá-la do certame licitatório"*. [801]

São cinco os aspectos que medem a habilitação do candidato:

1) habilitação jurídica;
2) qualificação técnica;
3) qualificação econômico-financeira;
4) regularidade fiscal; e
5) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF (art. 27 do Estatuto, sendo que este último requisito foi acrescentado pela Lei nº

9.854, de 27/10/1999).

O primeiro aspecto diz respeito à *regularidade formal* do candidato, sobretudo no que diz respeito à sua personalidade jurídica. Então, urge exibir, conforme o caso, a carteira de identidade, o contrato social, sua inscrição no registro próprio etc. Na habilitação jurídica se discute também a questão da possibilidade jurídica de participar do certame; sob esse aspecto, foi vedada a participação de cooperativas de mão de obra por caracterizar-se a hipótese como recrutamento de pessoal dissimulado e ilegal.[802]

Depois, temos a *capacidade técnica*, que é o meio de verificar-se a aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do que vier a ser contratado, e pode ser *genérica, específica e operativa*. A primeira diz respeito à inscrição no órgão de classe (o CREA, por exemplo); a segunda serve para comprovar que o candidato já prestou serviço idêntico a terceiros, o que é feito através de atestados fornecidos por pessoas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (art. 30, § 1º, do Estatuto); e, a terceira, para comprovar que a estrutura da empresa é compatível com o vulto e a complexidade do objeto do contrato.

Tem havido controvérsias quanto à cláusula constante de alguns editais licitatórios através da qual são fixadas exigências para que os participantes atendam a determinados requisitos de ordem técnica, além dos atestados comprobatórios de serviços prestados a outras pessoas públicas ou privadas (art. 30, § 1º, do Estatuto), com o objetivo de demonstrar sua capacidade operacional. Para alguns, o veto aposto ao art. 30, § 1º, II, indica que bastam os atestados. Para outros, é possível que o edital fixe condições especiais para tal comprovação, de acordo com a complexidade do objeto do futuro contrato, invocando-se, como fundamento, o art. 37, XXI, da CF, que alude a *"exigências de qualificação técnica"*. Em nosso entender, esta é a melhor posição, desde que, é óbvio, não haja o intento de burlar o princípio da competitividade que norteia as contratações na Administração. Todavia, justificados o interesse e a necessidade públicos aferidos pelo administrador, não há como impedir que, em certas situações específicas, sejam estabelecidas condições particulares que denunciem a qualificação operacional dos participantes.[803]

Observe-se que a lei exige a prova da capacidade técnica operativa da *pessoa*

jurídica participante, e não dos profissionais que compõem seu quadro, como dispõe o art. 30, § 1º, I, do Estatuto. Por isso, os atestados devem ser expedidos em seu nome.[804] Não obstante, como o próprio Estatuto, no art. 72, admite a subcontratação (ou subempreitada) de partes da obra, serviço ou fornecimento na execução do contrato (embora preservada a responsabilidade do contratado/subcontratante), pode o edital prever que algumas exigências de comprovação da capacidade técnico-operacional sejam apresentadas pela empresa subcontratada, desde que, obviamente, tenha havido compromisso desta no sentido da execução de parte do contrato. É que a empresa contratada pela Administração pode não estar capacitada para determinada atividade específica, a ser objeto da subcontratação, sobretudo quando se trata de objeto contratual com *vetores múltiplos*. Assim, mais importante para a Administração é a comprovação de aptidão técnica por parte do subempreiteiro.[805]

Em relação aos profissionais, o que a lei exige é que seus nomes sejam informados ao órgão pela licitante e indicados os que serão responsáveis pelos trabalhos (art. 30, II), bem como impõe que esses profissionais *"deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação*", admitindo-se, entretanto, sua substituição por outros dotados de experiência equivalente ou superior (art. 30, § 10).

A *qualificação econômico-financeira* é o conjunto de dados que fazem presumir que o licitante tem *"capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato"*.[806] São requisitos exigíveis para tal situação:

1) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social;
2) certidão negativa de falências e concordatas; e
3) garantia de, no máximo, 1% do valor estimado para contrato.

Tendo em vista o objeto da contratação, pode a Administração estabelecer exigência de capital mínimo, ou de patrimônio líquido mínimo, desde que prevista no edital. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido, porém, não poderão exceder a 10% do valor estimado para o contrato (art. 31, §§ 2º e 3º).

Como essa exigência vale somente como dado objetivo de comprovação da qualidade econômico-financeira dos licitantes, as referências ao capital mínimo e ao

patrimônio líquido mínimo devem corresponder aos valores existentes na data da apresentação das propostas, e não em momento anterior, sendo lícito, então, até mesmo atualizar os valores para ficarem pertinentes com a data da apresentação das propostas.[807]

Por outro lado, temos a *regularidade jurídico-fiscal* do candidato, que é a prova de que o participante está quite com suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais.[808] Deve, contudo, provar sua inscrição nos cadastros fazendários cabíveis e provar a regularidade relativa à seguridade social e ao fundo de garantia (art. 29, I a IV). Entretanto, ainda que haja previsão no edital, não pode o interessado ser compelido a apresentar certidões não expedidas pelos órgãos fazendários do Município em que se situa a sede do estabelecimento, pois que tal exigência afetaria a igualdade dos participantes, com a exclusão daquele que não cumpriu requisito por absoluta impossibilidade jurídica e material.[809]

No que se refere aos encargos devidos à Previdência Social, resultantes da execução do contrato, a Administração é solidariamente responsável com o contratado por eventuais débitos deste. Sendo assim, será necessário que, *durante todo o curso do contrato*, a Administração verifique se o contratado está recolhendo regularmente as contribuições previdenciárias. Trata-se, desse modo, de requisito para regularidade jurídico-fiscal a ser aferido não antes do contrato, como os já referidos, mas no curso de sua execução.[810] O exame do requisito em foco para microempresas e empresas de pequeno porte sujeita-se a procedimento especial, disciplinado pela Lei Complementar nº 123/2006.[811]

Por fim, constitui também requisito de habilitação o *cumprimento*, pelo participante, *do disposto no art. 7º, XXXIII, da CF.*[812] Esse requisito denota a preocupação do legislador com o trabalho do menor. Segundo o citado mandamento constitucional, que sofreu alteração pela EC nº 20/98, é proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis, ressalvando-se apenas a condição do menor aprendiz, a partir de quatorze anos. Desse modo, para que o participante da licitação possa ser habilitado, deve comprovar, pelos meios adequados, que não possui, em seu quadro de empregados, menores em situação vedada pela Constituição. Não comprovando esse requisito, ou violando a norma constitucional, será ele inabilitado no procedimento licitatório.

Vistos os fatores alinhados no Estatuto como necessários à habilitação dos participantes, vale a pena averbar que tais fatores devem ser analisados dentro de critérios de legalidade e de razoabilidade a fim de que não seja desconsiderado o postulado da *competitividade*, expresso no art. 3º, parágrafo único, daquele diploma. Deve o administrador, ao confeccionar o edital, levar em conta o real objetivo e a maior segurança para a Administração, já que esta é a verdadeira *mens legis*. Sendo assim, não lhe é lícito descartar, pela inabilitação, competidores que porventura apresentem falhas mínimas, irrelevantes ou impertinentes em relação ao objeto do futuro contrato, como indevidamente tem ocorrido em alguns casos. Quando sucede esse fato, o Judiciário tem vindo em socorro dos participantes prejudicados por tais inaceitáveis exigências, que estampam, indiscutivelmente, conduta abusiva por excesso de poder.[813] Assim, nenhuma restrição pode ser imposta se em desconformidade com o Estatuto.[814]

Logicamente, haverá hipóteses em que se dispensa ou se reduz a quantidade de documentos a serem apresentados. Assim, se se tratar de convite, concurso, leilão ou de fornecimento de bens para pronta entrega, os documentos de habilitação podem ser dispensados total ou parcialmente.[815] Consideram-se bens de pronta entrega aqueles cujo prazo de fornecimento não exceda de trinta dias contados da data prevista para a apresentação da proposta.[816] A dispensa ou redução em tais casos leva em consideração a natureza do procedimento e se inspira na necessidade de mitigar a burocracia, desobrigando o interessado de exibir tantos documentos. Saliente-se, contudo, que a lei concedeu apenas *faculdade* ao administrador. Havendo conveniência de impor a exigência da apresentação, poderá fazê-lo legitimamente.

Outra hipótese em que a lei permite a substituição é aquela em que o participante já possua certificado de registro cadastral expedido por órgão administrativo. Tendo sido regularmente expedido o certificado e havendo previsão no edital, poderá esse documento substituir os exigidos para a habilitação.[817] O mesmo certificado substitui os documentos de habilitação (arts. 28 a 31) no que se refere às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta apontado no edital.[818] Se a informação desejada pela Administração já está registrada em processo de informática, dispensável se tornará a apresentação de documento que comprove o mesmo fato. Não obstante, cabe ao interessado

declarar se ocorreu algum fato superveniente impeditivo da habilitação, não constante do registro administrativo; não o fazendo, sujeita-se às penalidades legais.

O Estatuto admite, ainda, que na licitação participem *consórcios de empresas*,[819] mas algumas regras específicas devem ser observadas nesse caso (art. 33). Primeiramente, devem apresentar instrumento público ou privado em que tenha sido firmado o compromisso das empresas quanto à participação no consórcio. Além disso, cumpre que seja indicada uma delas como responsável pelo consórcio. Nenhuma empresa pode participar de mais de um consórcio e todos os consorciados se sujeitam à responsabilidade solidária, de onde se infere que a Administração pode exigir de qualquer deles o cumprimento das obrigações assinadas ao consórcio.[820] Semelhante solidariedade inexiste no âmbito dos consórcios previstos na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), mas inocorre qualquer problema de constitucionalidade em relação ao fato, visto que o legislador pretendeu dar configuração diversa ao consórcio quando fosse participante de licitação e futuro contratado pela Administração.[821] Se vencedor, o consórcio deverá promover sua constituição e registro com base no compromisso que os participantes firmaram.

Visando a permitir a associação de pequenas sociedades, não raras vezes impotentes para, de forma isolada, enfrentar sociedades mais poderosas, o Estatuto admitiu que a *qualificação técnica* seja obtida pelo *somatório* dos quantitativos de cada consorciado (art. 33, III). Trata-se de direito subjetivo dos consorciados, mais assegurado ainda se estiver contemplado no edital.[822] É o caso, por exemplo, em que o edital exige a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares (art. 30, § 3º); ou quando se exige a apresentação de locais para canteiros, máquinas e pessoal técnico especializado (art. 30, § 6º). Idêntica possibilidade ocorre no caso da *qualificação econômico-financeira*: também aqui é admitido o somatório dos valores de cada consorciado, sempre se considerando a proporção da respectiva participação no consórcio. É o caso da garantia a que se refere o art. 31, III, cujo montante pode resultar da soma das importâncias de cada consorciado.

Uma observação final: não há dúvida de que a admissão de consórcios cria certo risco da formação de cartéis de empresas, preordenando-se estas à proteção de interesses econômicos avessos ao princípio da concorrência. Há

empreendimentos públicos, no entanto, que não podem ensejar seu afastamento, não só pelo vulto das obras e serviços, como para atenuar os gastos da Administração.[823]

4. Procedimento Seletivo

4.1. Normas Gerais

Em virtude do princípio da publicidade, a abertura dos envelopes para habilitação e das propostas deve ocorrer em ato público, com data previamente fixada. Ao final, deve ser lavrada ata com a descrição de todos os fatos ocorridos na sessão. Todos os documentos devem ser rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão de Licitação.

Pode a Comissão, em qualquer fase da licitação, promover diligências para completar ou esclarecer a instrução do processo. Mas, para evitar o favorecimento a algum participante e a violação ao princípio da igualdade dos licitantes, é vedado aceitar a inclusão de qualquer documento ou informação que já deveria ter constado ao momento do oferecimento da proposta.

Essas regras aplicam-se sempre à concorrência, e, no que couber, às demais modalidades de licitação.

4.2. Julgamento da Habilitação

Antes de examinar as propostas oferecidas, cabe à Comissão analisar os documentos necessários à habilitação dos candidatos. Os candidatos devem fornecer dois envelopes, um contendo os documentos necessários à habilitação, e outro, com as propostas. Por isso, a primeira providência na sessão é a abertura dos envelopes contendo os documentos para a habilitação; nesse momento, ainda não se abrem os envelopes das propostas.

Examinando-se o primeiro envelope, separam-se os candidatos que atenderam aos requisitos de habilitação. Estes são os *habilitados*. Formam outro grupo os que não conseguiram apresentar a documentação necessária à habilitação: são os *inabilitados*. A estes a Comissão devolve, fechados, os envelopes das propostas, e isso porque ficam alijados da competição (art. 43, I e II, do Estatuto). Outro aspecto importante é o relativo aos recursos: para que a sessão prossiga com vistas a julgar as propostas, é preciso que os inabilitados desistam expressamente de

interpor recurso; não havendo essa desistência, a sessão só deverá continuar após o julgamento dos recursos, ou após transcorrido *in albis* o prazo recursal (art. 43, III, do Estatuto).

O ato que considera habilitados os candidatos tem dois efeitos importantes. O primeiro reside em que não mais caberá desistência da proposta, salvo, excepcionalmente, por motivo justo derivado de fato superveniente, aceito pela Comissão. O segundo é que, ao ser ultrapassada a fase da habilitação, e sendo abertos os envelopes das propostas, não mais pode haver desclassificação calcada em motivo relativo à habilitação, a não ser que os fatos tenham ocorrido supervenientemente ou só tenham sido conhecidos após o julgamento (art. 43, §§ 5º e 6º).

4.3. Julgamento das Propostas

O *julgamento das propostas* é a fase em que a Administração procede efetivamente à seleção daquela proposta que se afigura mais vantajosa para o futuro contrato. É a fase mais relevante, porque define o destino dos participantes, indicando qual deles conquistará a vitória na competição.

Entretanto, nessa fase, é sempre necessário verificar dois aspectos:

1) a razoabilidade dos preços; e
2) a compatibilidade das propostas com as exigências do edital.

Após essa verificação, agrupam-se, de um lado, os *classificados*, e, de outro, os *desclassificados*. Voltaremos ao tema da desclassificação mais adiante.

O que importa é que, colocadas lado a lado as propostas dos classificados, cumpre selecionar aquela que é mais vantajosa para a Administração, segundo o que o instrumento convocatório estabelecer. Essa vai ser a proposta vitoriosa, permitindo o futuro vínculo obrigacional com a Administração.

4.4. Fatores e Critérios de Julgamento

O Estatuto reza que no julgamento, que deve ser objetivo, o órgão administrativo deve levar em conta os *fatores* referidos no instrumento convocatório (art. 45). Fatores são, pois, os elementos que a comissão julgadora pode considerar

para a escolha. E é razoável que seja assim, porque não raras vezes não é o preço como fator isolado que deve prevalecer, mas sim o preço em conjunto com outros fatores. São exemplos de fatores os relativos à qualidade, rendimento, preço, prazo e outros do gênero.

Diferente de fatores são os *critérios* de julgamento. Estes traduzem a conjugação dos fatores computados pela comissão para chegar à proposta mais vantajosa. Como bem esclarece IVAN RIGOLIN, o preço de uma proposta pode ser *menor*, mas não ser o *melhor* quando conjugado com outros fatores, como o prazo, ou a qualidade, por exemplo.[824]

Por outro lado, o critério a ser adotado pela Administração deve estar previamente fixado no edital ou na carta-convite, em obediência, aliás, ao princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao edital (art. 3º do Estatuto).

4.5. Tipos de Licitação

Além dos fatores e dos critérios de julgamento, são apontados no Estatuto os *tipos* de licitação: *a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance ou oferta*,[825] este último adotado para alienação de bens ou concessão de direito real de uso de bens públicos. Nos três primeiros, como o próprio nome indica, leva-se em conta o fator pertinente, embora, como vimos, possam ser considerados outros para a fixação do critério.

O *menor preço* é resultado que decorre de verificação *objetiva*. Diz a lei que esse tipo ocorre quando o instrumento convocatório determina que a proposta mais vantajosa será aquela que se apresentar de acordo com as especificações do edital e ofertar o menor preço.

Os tipos de *melhor técnica* e de *técnica e preço* foram tratados com rara infelicidade na lei, para não dizer com injustificável complexidade e insondáveis mistérios.

O de melhor técnica, por exemplo, tem duas etapas: uma, em que os candidatos se submetem a uma valorização de suas propostas; se a proposta não alcançar essa valorização mínima, está fora do certame. A outra é a fase da negociação: o candidato que ofereceu a proposta vitoriosa sob o critério técnico só celebra o contrato se aceitar a execução do objeto ajustado pelo preço mínimo oferecido pelos participantes (art. 46, § 1º, I e II). Se recusar reduzir seu preço, será chamado o candidato que ficou em segundo lugar, e assim sucessivamente. Ora, é

evidente a incoerência desse tipo de processo, porque dificilmente o candidato de melhor técnica vai submeter-se a um preço oferecido por candidato de técnica inferior...[826]

O tipo de técnica e preço caracteriza-se pelo fato de que o resultado do certame se faz de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (art. 46, § 2º, I e II). Aqui o grande cuidado do administrador reside na confecção do instrumento convocatório. Pela grande complexidade de certas contratações, os administradores frequentemente se valem da experiência e do conhecimento de técnicos para a elaboração do edital, que terá que conter fundo detalhamento para possibilitar a seleção da melhor proposta.

4.6. Classificação

Classificação é *"o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação acolhe as propostas apresentadas nos termos e condições do edital ou carta-convite"*.[827]

Mas não é só isso. Na classificação, a Administração ordena a lista daqueles que atenderam as condições do instrumento convocatório, de forma a que em primeiro lugar figure a melhor proposta (e, pois, a vitoriosa) e, após, as restantes, sempre se colocando, na relação, as melhores na frente das piores (art. 45, § 3º).

As que não atenderem serão desclassificadas, não podendo, em consequência, ser comparadas com as demais para efeito de julgamento. A desclassificação ocorre por duas razões principais (art. 48, I e II, do Estatuto):

1) quando as propostas não observam as regras e condições do edital;[828] e
2) quando apresentarem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis.

Excessivos são aqueles muito superiores aos praticados no mercado, e inexequíveis são os que levam à convicção de que será inviável a execução do contrato.[829] Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração tem a faculdade de dar aos competidores o prazo de oito dias úteis para a apresentação de outras sem vícios, podendo ser reduzido para três dias no caso de convite (art. 48, § 3º).

Havendo empate entre duas ou mais propostas, a classificação se fará,

obrigatoriamente, por sorteio. Para tanto, deve a Administração recorrer à sessão pública, convocando-se todos os licitantes. É o que determina o art. 45, § 2º, da lei licitatória. A matéria relativa ao empate, quando se trata de participação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, foi objeto de disciplina especial no respectivo Estatuto – a Lei Complementar nº 123/2006.[830]

5. Resultados e Efeitos

Fixada a classificação dos participantes, dela emerge o vencedor da licitação: o classificado em primeiro lugar. Cabe à Comissão de Licitação, então, proclamar o *resultado* do procedimento licitatório. Ao fazê-lo, a Comissão deve expedir *ato administrativo declaratório*, cujo conteúdo reside na afirmação de que o procedimento chegou ao final e de que tem o *status* de vencedor do certame o participante com a melhor posição na ordem classificatória. É o ato administrativo de *resultado final.*

Sob a égide do revogado Decreto-lei nº 2.300/86, que era confuso a respeito do tema, vários especialistas advogavam que esse ato de resultado final da Comissão de Licitação constituía o ato de *adjudicação* e integrava o procedimento licitatório. De acordo, porém, com o atual Estatuto, a adjudicação é ato diverso e emana da autoridade superior responsável pela homologação.[831] Apesar disso, há autores que ainda usam o termo *"adjudicação"* para indicar o ato final da Comissão.[832]

O ato de resultado final produz o efeito de conferir ao licitante a qualidade de vencedor e de titular da preferência para a celebração do futuro contrato. Por isso, reza o art. 50 do Estatuto que *"a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas, ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade"*.

Note-se que o vencedor não adquire, nesse caso, direito à *celebração* do contrato, pois que o ato de resultado final, oriundo da Comissão de Licitação, não poderia obrigar a Administração a executar a obra ou serviço, ou a fazer a compra, conforme previsto no edital. Quem vai decidir sobre a efetiva celebração ou não do contrato é a autoridade superior quando receber o processo encaminhado pela Comissão.

Seja como for, se a Administração concluir no sentido de ser executada a obra ou o serviço, ou consumada a compra, e de ser firmado o contrato, é reconhecido, em favor do vencedor, direito subjetivo *à preferência na contratação* como efeito básico

do ato de resultado final oriundo da Comissão licitatória.[833]

Além do aludido efeito, são ainda efeitos do ato de resultado final: a) a responsabilidade do vencedor, assumida ao participar do certame; b) impossibilidade de ser realizada nova licitação enquanto eficaz o ato de resultado final. Alguns estudiosos mencionam também o direito dos proponentes de retirar seus documentos.[834] Outros advogam que estes devem permanecer com a Administração para o fim de eventual controle.[835] A nosso sentir, os documentos principais devem permanecer em poder do órgão licitador, mas os de natureza secundária podem ser devolvidos, mantendo-se cópia no respectivo processo.

Tem havido alguma controvérsia quanto à hipótese de só haver ou restar *uma única proposta* para o fim de prosseguir ou ser julgada a licitação. Para alguns estudiosos, seria exigível número mínimo de participantes. Ousamos dissentir desse entendimento. Se apenas comparecer um interessado, a licitação deve prosseguir; se compareceram vários, mas, em face da inabilitação ou desclassificação dos demais, remanesceu apenas um licitante, deve este ser declarado *vencedor do certame*, com os efeitos regulares dessa situação jurídica.[836] E isso por mais de um fundamento. Em primeiro lugar, a lei em nenhum momento exigiu número mínimo de interessados para *participação* e *julgamento*; só exigiu para a *convocação*. Depois, porque a revogação do certame ofenderia o *princípio da economicidade e da eficiência*, já que implicaria maior demora e maiores gastos com outra licitação. Por último, não teria cabimento descartar justamente o único licitante que se interessou em participar da disputa, ou que foi devidamente habilitado por cumprir as exigências legais; a ser assim, estar-se-ia beneficiando os desinteressados ou inabilitados em desfavor do único que se interessou, ou que foi aprovado na fase de habilitação. Consequentemente, temos que esse único remanescente tem *direito subjetivo* à continuidade do certame e ao julgamento, bem como, se classificado nos termos do art. 48,[837] a que seja declarado *vencedor da licitação*.

6. Homologação e Adjudicação

A autoridade competente superior, que usualmente tem a função de ordenador de despesas e poder de decisão para as hipóteses de contratação, tão logo receba o processo de licitação, encaminhado pela Comissão, pode decidir de

acordo com uma das seguintes alternativas:

1) determinar o retorno dos autos para a correção de irregularidades, se estas forem supríveis;
2) invalidar o procedimento, no todo ou em parte, se estiver inquinado de vício insanável;
3) revogar a licitação por razões de ordem administrativa, observadas as condições do art. 49 do Estatuto; ou
4) homologar o ato de resultado final da Comissão, considerando implicitamente a legalidade da licitação.

A *homologação* se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem a natureza jurídica de ato administrativo de *confirmação*. Quando a autoridade procede à homologação do julgamento, confirma a validade da licitação e o interesse da Administração em ver executada a obra ou o serviço, ou contratada a compra, nos termos previstos no edital. A lei, além de referir-se à homologação, alude também à expressão *aprovação do procedimento*, que possui o mesmo significado.[838]

Consequência jurídica da homologação é a *adjudicação*, que espelha o ato pelo qual a Administração, através da autoridade competente, atribui ao vencedor do certame a atividade (obra, serviço ou compra) que constitui o objeto da futura contratação. Anteriormente, considerava-se adjudicação o ato de resultado final emanado da Comissão de Licitação, antecedendo, portanto, à homologação. A lei vigente, no entanto, deixou claro que a adjudicação não integra o procedimento licitatório e é posterior ao ato de homologação.[839] Em dois momentos transparece tal situação: 1º) o art. 6º, XVI, do Estatuto, não incluiu a adjudicação na competência da Comissão de Licitação; 2º) o art. 43, VI, estatui que é função da autoridade competente deliberar quanto à homologação e à adjudicação do objeto da licitação.[840]

Uma vez homologados o resultado e a própria licitação, presume-se que a Administração tem interesse na atividade a ser contratada. Desse modo, é correto considerar-se que o vencedor tem inafastável direito à adjudicação e, consequentemente, *ao próprio contrato*. Há quem resista em admitir que o vencedor

tenha direito ao contrato. Não pensamos, assim, contudo. Se toda a licitação e o resultado final foram homologados, a Administração está vinculada à prática da adjudicação e à celebração do negócio contratual.[841]

Pela própria natureza jurídica, a adjudicação, ao contrário do entendimento de alguns doutrinadores, não se caracteriza como ato discricionário, *mas sim vinculado.* Com efeito, não teria sentido que a autoridade confirmasse o procedimento por homologação e resolvesse simplesmente não adjudicar o objeto do contrato ao vencedor por motivo de conveniência e oportunidade.[842] Tal conduta seria revestida do mais flagrante arbítrio. Podem surgir obstáculos intransponíveis para a contratação, mas daí não resulta atividade discricionária da Administração no que concerne a adjudicar ou não o objeto do contrato. Ou existe obstáculo, e a contratação pode não se consumar, ou não existe, e o contrato tem que ser celebrado com o vencedor.[843]

Vejamos a questão dos *efeitos patrimoniais* no caso de não haver a contratação, sublinhando as distinções cabíveis conforme a hipótese.

O ato de resultado final, integrante do procedimento de licitação, não confere ao vencedor direito subjetivo à contratação, mas apenas à preferência na contratação. A razão é simples: como todo o processo vai ser submetido à deliberação da autoridade superior, poderá esta homologar o resultado e a licitação ou revogar o procedimento no caso de interesse público derivado de situações incontornáveis. Assim, o vencedor tem *mera expectativa* em relação à efetivação do objeto do futuro contrato. Por tal motivo, se houver a revogação pela impossibilidade de contratar, nenhuma indenização será devida ao vencedor pela Administração.

Uma vez, porém, homologado o resultado, confirma-se o interesse do Estado na obra, serviço ou compra previstos como objeto do contrato. A despeito de algumas opiniões contrárias, entendemos que essa hipótese converte a mera expectativa de direito do vencedor em *direito efetivo à realização do contrato,* eis que aplicáveis aqui os princípios da boa-fé e da presunção de legalidade dos atos administrativos. Neste ponto, pouco importa que tenha havido apenas a homologação, sem ainda a adjudicação, ou que tenham sido praticados ambos os atos. Se o contrato não for celebrado, o participante vencedor faz jus à indenização pelos prejuízos que a não contratação lhe ocasionar. Como bem consigna

ADILSON DALLARI, referindo-se ao art. 37, § 6º, da CF, *"é evidente tal responsabilidade, a qual porém não é uma simples indenização por responsabilidade extracontratual, mas deve ser um pleno e completo ressarcimento decorrente de responsabilidade contratual"*.[844] De fato, não há o menor sentido de justiça em supor que o Poder Público possa agir a seu exclusivo critério, ignorando os efeitos de seus atos. É possível, assim, que, na hipótese em foco, gravames patrimoniais atinjam o vencedor; se tal situação ocorre, o prejudicado faz jus à reparação integral de seus prejuízos.

XIII. Anulação

A anulação da licitação é decretada quando existe no procedimento vício de legalidade. Há vício quando inobservado algum dos princípios ou alguma das normas pertinentes à licitação; ou quando se escolhe proposta desclassificável; ou não se concede direito de defesa aos participantes etc. Enfim, tudo quanto se configurar como vício de legalidade provoca a anulação do procedimento.

A anulação pode ser decretada pela própria Administração (art. 49 do Estatuto).[845] Sendo anulado o procedimento, não há obrigação de indenizar por parte da Administração, salvo se o contratado já houver executado parte do objeto até o momento da invalidação.[846] Trata-se, pois, de impedir enriquecimento sem causa por parte da Administração.

É de tal gravidade o procedimento viciado que sua anulação induz à do próprio contrato, o que significa dizer que, mesmo que já celebrado o contrato, fica este comprometido pela invalidação do procedimento licitatório (art. 49, § 2º).

A invalidação produz efeitos *ex tunc* e compromete todos os atos que se sucederam ao que estiver inquinado de vício, isso quando não compromete todo o procedimento. Por isso é que entendemos acertada a observação de que a anulação é ato vinculado, exigindo cabal demonstração das razões que a provocaram, não só porque assim se permite o controle da legalidade por parte dos interessados, como ainda porque o vício nas razões invocadas pode conduzir à invalidação do próprio ato anulatório.[847]

Em relação ao art. 49, § 1º, segundo o qual *a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar*, há bem fundamentada doutrina que considera inconstitucional o dispositivo por afronta ao art. 37, § 6º, da CF, que

consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado por atos de seus agentes. Alojando-se tal responsabilidade em mandamento constitucional, no qual inexiste qualquer restrição, não caberia ao legislador ordinário estabelecer exceções, como teria pretendido aquele dispositivo. Avulta, então, que *"o legislador ordinário, em tema de responsabilidade do Estado, está sujeito a condicionamentos que para ele inexistem quando se cuida de situações relacionadas com a responsabilidade dos indivíduos, surgidas no âmbito do direito privado".*[848]

De fato, se é o licitante que dá causa à invalidação, nenhuma pretensão pode formular, mas, por outro lado, admitir-se a isenção do Estado quanto ao dever indenizatório, mesmo quando seus próprios agentes tenham dado causa à anulação do procedimento, parece permitir-lhe que se locuplete de sua própria torpeza.

A despeito desse pensamento, que, de certo modo, representa um avanço na responsabilização civil do Estado, tem prevalecido a ideia segundo a qual do ato nulo não podem originar-se direitos, ideia, aliás, consagrada na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Com base nela, então, seria legítimo o art. 49, § 1º, do Estatuto.

O *desfazimento da licitação*, seja pela anulação, seja pela revogação (de que trataremos logo adiante), obriga a Administração a assegurar aos interessados o contraditório e a ampla defesa (art. 49, § 3º, Estatuto). É verdade que já houve decisão considerando que a citada garantia somente se aplicaria no caso de *revogação,* não incidindo sobre a *anulação*.[849] É inegável a erronia de tal pensamento: o art. 49, § 3º, do Estatuto, alude a *desfazimento*, e este, como é óbvio, abrange a anulação e a revogação; essas modalidades *desfazem* a licitação e, portanto, são espécies de desfazimento. Assim, em qualquer destes casos fica assegurado o contraditório aos interessados na permanência do certame.[850] O escopo da norma é o de impedir que o desfazimento seja mascarado por objetivos escusos e inverídicos, vulnerando o *princípio da transparência*, que não pode ser relegado pela Administração.

Para alguns estudiosos, o contraditório deve ser realizado antes do ato de anulação ou de revogação.[851] Ousamos dissentir, entretanto. Primeiramente, o Estatuto não fixou o momento de incidência do requisito, limitando-se somente a apontar a sua observância. Depois, não haverá qualquer prejuízo pelo fato de ser produzido antes o ato anulatório ou revogatório para, após, ser dada a oportunidade de manifestação aos interessados. Com efeito, se a Administração se

convencer de que foi indevido o ato de desfazimento, poderá desfazê-lo de pronto, no exercício de sua autoexecutoriedade, e dar prosseguimento ao certame. Parece-nos, pois, que, na hipótese, a Administração, verificando a presença dos pertinentes pressupostos, anula ou revoga a licitação e, ato contínuo, comunica aos interessados para que exerçam o contraditório e a ampla defesa.[852] Caso já tenha ocorrido a indicação do licitante vencedor, a este somente – por ser então o único interessado – será assegurada a aplicação da referida garantia.

XIV. Revogação

Revogação é o desfazimento dos efeitos da licitação já concluída, em virtude de critérios de ordem administrativa, ou por razões de interesse público, como diz a lei. Tais critérios são avaliados exclusivamente pelo administrador, à luz das circunstâncias especiais que conduzirem à desistência na contratação. Há, portanto, sob esse ângulo, certa discricionariedade na atuação administrativa.[853] Não obstante, é bom que se destaque, sempre será possível que o Judiciário examine o ato sob os aspectos de legalidade. O que não pode o juiz é substituir o critério do administrador pelo seu próprio, porque a Constituição veda a invasão de funções estatais.

O Estatuto criou algumas condições para a revogação, fechando um pouco a porta aberta pela legislação anterior. E o fez exatamente para evitar abusos por parte de maus administradores. Cuida-se, pois, de *revogação condicionada*.

Uma dessas condições reside na necessidade de ser a revogação claramente justificada, com a menção dos motivos que levaram a tal desfecho. Só assim poderão os interessados conferir tais motivos e invalidar o ato, se neles houver vício de legalidade. Realmente, se pudesse ser imotivada a revogação, vulnerados estariam os princípios da legalidade e da igualdade de oportunidades aos interessados. Entendemos que necessário se torna o mesmo detalhamento de motivos, quando a Administração vier a realizar nova licitação com o mesmo objeto. É que só dessa maneira será possível constatar se foram superados os motivos que anteriormente levaram à revogação.

Além disso, as razões de interesse público geradoras da revogação devem originar-se de fato superveniente devidamente comprovado, fato este pertinente e suficiente para conduzir à revogação (art. 49). Daí emana que, se o fato alegado pela

Administração tiver ocorrido antes do início do processo licitatório, não poderá servir como fundamento da revogação. E é fácil explicar: se o fato antecede à própria licitação, não deveria esta ter sido sequer instaurada. Portanto, cabe ao interessado verificar se as razões ensejadoras da revogação vieram realmente de fato ocorrido após a instauração do processo licitatório.

A revogação, situando-se no âmbito dos poderes administrativos, é conduta lícita da Administração. Sendo assim, o vencedor da licitação tem expectativa na celebração do contrato, mas não é titular de direito subjetivo, como chegamos a ver. Por essa razão é que, revogada a licitação por motivos válidos, aferidos por critérios administrativos efetivos, não é devida qualquer indenização aos licitantes, nem particularmente ao vencedor.[854]

Reiteramos aqui o que dissemos no tópico anterior: o desfazimento do procedimento licitatório através de anulação ou de revogação rende ensejo à aplicação do art. 49, § 3º, do Estatuto, segundo o qual deve assegurar-se aos interessados o contraditório e a ampla defesa, com o objetivo de lhes permitir a averiguação sobre a validade ou não do desfazimento. Por conseguinte, praticado o ato de revogação e mencionados os motivos que o inspiraram, devem os interessados ser devidamente comunicados para que se manifestem sobre o referido ato.

XV. Recursos Administrativos

O Estatuto, no capítulo destinado ao direito de petição, dispõe sobre os recursos cabíveis no procedimento de licitação. Classifica-os em três tipos: o recurso hierárquico, a representação e o pedido de reconsideração (art. 109).

Os recursos servem para impugnar atos relacionados a contratos administrativos (que já examinamos) e a licitações. No que se refere à licitação, cabe recurso hierárquico, no prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, contra:

1) a habilitação ou inabilitação do licitante;
2) o julgamento das propostas;
3) a anulação ou a revogação da licitação; e

4) o indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento.

A representação é prevista, no mesmo prazo, como recurso contra decisão relacionada com o objeto da licitação, da qual não caiba recurso hierárquico (art. 109, II).

O pedido de reconsideração é dirigido ao Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, no prazo de dez dias úteis, quando o administrado houver sido punido com a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Apenas os recursos contra a habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas têm efeito suspensivo; assim, só depois de decidido pode prosseguir o certame. O fato tem aplicação prática na rotina das licitações. É comum designar-se um mesmo dia para o exame da habilitação e para o julgamento das propostas. Se na sessão única algum interessado oferecer recurso contra sua inabilitação, por exemplo, não se pode julgar as propostas, e, nesse caso, nova sessão deverá ser designada para esse fim.

Há, ainda, outra advertência pertinente: para que na sessão única se possa resolver, ao mesmo tempo, a habilitação e o julgamento das propostas, sem que se possa depois alegar nulidade no processo, é necessário que a Comissão obtenha de todos os licitantes sua renúncia a eventuais recursos. A razão é simples: cada licitante tem o prazo de cinco dias úteis *a partir da sessão* para interpor o recurso. Com a renúncia, todavia, fica encerrada a fase da habilitação, podendo-se, então, julgar as propostas.

Os demais recursos *poderão* ter efeito suspensivo, mas a indicação desse efeito é faculdade discricionária da Administração. Daí se conclui que, como regra, os demais recursos só têm efeito devolutivo, não suspendendo, por isso, o curso do procedimento.[855] Como o recurso hierárquico deriva do poder hierárquico natural da Administração, deve ele ser destinado à autoridade superior à que praticou o ato recorrido, embora por intermédio desta. Pode ela, se for o caso, reconsiderar o ato impugnado; se tal ocorrer, dispensável se tornará a remessa do recurso à autoridade superior.

A interposição do recurso precisa ser comunicada aos demais licitantes,

porque estes têm o direito de impugná-lo no prazo de cinco dias úteis. A regra se justifica pelo fato de que têm eles interesse sobre o que vai ser decidido pela Administração.

No caso de convite, reduz-se para dois dias úteis o prazo para recurso contra habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas (art. 109, § 6º).

Esclareça-se, por último, que, transcorrido *in albis* o prazo recursal, a decisão administrativa se torna imutável no âmbito da Administração, operando-se o fenômeno da *preclusão administrativa*.[856]

XVI. Crimes e Penas

O processo licitatório pode dar margem a diversas condutas ilegais por parte de administradores e de licitantes. A lei vigente (diversamente do que sucedia na lei anterior) destinou capítulo especial para tipificar crimes e atribuir sanções penais (arts. 89 a 99).

Convém, todavia, fazer rápidas observações sobre os crimes previstos no Estatuto. Em primeiro lugar, verifica-se que são severas as sanções penais no caso do cometimento dos delitos, bem mais severas, aliás, do que as previstas em tipos idênticos de leis penais anteriores.[857]

Outro aspecto a ser considerado consiste na aplicação do direito intertemporal. De fato, alguns dos tipos penais previstos no Estatuto constavam do Código Penal e de leis extravagantes. Esses tipos foram revogados pela nova lei. Mas o Estatuto caracteriza-se como lei especial, de modo que continuam vigentes as normas penais de caráter geral, não absorvidas nos tipos relacionados naquele diploma.

Vale a pena destacar, ainda, que todos os tipos somente são puníveis a título de *dolo*. Em consequência, não haverá conduta punível se o fato decorrer de culpa do agente.

Várias são as condutas tipificadas como crimes pelo Estatuto. Dentre elas, destacam-se: dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais (art. 89); impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato licitatório (art. 93); fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias (art. 96); obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais (art. 98); frustrar ou

fraudar, mediante conluio, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (art. 90).[858]

Não custa lembrar que a conduta penal é autônoma em relação às condutas administrativas. Os crimes contra licitação, portanto, tipificam-se na medida em que se configuram os elementos da norma, não importando o desfecho em si do processo administrativo. Assim, ainda que a licitação seja anulada, subsiste o crime se presentes os elementos que o configuram.[859]

Como regra, o foro competente para processar e julgar os crimes que envolvem licitações é o da *Justiça Estadual*. Não obstante, se o crime implica desvio de recursos federais em decorrência de fraude no processo licitatório, o foro competente será o da *Justiça Federal*, *ex vi* do art. 109, IV, da CF, que fixa tal competência no caso de infrações penais "*praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União"* e de suas entidades autárquicas e empresas públicas.[860]

XVII. O Pregão: Nova Modalidade

1. Introdução

As modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei nº 10.520, de 17/7/2002, na qual foi instituído o *pregão* como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimento próprios, visando a acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas.[861]

2. Âmbito de Incidência

As medidas provisórias que, antes da conversão em lei, regulavam a matéria (MPs nº 2.026, 2.108 e 2.182), haviam estabelecido – por mais esdrúxulo que pudesse parecer – que o pregão era modalidade de licitação adotada exclusivamente

no âmbito da União Federal. Era o que constava de suas ementas e dispunha o art. 2º.

A restrição não se justificava sob qualquer ótica administrativa. Ao contrário, se a nova modalidade tinha o escopo de dar maior celeridade ao processo licitatório para certas contratações, não se conseguia entender por que razão não era estendida também para Estados, Distrito Federal e Municípios, na medida em que estas pessoas federativas, da mesma forma que a União, tinham a mesma inspiração no que tange à eliminação de certos trâmites burocráticos existentes nas licitações tradicionais. Quer dizer: era incompreensível ter dado aos diplomas reguladores o caráter de *federal*, e não de *nacional*.[862]

A despeito da restrição absurda, sustentamos, naquela ocasião, que as demais pessoas federativas também poderiam editar normas disciplinadoras do pregão, e isso porque o art. 22, XXVII, da CF, outorgou à União competência para editar *normas gerais* sobre licitações e contratos, fato que permitiria aos demais entes federativos legislar através de *normas específicas*. Era, em nosso entender, a única forma de interpretar a restrição daqueles diplomas com a aplicação do princípio da razoabilidade e da vedação à outorga de preferências e vantagens em favor de apenas algumas pessoas da federação (art. 19, III, da CF).

A Lei nº 10.520/2002, entretanto, eliminou aquela anomalia, expressando, em sua ementa, que a instituição do pregão poderá dar-se no âmbito da União, Estados, Distritos Federal e Municípios, introduzindo no texto as alterações necessárias à adequação do instituto a todos os entes federativos. Estes, por conseguinte, poderão utilizar essa modalidade licitatória, observando, é claro, as regras gerais e as condições delineadas naquele diploma legal, que assim passou a caracterizar-se como lei nacional.[863]

3. Complementariedade da Disciplina

É importante sublinhar que a nova legislação tem o objetivo básico de complementar a Lei nº 8.666/93. Não houve, pois, o intuito de revogação desta última lei.

É claro que a nova disciplina tem normas que alteram *certos aspectos de fins e procedimentos* em relação ao Estatuto. Evidentemente, por ser *lex posterior*, prevalecem suas normas sobre as da lei antiga. Mas, confrontando-se sistematicamente os

diplomas legais, pode-se, quando muito, considerar presente, em alguns casos, hipótese de *derrogação* (ou revogação parcial), mantendo-se, no entanto, o arcabouço fundamental do Estatuto.

Nesse sentido, registra o novo diploma a aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.666/93 à modalidade de pregão.[864]

4. Facultatividade na Adoção

O pregão não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos. Trata-se, pois, de atuação discricionária, na qual a Administração terá a faculdade de adotar o pregão (nas hipóteses cabíveis) ou alguma das modalidades previstas no Estatuto geral.[865]

A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados. Surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo.

A União, sensível à necessidade de acelerar o processo seletivo para contratações, tornou *obrigatória* a adoção da modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, estabelecendo, ainda, que a preferência deverá recair sobre a modalidade na forma eletrônica.[866] Consignou-se, igualmente, que a opção pela forma não eletrônica deverá ser necessariamente justificada pela autoridade competente.[867] A diretriz da Administração federal teve por fundamento a necessidade de dar maior transparência ao processo seletivo, observar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, probidade administrativa e todos os demais aplicáveis às licitações em geral, e, finalmente evitar a ocorrência de corrupção e outras condutas qualificadas como de improbidade administrativa.

A norma que traduz a citada obrigatoriedade não tem propriamente a natureza de norma regulamentadora geral. Cuida-se apenas de mandamento direcionado

exclusivamente aos órgãos da Administração federal, abrangendo todos os Poderes. A interpretação como norma geral acarretaria sua inconstitucionalidade, pois que a Estados, Distrito Federal e Municípios cabe somente observar os termos da lei, e nesta não está prevista qualquer obrigatoriedade.[868]

A Lei nº 10.520/2002, acrescentando dispositivo à legislação anterior, admitiu fosse empregado o pregão para as compras de bens e contratações de serviços comuns, quando processadas pelo sistema de registro de preços, previsto no art. 15 do Estatuto geral das licitações.[869]

5. Característica Básica e Modalidades

A particularidade especial da modalidade de pregão reside na adoção parcial do *princípio da oralidade*. Enquanto nas formas comuns de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre através de documentos escritos (propostas), no pregão poderão os participantes oferecer outras propostas *verbalmente* na sessão pública destinada à escolha.

Por outro lado, a lei admite a atuação dos interessados através de *lances*. Propostas e lances são hipóteses diversas. Propostas retratam a oferta a ser apresentada pelo interessado, ao passo que lances são ofertas *sucessivas e progressivas,* porque: 1) são apresentadas uma após a outra; 2) os valores são progressivamente decrescentes, de forma a se chegar ao mínimo preço a ser proposto para a compra ou serviço.

Em que pese ser a oralidade o princípio diferencial do pregão em relação às modalidades tradicionais de licitação, pode apontar-se, no novo sistema, a inspiração de outro postulado – *princípio do informalismo*. Referido princípio não significa que o novo procedimento seja absolutamente informal; não o é, e nem poderia sê-lo, por se tratar de atividade administrativa. Mas o legislador procurou introduzir alguns métodos e técnicas compatíveis com os modernos meios de comunicação, sobretudo através da informática.

Conforme já antecipamos, são duas as *modalidades* de pregão: o *pregão presencial* (ou comum) e o *pregão eletrônico*. O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agentes da Administração (como, v.g., o pregoeiro) e dos interessados em determinadas etapas do procedimento. O segundo é o que se processa, em ambiente virtual, por meio da tecnologia da informação (Internet).

O pregão eletrônico apresenta algumas *vantagens* em relação ao presencial. Primeiramente, reduz-se o uso de papel, já que os atos se produzem pela Internet. Depois, há menor sobrecarga para o pregoeiro, já que há menos documentos para analisar. Ainda: o pregão eletrônico é mais célere e eficaz quando se trata de licitação por itens ou lotes. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproxima as pessoas e encurta as distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração. Como *desvantagens*, cite-se o fato de que várias pessoas federativas não têm ainda o sistema que lhes permita utilizar a modalidade eletrônica. O mesmo se diga de empresas de menor porte, que também não têm acesso à rede de informações. Da mesma forma, o pregão presencial será mais adequado quando houver necessidade de exibição de produtos ou de análise mais detalhada de planilhas de composição de custos, tarefa usualmente de grande complexidade.[870]

6. Objeto da Contratação

O objeto do pregão não tem a amplitude das modalidades gerais previstas no Estatuto. Destina-se a nova modalidade apenas *à aquisição de bens e à contratação de serviços comuns,* como dispõe o art. 1º da Lei nº 10.520/2002.[871] Estão fora, por conseguinte, as hipóteses de contratação de obras públicas e de bens e serviços não qualificados como comuns.

A definição legal sobre o que são bens e serviços comuns está longe de ser precisa, haja vista que as expressões nela contidas são plurissignificativas. Diz a lei que tais bens e serviços são aqueles *"cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado"*.[872]

Para especificar quais os bens e serviços comuns, e diante da previsão legal de ato regulamentar, foi expedido o Decreto nº 3.555, de 8/8/2000 (publ. em 9/8/2000).[873] No anexo, onde há a enumeração, pode constatar-se que praticamente todos os bens e serviços foram considerados *comuns*; poucos, na verdade, estarão fora da relação, o que significa que o pregão será adotado em grande escala. Os *bens comuns* dividem-se em *bens de consumo* (os de frequente aquisição) e *bens permanentes* (mobiliário, veículos etc.). Os *serviços comuns* são de variadíssima natureza, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinatura de

periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares (motorista, garçom, ascensorista, copeiro, mensageiro, secretaria, telefonista etc.).

A novidade do pregão diz respeito ao valor do futuro contrato. Não há qualquer restrição quanto ao valor a ser pago, vale dizer, não importa o vulto dos recursos necessários ao pagamento do fornecedor, critério diametralmente oposto aos adotados para as modalidades gerais do Estatuto, cujo postulado básico, como vimos, é a adequação de cada tipo à respectiva faixa de valor. Significa dizer que, ressalvada hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a contratação de bens e serviços comuns pode ser precedida do pregão, independentemente de seu custo.[874]

Instituindo disciplina não prevista na legislação precedente, a lei passou a permitir o uso da modalidade de pregão, inclusive por meio eletrônico, nas licitações de registro de preços destinadas à contratação de bens e serviços comuns da *área da saúde*.[875] Para tanto, caracterizou tais bens e serviços comuns como aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) e que ostentam padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos no edital por meio de especificações usuais do mercado. No caso de o vencedor não conseguir atender ao quantitativo previsto para a contratação, poderão ser convocados, na ordem de classificação, outros licitantes para completar o mesmo quantitativo, exigindo-se destes, contudo, que concordem com o preço da proposta vitoriosa. Se isso for impossível, poderão ser registrados outros preços, desde que o objeto tenha qualidade ou desempenho superior, fato que deve ser expressamente justificado; em qualquer caso, porém, as ofertas devem ter valor inferior ao limite máximo estimado para a contratação.

7. Fase Interna

Fase interna do pregão é a que se constitui do conjunto de atos e atividades de *caráter preparatório* a cargo do órgão administrativo.[876] São providências administrativas que antecedem a realização das atividades que contam com a participação de terceiros.

Quase nenhuma grande novidade se contém nessa fase preparatória. Como ocorre em todas as espécies de licitação, algumas providências tornam-se realmente necessárias à consecução do certame. Assim, deve a autoridade competente,

primeiramente, justificar a necessidade da contratação e, ao fazê-lo, cumpre-lhe definir o objeto da competição e o que será exigido para a habilitação. Outras providências a serem adotadas são: 1) os critérios de aceitação das propostas; 2) a antecipação das cláusulas contratuais, com a necessária fixação do prazo de fornecimento; 3) as sanções para a hipótese de inadimplemento; 4) avaliação prévia dos bens ou serviços a serem contratados.

O ponto diferencial que se configura como novidade é a designação, pela autoridade competente, da figura do *pregoeiro*, a quem incumbe dirigir todos os trabalhos, inclusive receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e classificação e, ainda, decidir sobre a habilitação e proceder à adjudicação do objeto do pregão ao licitante vencedor.[877] Para tanto, deverá contar com equipe de apoio, integrantes em sua maioria de servidores efetivos ou trabalhistas, preferencialmente do quadro permanente.[878]

O novo diploma, como se observa, substituiu o órgão colegiado normalmente incumbido da direção e definição dos trabalhos – a Comissão de Licitação (art. 51 do Estatuto) – por um órgão unitário, representado por um só agente. Não há previsão de rodízio como sucede nas Comissões, mas, para evitar perpetuação de apenas um pregoeiro e ofensa ao princípio da impessoalidade, deve a autoridade habilitar vários agentes para exercer a função e adotar sistema de rodízio nas designações.

8. Fase Externa

A fase externa é constituída dos atos e atividades que contam com a participação da Administração e de terceiros. É nela que se consuma realmente o processo de escolha da melhor proposta e do futuro contratado, estando a respectiva disciplina nas regras do art. 4º do novo diploma.

Embora a lei tenha buscado acelerar o procedimento, tornando-o mais ágil, descomplicado e ensejador de resultado rápido e eficiente, há que se reconhecer a sucessividade de fases, quer dizer, o seguimento de etapas que permitam o desenvolvimento do processo seletivo.

São esses trâmites que serão comentados a seguir, dando-se destaque aos aspectos diferenciais em relação ao procedimento previsto no Estatuto geral.

Antes, porém, vale a pena lembrar que, cedendo aos reclamos da

modernidade, a lei permite que o pregão seja realizado com a utilização de recursos de tecnologia da informação, dependendo a aplicabilidade, todavia, de regulamentação específica (art. 2º, § 1º).[879] A norma, aliás, já constava da legislação provisória precedente. A nova lei, entretanto, completou a norma permissiva, aduzindo dois dispositivos. Primeiramente, facultou a participação de *bolsas de mercadorias* para, mediante aqueles recursos, propiciar auxílio técnico e operacional ao órgão licitador do pregão, matéria que cada pessoa federativa interessada deve regulamentar (art. 2º, § 2º). Em segundo lugar, esclareceu que as referidas bolsas de mercadorias devem estar organizadas sob o revestimento formal de sociedades civis sem fins lucrativos, delas devendo participar corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões (art. 2º, § 3º).

9. Convocação

Como ocorre no procedimento comum, a convocação se faz por publicação de *aviso* na imprensa oficial da entidade federativa interessada. Não havendo órgão oficial de imprensa, o aviso deve ser publicado em jornal de circulação local. Dependendo do vulto da contratação, exige a lei que o aviso seja publicado também em jornal de grande circulação (art. 4º, I). Essa forma é obrigatória, mas a lei confere a faculdade de a convocação ser feita também por meios eletrônicos.[880] Do aviso devem constar, de forma sucinta, os elementos da licitação e a informação sobre a obtenção do edital.

O *edital* é que reflete o ato no qual vai ser apresentado o detalhamento da licitação, tendo, portanto, o mesmo caráter de vinculação atribuído aos editais licitatórios em geral. A Administração, para observar o princípio da publicidade, deve disponibilizar cópias do edital e do aviso e consentir que qualquer pessoa interessada possa consultá-los. Devem ainda ser divulgadas na *"Homepage"* da *"Internet"* do Tribunal de Contas da União, como previsto na Lei nº 9.755, de 16/12/1998.

O prazo para apresentação das propostas é de, no mínimo, oito dias úteis, tendo como termo *a quo* da contagem a data da publicação do aviso.[881] Note-se que tal prazo é maior do que o do convite, que é de cinco dias úteis, e menor do que o das tomadas de preços e concorrências, que é de 45, 30 ou 15 dias, conforme a hipótese.[882] Deve ser também observado que o prazo é estabelecido para que

seja designada a sessão visando à *apresentação das propostas* (art. 4º, V). Pelo texto da lei, portanto, é no próprio dia da sessão que se dá a *apresentação* das propostas e simultaneamente o *recebimento* delas pela Administração para seu exame, conforme consta do art. 4º, inc. VI, da lei regente. Este último dispositivo indica que, antes do dia da sessão, as propostas ainda não podem ser apresentadas.

Quanto ao prazo de validade das propostas, será ele de sessenta dias, a menos que o edital tenha optado por prazo diverso.[883]

Da mesma forma como ocorre com o sistema geral de licitações, é possível exercer o direito de impugnação do ato convocatório, mas o prazo fixado é de até dois dias úteis antes da data designada para o recebimento das propostas. Além da impugnação, poderá o interessado solicitar informações e providências, devendo o pregoeiro decidir sobre o pedido em 24 horas. Caso acolhida a impugnação, terá que ser adiada a sessão previamente designada.[884]

Embora tal procedimento esteja contemplado no Dec. nº 3.555/2000, aplicável no âmbito da Administração Federal, parece-nos deva ser estendido aos demais entes federativos, porque, de um lado, não se pode recusar aos interessados o direito de hostilizar o ato de convocação caso esteja inquinado de algum vício de legalidade – direito, diga-se de passagem, amparado nos princípios constitucionais da legalidade e da publicidade –, e, de outro, porque se aplicam, subsidiariamente, ao pregão as normas da Lei nº 8.666/93, e, dentre elas, está a do art. 41, § 1º, que, como já vimos, assegura o referido direito a qualquer cidadão.[885] Tanto quanto a União, as demais pessoas federativas poderão editar regulamentos próprios sobre o assunto, desde que observem as normas gerais já previstas no Estatuto sobre a matéria.

10. Sessão

Sessão é a reunião entre o pregoeiro e os participantes da licitação, que tem por objetivo possibilitar a escolha do futuro fornecedor do bem ou do serviço previstos no edital. Em virtude desse objetivo, nela é que deverão ser produzidos os atos necessários para ensejar a seleção pretendida.

As linhas da sessão apontam para alguns aspectos particulares. O primeiro é o de que a sessão deve ser *pública*, vale dizer, acessível a todos os que se interessam no fornecimento do bem ou serviço e, da mesma forma, a outras pessoas que desejem

assistir ao processo de escolha. Na verdade, não há por que distinguir a presença de interessados ou de terceiros na sessão, desde que, é óbvio, não haja interferência na sequência normal dos trabalhos.[886] Os interessados podem estar presentes pessoalmente ou por seus representantes e, em qualquer caso, devem eles comprovar sua aptidão jurídica para formular eventuais propostas verbais e praticar os demais atos do processo. Sem essa prova, valerá apenas a proposta escrita já apresentada, sendo inviável a formulação de outras ofertas de preço menor.

Os participantes, como ocorre na Lei nº 8.666, devem apresentar, em envelopes separados, os documentos de habilitação e a proposta. Tanto a lei (art. 4º, VII e XII) como o Decreto nº 3.555 (art. 11, V) dispõem exatamente em tal sentido. Por outro lado, poderá ser permitida a participação de empresas reunidas em consórcio, adotando-se a mesma sistemática adotada pelo Estatuto para essa hipótese.[887]

A Lei nº 10.520/2002 introduziu, no art. 4º, VII, exigência – prevista na legislação primitiva, mas suprimida na medida provisória precedente – pela qual os interessados, ou seus representantes, devem apresentar, ao momento da abertura da sessão, *declaração* no sentido de que estão sendo cumpridos plenamente os requisitos de habilitação. A nosso ver, a exigência não é razoável, sendo mesmo inócua, e isso porque, como está previsto na lei, se o vencedor do certame, no que tange ao preço, não tiver cumprido aqueles requisitos, a consequência jurídica será a sua desclassificação e a convocação do candidato que tiver obtido a segunda colocação.[888] Além do mais, a referida declaração tem caráter relativo, vez que pode ser firmada pelo licitante com base em mera presunção de que estaria cumprindo as exigências relativas à habilitação.

Outro aspecto consiste na necessidade de que a realização da sessão seja designada com antecedência. Somente havendo prazo suficiente, será possível aos interessados consultar o edital e elaborar as propostas a serem apresentadas na data marcada.

11. Julgamento das Propostas

Abertos os envelopes contendo as propostas, cabe ao pregoeiro verificar, de imediato, se estão em conformidade com os requisitos previstos no edital. O novo diploma é silente a respeito, mas, se alguma proposta estiver dissonante do edital,

deverá o respectivo licitante sofrer *desclassificação* do certame, hipótese, aliás, idêntica à que sucede no procedimento do Estatuto.[889]

Verificadas as propostas *formais e escritas* apresentadas, tem início etapa que o Estatuto geral desconhece: *o autor da oferta de valor mais baixo e os das propostas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos*, até que haja um vencedor final. O procedimento, nessa parte, adota nitidamente o princípio da oralidade, como complementar ao princípio do formalismo, representado pelas propostas escritas.

Se não houver pelo menos três propostas nessas condições, será permitido que a oferta dos lances orais seja feita pelos autores das *três melhores propostas,* independentemente do preço que tenham oferecido (art. 4º, IX). Observe-se, no entanto, que nesses três participantes não se inclui o que apresentou a melhor proposta, conclusão que se infere da conjugação dos incisos VIII e IX do mesmo art. 4º.

Note-se que deve haver uma ordem sequencial de chamada, feita pelo pregoeiro, para que os licitantes apresentem seus lances verbais. O primeiro convidado a dar lance é o autor da proposta classificada *de maior preço*; os demais vão sendo convidados em ordem decrescente de valor. Por outro lado, se algum licitante, convidado pelo pregoeiro, desistir de oferecer seu lance verbal, será considerado excluído dessa etapa de propostas verbais; assim sendo, para o efeito de ordenação das propostas, sua oferta final será o último preço oferecido antes da desistência.[890]

O único critério seletivo é o de *menor preço* (art. 4º, X), mas devem ser examinados outros aspectos contemplados no edital, como o prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade. Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua *aceitabilidade*. Não há, entretanto, indicação do que seja *aceitabilidade*, mas, considerando-se o sistema licitatório de forma global, parece que a ideia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexequível, ou seja, quando não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado.[891] Pode também entender-se que é inaceitável a proposta quando, por exemplo, o produto objeto da futura contratação não atender às especificações técnicas ou ao

padrão mínimo de qualidade. Se tal ocorrer, o pregoeiro declarará inaceitável a proposta e desclassificará o licitante.

Escolhido o vencedor, pode o pregoeiro negociar diretamente com ele no sentido de ser obtido preço ainda melhor. A negociabilidade é também viável no caso de não ser aceitável a proposta.[892] A norma, como se vê, confere significativo poder de atuação ao pregoeiro, que, no entanto, deve sempre voltar-se para o interesse administrativo que inspira o pregão.

O Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (L.C. 123/2006) criou regra nova quando participam do pregão tais empresas: encerrando-se os lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para oferecer nova proposta no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento, pena de preclusão.[893] Deve entender-se *a mais bem classificada* como aquela que tenha oferecido proposta cujo valor seja *de até* 5% da proposta oferecida pela empresa comum; somente até esse limite é que o Estatuto considera existente o empate (*empate presumido*), devendo-se destacar que o art. 45 foi todo ele dedicado a regular o procedimento dessa exata situação de empate. [894] A alteração implicou a impossibilidade de declarar-se, de plano, o vencedor da licitação, e isso porque deverá o pregoeiro dar ainda outra oportunidade à pequena empresa para apresentar nova proposta; sendo esta igual ou menor do que a da empresa originalmente vencedora, a contratação será firmada com a microempresa ou empresa de pequeno porte.[895]

12. Análise da Habilitação

Após a classificação é que o pregoeiro vai proceder à análise dos documentos referentes à habilitação.[896] Essa fase, no procedimento geral do Estatuto, é anterior à do julgamento das propostas. No pregão, portanto, *há inversão dessas etapas.*

Os documentos de habilitação devem estar previstos no edital, mas serão sempre exigíveis as certidões de regularidade junto às Fazendas Nacional, Estaduais e Municipais, quando for o caso, FGTS e Seguridade Social, bem como os documentos que comprovem a regularidade jurídica, a capacidade técnica e a qualificação econômico-financeira do vencedor. Dispensáveis, no entanto, serão os documentos que já figurem no SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado e Fornecedores (pertencente ao Governo Federal), bem como em sistemas

semelhantes mantidos pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Todavia, deve assegurar-se a todos os licitantes o direito de acesso aos dados consignados em tais sistemas.[897]

A grande vantagem do sistema de pregão é que, diversamente do que ocorre na Lei nº 8.666/93, *só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor*. Com isso, resta simplificado, sem qualquer dúvida, o procedimento de verificação desses documentos, sendo forçoso reconhecer que tal exame é trabalhoso e demorado se for feito em relação a todos os participantes da licitação.

Se o licitante vencedor for inabilitado, o pregoeiro analisará os documentos de habilitação apresentados pelo licitante que estiver em segundo lugar na ordem de classificação, e assim continuará procedendo até que encontre um licitante que atenda integralmente às condições de habilitação fixadas no edital.

13. Classificação Final e Recursos

A classificação final do certame rende ensejo a que o pregoeiro pratique ato administrativo declaratório, pelo qual seja apontado o vencedor definitivo do pregão (art. 4º, XV)

Para ser declarado vencedor final, o licitante deverá: 1) ter apresentado proposta compatível com o edital; 2) ter oferecido o menor preço; 3) ter sido considerado pelo pregoeiro como autor de preço aceitável; 4) ter sido devidamente habilitado.

O ato de declaração do vencedor pode ser objeto de *recurso* por parte de qualquer licitante. Deverá o interessado manifestar-se quanto à sua intenção de recorrer tão logo o pregoeiro faça a declaração, pena de ocorrer preclusão, inviabilizando a interposição do recurso. Exige a lei que tal manifestação seja feita *motivadamente*.[898] Em nossa opinião, deve interpretar-se a exigência da forma menos rigorosa possível, tendo em vista que, a ser diferente, pode ser obstaculizado o próprio direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurado constitucionalmente. O que a lei quer evitar é apenas que o recurso seja interposto por mero capricho ou temerariamente. Assim, a intenção de recorrer pode ser justificada apenas com a informação de que o licitante analisará melhor, no recurso, a legalidade ou não do resultado, inclusive socorrendo-se de seu advogado ou de outros profissionais

especializados na área.

Quanto ao recurso, a lei estabeleceu diferença entre a *manifestação* do intuito recursal e a *apresentação de razões recursais*. Aquela deve dar-se imediatamente na sessão; esta deve ocorrer no prazo de três dias *úteis*. A lei omitiu o adjetivo *"úteis"*, levando à interpretação de que seriam dias corridos; o Decreto nº 3.555, entretanto, supriu a omissão e fixou o prazo em *dias úteis*, que é o critério, aliás, que deve prevalecer por ser benéfico aos participantes.[899] Entendemos que semelhante interpretação deve ser também aplicada ao pregão realizado pelas demais entidades federativas, não só porque o sistema da Lei 8.666/93 é de dias úteis para os recursos (art. 109), como também porque poderia ser prejudicado o fator teleológico da lei. Os demais licitantes podem apresentar contrarrazões no mesmo prazo, e este terá início logo ao final do prazo do recorrente, termo inicial, aliás, para o qual terão sido previamente intimados ao momento em que o recorrente tiver manifestado a intenção de recorrer (art. 4º, XVIII).

O provimento do recurso implica a invalidação somente dos atos insuscetíveis de aproveitamento. Os demais não precisarão ser afetados, de modo que poderão permanecer quando for recomposto parcialmente o procedimento.

14. Adjudicação e Homologação

A lei, em que pese a falta de clareza, parece ter tratado a adjudicação e a homologação de forma diversa da adotada pela Lei nº 8.666/93. Nesta, como vimos, a autoridade competente primeiro homologa o ato de resultado final da Comissão de Licitação e, como efeito da homologação, surge a adjudicação, que é a atribuição ao vencedor do objeto da contratação.

De acordo com o novo diploma, a adjudicação parece preceder à homologação. Decididos os recursos, diz a lei, a autoridade competente (e não o pregoeiro) fará a adjudicação ao licitante vencedor. A homologação é prevista no dispositivo seguinte, dando a impressão, portanto, de ser posterior à adjudicação. [900]

O vencedor será convocado para assinar o contrato no prazo previamente designado no edital e, se não comparecer para a assinatura do prazo de validade de sua proposta, serão convocados, sucessivamente, os demais licitantes na ordem final de classificação (art. 4º, XXIII).

15. Vedações

Há três vedações expressas contempladas na lei para o pregão. Em primeiro lugar, não pode ser estabelecida qualquer *garantia de proposta*. Depois, é vedada a *aquisição do edital*, como condição para os interessados participarem da competição. Por fim, há a proibição do *pagamento de taxas e emolumentos*, ressalvado o valor correspondente ao custo de reprodução gráfica do edital e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.[901]

16. Sanções

Para evitar que certos interessados participem de modo indevido da licitação, foram previstas sanções para determinados comportamentos, considerados infrações administrativas. São condutas ilícitas: a) não celebrar o contrato, quando o vencedor é convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; b) deixar de entregar documentação exigida para o certame; c) apresentar documentação falsa; d) dar causa ao retardamento da execução do objeto do contrato; e) não manter a proposta; f) falhar ou fraudar na execução do contrato; g) assumir comportamento inidôneo; h) cometer fraude fiscal.

Assegurado ao participante o contraditório, tais infrações provocam a aplicação de várias sanções administrativas, como o impedimento e a suspensão de licitar e de contratar com a Administração por prazo de até cinco anos, enquanto subsistirem os motivos da apenação. Outro efeito é o de ser o infrator descredenciado do SICAF ou em sistemas semelhantes adotados em Estados, Distrito Federal e Municípios.[902]

17. Desfazimento

A Lei nº 10.520/2002 foi silente a respeito do desfazimento da licitação. O Decreto nº 3.555, todavia, previu a *anulação* do procedimento, em caso de ilegalidade, e de *revogação*, por razões de interesse público. Tais institutos, no entanto, são aplicáveis aos pregões realizados pelas demais entidades federativas, já que se trata de incidência supletiva do art. 49 da Lei nº 8.666/93, que a eles se refere para as licitações ali disciplinadas.

No caso de revogação, o administrador, tal como ocorre no Estatuto, não tem inteira liberdade de desfazer o processo. A revogação, por isso, é *condicionada*, vale

dizer, só pode ocorrer se os motivos administrativos se originarem de fato superveniente e devidamente comprovado, exigindo-se ainda que seja pertinente e suficiente para dar amparo ao ato de revogação.[903]

18. Formalização e Controle

A despeito da visível simplificação do procedimento do pregão em relação às modalidades previstas no Estatuto Geral, é necessário que haja controle da atuação administrativa.

Para propiciar o controle, exige-se que os atos essenciais do pregão, ainda quando oriundos de meios eletrônicos, sejam formalizados no processo respectivo.[904] Tratar-se-á, pois, de *processo administrativo*, indispensável à observância do princípio da publicidade e à função de auditoria e controle exercida pelos órgãos competentes.

XVIII. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

No Capítulo anterior, referimo-nos à promulgação da Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, que, na regulamentação dos arts. 170, IX e 179 da CF, instituiu o *Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*, formulando inúmeras normas específicas com o objetivo de propiciar a essas empresas tratamento favorecido e diferenciado.[905] Com o reconhecimento de sua importância no setor econômico, pretendeu o legislador conferir-lhes regime jurídico específico, ampliando seu acesso ao mercado e reduzindo ou eliminando entraves burocráticos que dificultam seu desenvolvimento.

Entre as normas instituídas, algumas guardam pertinência com as obrigações administrativas, ou seja, aquelas que resultam da relação jurídica firmada entre tais empresas e a Administração Pública. Comentamos as novidades em relação aos contratos administrativos e, a seguir, examinaremos as que surgiram no âmbito das licitações públicas. Contudo, reiteramos aqui o que consignamos em momento anterior: o tratamento diferenciado e favorecido previsto no art. 179 da CF reflete hipótese de exceção quando confrontado com o art. 37, XXI, da CF, que consagra o princípio da igualdade entre os licitantes. Por conseguinte, a exceção sobreleva à norma geral, mas, por outro lado, deverá limitar-se aos pressupostos nela enunciados.

Questão preliminar sobre o tema diz respeito à necessidade, ou não, de o *edital da licitação prever* expressamente a *concessão dos benefícios* às microempresas e empresas de pequeno porte. Para alguns estudiosos, torna-se necessário que o edital contemple a aplicação dos benefícios, sob o fundamento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.[906] Nesse aspecto, permitimo-nos rever posição anterior, no sentido da dispensa de menção editalícia.[907] Melhor examinando a matéria, parece-nos que, realmente, não se aplicam os critérios de tratamento diferenciado sem que haja expressa previsão no instrumento convocatório.[908] No silêncio deste, portanto, adotar-se-ão os critérios comuns estabelecidos no Estatuto.

Iniciamos abordando a importante alteração introduzida no que diz respeito à *regularidade fiscal* a ser comprovada pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Como já vimos, é a Lei nº 8.666/93 que indica os documentos exigidos para a comprovação de tal requisito (art. 29, I a IV). A regra geral é a de que essa prova seja produzida antecipadamente pelos participantes da licitação, sendo acomodados os documentos em envelope próprio, juntamente com os documentos relativos aos demais requisitos de habilitação. A L.C. 123/2006, porém, consignou que a regularidade fiscal, a ser comprovada pelas referidas empresas, somente deverá ser exigida *para efeito de assinatura do contrato*.[909] Desse modo, nada terão que comprovar durante a licitação, podendo mesmo ocorrer que nesse período a situação fiscal não esteja regularizada. Em consequência, esse requisito não será apreciado antes do julgamento do certame.

Embora não seja examinada até o julgamento, toda a documentação relativa à regularidade fiscal precisa ser apresentada pelas empresas durante o certame, ainda que a situação fiscal se revele irregular, como no caso de débitos e restrições (art. 43). Sem a apresentação de tais documentos, a empresa será inabilitada, não pela irregularidade fiscal, mas sim pela ausência da documentação atinente ao requisito legal.

Não sendo vencedora do certame a microempresa ou a empresa de pequeno porte, fica prejudicada a documentação comprobatória da regularidade ou não regularidade fiscal. Todavia, se vencer a licitação, assegura-se-lhe o prazo de dois dias úteis para *superar a restrição fiscal*, contado a partir do dia em que foi a empresa declarada vencedora. O prazo pode ser prorrogado por igual período, a critério da

Administração. Esta deverá levar em conta o tipo de providência a ser tomada pela empresa, como a regularização dos documentos, o pagamento ou parcelamento do débito e a emissão das devidas certidões.[910] O prazo, contudo, simples ou prorrogado, não pode ser desrespeitado pela Administração, ainda que a empresa não tenha conseguido dentro dele a regularização, pois que afinal já teria havido oportunidade para tanto desde o início do procedimento.

Registra a lei que a não regularização dos aludidos documentos rende ensejo a dois *efeitos*: o primeiro reside na *decadência* do direito à contratação, vale dizer, a empresa sofre a perda do direito em virtude da omissão; o segundo é a aplicação do art. 81 da Lei 8.666/93, em ordem a ser a omissão caracterizada como *descumprimento total da obrigação*, sujeitando-se a empresa às competentes sanções (art. 43, § 2º). Este último efeito, porém, só será produzido, segundo nosso entender, se a omissão resultar de conduta culposa da empresa, e não quando a não regularização for imputável a terceiros, inclusive órgãos públicos; sancionar a empresa por atos de terceiros ofenderia claramente o *princípio da proporcionalidade punitiva.*

Afastada a empresa vencedora pelo não cumprimento do requisito referente à regularidade fiscal, fica facultado à Administração optar entre a convocação dos licitantes remanescentes para assinar o contrato (observando-se, logicamente, a ordem de classificação) ou a revogação do certame. Esta última alternativa, entretanto, é a menos desejável, por exigir a instauração de novo procedimento, o que usualmente retarda a consecução das metas almejadas A primeira, ao contrário, torna aproveitável a licitação já realizada, sendo perfeitamente compatível com os princípios da economicidade e da eficiência.

Outra inovação da lei é o *critério de desempate*. O critério geral de desempate é o *sorteio* em ato público, como estabelece o art. 45, § 2º, do Estatuto das Licitações. Na L.C 123, porém, o critério recai na *preferência* de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.[911] Tratando-se de *critério legal*, dispensável se torna sua previsão no edital. A preferência decorre de empate entre uma dessas empresas e outra (ou outras) que não tenha a mesma qualificação jurídica. Por outro lado, se o empate se der entre duas dessas empresas, o critério não pode ser adotado, tendo-se, então, que recorrer ao critério geral previsto na Lei 8.666/93.

A lei criou várias normas concernentes ao *empate*. Numa delas, o legislador

considerou *empate* qualquer situação em que propostas oferecidas por microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais *ou até 10% (dez por cento)* superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, § 1º). Na outra, aplicável na modalidade de pregão, foi fixado em 5% o intervalo percentual para o mesmo caso de empate (art. 44, § 2º). Por conseguinte, além do *empate real*, a lei previu também o *empate presumido* (ou *fictício*).

No caso de *empate presumido*, a vitória de empresa comum não lhe assegura, de imediato, o direito à contratação: deverá permitir-se à microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada a oportunidade de oferecer proposta com preço inferior à daquela, e, se houver realmente essa proposta, a vitória na licitação será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte e a ela será adjudicado o objeto a ser contratado. Não sendo oferecida a nova proposta, a Administração deve convocar, para novas propostas, as remanescentes que estejam dentro dos limites dos já referidos percentuais observando a ordem de classificação. Caso nessa ordem haja propostas com valores idênticos, proceder-se-á a sorteio entre essas proponentes para selecionar aquela que terá o direito de oferecer primeiramente a proposta (art. 45, I a III).[912] Pode ocorrer que as microempresas e empresas de pequeno porte não exerçam o direito de preferência; nesse caso a contratação será firmada com a empresa que originalmente venceu a licitação. O procedimento acima, porém, não se aplica quando vencedora for microempresa ou empresa de pequeno porte: aqui o contrato deve ser celebrado diretamente com a vencedora. [913]

A L.C. 123/2006 não indicou *o meio* pelo qual serão *formalizadas as novas propostas* das microempresas ou empresas de pequeno porte. Considerando o sistema adotado pela Lei 8.666/93, sustentamos, em edições anteriores, que tais propostas deveriam ser oferecidas em documento escrito e devidamente envelopado. Melhor refletindo, porém, reconsideramos tal entendimento para admitir que, além da forma escrita, possa ser também oferecida *proposta verbal* na sessão de julgamento, cabendo à Comissão licitatória proceder ao registro do fato na respectiva ata. Há duas razões para tanto: primeiramente, porque já terão sido divulgadas as propostas na sessão de julgamento; depois, em respeito ao princípio da eficiência, reduzindo todo formalismo desnecessário no processo. A lei, portanto, criou uma brecha no sistema, admitindo a incidência do princípio da

oralidade em procedimento tipicamente escrito e formal.

No caso de *pregão*, a lei previu a convocação da microempresa para oferecer nova proposta no prazo máximo de *cinco minutos* após o encerramento *dos lances* (art. 45, § 3º). Como essa modalidade licitatória adota o princípio da oralidade, conforme consta da Lei nº 10.520/2002, as novas propostas deverão ser apresentadas em forma de *lances verbais*.[914] Aqui, portanto, a solução enseja menores dificuldades.

XIX. Serviços de publicidade

Como antecipamos no capítulo anterior, a Lei nº 12.232, de 29.04.2010, passou a dispor especificamente sobre licitação e contratação de serviços de publicidade. Já comentamos as inovações quanto aos contratos e neste ponto abordaremos, também de forma sucinta, as peculiaridades mais importantes do procedimento licitatório.

O primeiro ponto a considerar é o da obrigatoriedade de adotar os tipos "*melhor técnica*" ou "*técnica e preço*", regulados no art. 46 do Estatuto. Consequentemente, veda-se o emprego do tipo "menor preço", inadequado para o que alveja a Administração. Mas, dependendo do valor, podem ser adotados a concorrência, a tomada de preços e o convite.[915]

O edital deve ser acompanhado de um *"briefing",* no qual sejam oferecidas, de forma objetiva e clara, as informações que permitam a elaboração das propostas pelos interessados. Estes, por sua vez, apresentam duas propostas: uma técnica, composta por um plano de comunicação publicitária e por um quadro de informações relativas ao proponente, e outra de preço, que conterá quesitos representativos dos itens de remuneração existentes no mercado publicitário.[916]

Haverá duas comissões julgadoras: uma é a *subcomissão técnica,* incumbida de julgar as propostas técnicas, e a outra é a *comissão permanente* ou *especial*, responsável pelo julgamento das propostas de preço e pelo julgamento final. Para maior imparcialidade no julgamento, a subcomissão técnica será composta de, no mínimo, três integrantes formados na área de comunicação (ou correlata), sendo que, pelo menos, 1/3 deles não pode ter vínculo com a Administração.[917]

Reiterando o que tem previsto a legislação mais moderna, os documentos de habilitação somente serão apresentados pelos candidatos já classificados no julgamento final das propostas, após regular convocação.[918] Após o julgamento

da habilitação, será aberto prazo para recursos e, depois de serem estes apreciados, será homologado o procedimento e adjudicado o objeto licitado.

Não custa relembrar que as particularidades do procedimento contempladas na Lei nº 12.232/2010 desafiam aplicabilidade primária, cabendo a aplicação subsidiária do Estatuto naquilo que não confrontar as normas da lei especial.

É mister, no entanto, comentar sucintamente o que dispõe o art. 20 da lei quanto à extensão de sua aplicabilidade. Depois de dizer que se aplica às licitações "já abertas", o dispositivo ordena a aplicação "*aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação"*. A interpretação causa perplexidade. Primeiro, porque não se consegue saber que efeitos pendentes serão esses, nem como poderiam eles sofrer o influxo da nova lei. Depois, seja como for, o encerramento da licitação traduz ato jurídico perfeito, que não pode ser agredido por lei posterior (art. 5º, XXXVI, CF). Cuida-se, pois, de norma que, sobre ser inócua, espelha duvidosa constitucionalidade.[919]

Capítulo VII -

Serviços Públicos

I. Introdução

Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos. Trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõem. É conhecida a teoria de DUGUIT, segundo a qual os serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado. Desse momento em diante, porém, foi tão profunda a alteração introduzida na concepção das atividades estatais que na França se chegou a considerar que estava em crise a noção de serviço público.

Por força dessas dificuldades é que varia o conceito de serviço público entre os estudiosos da matéria, nacionais e estrangeiros.

Todavia, como nossa pretensão é a de colocar os temas com a maior simplicidade e dentro de linhas lógicas, quer-nos parecer que se deva esclarecer, de imediato, que a expressão *serviço público* admite dois sentidos fundamentais, um *subjetivo* e outro *objetivo*. No primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Nesse sentido, são serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. No sentido *objetivo*, porém, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Aqui nos abstraímos da noção de quem executa a atividade para nos prendermos à ideia da própria atividade.[920]

É no sentido *objetivo* que o tema será desenvolvido.

Mas as dificuldades não se exaurem na demarcação desses dois sentidos da expressão. Mesmo quando chegamos à ideia de serviço público como atividade, é preciso averiguar quais são os fatores que o caracterizam. E o tema também suscita discrepâncias, calcadas em enfoques especiais levados em consideração pelo

estudioso, o que nos leva a três correntes distintas.

A primeira baseia-se no *critério orgânico*, pelo qual o serviço público é o prestado por órgão público, ou seja, pelo próprio Estado. A crítica consiste em que essa noção clássica está hoje alterada pelos novos mecanismos criados para a execução das atividades públicas, não restritas apenas ao Estado, mas, ao contrário, delegadas frequentemente a particulares.

Há, ainda, o *critério formal*, que realça o aspecto pertinente ao regime jurídico. Vale dizer, será serviço público aquele disciplinado por regime de direito público. O critério é insuficiente, porque em alguns casos incidem regras de direito privado para certos segmentos da prestação de serviços públicos, principalmente quando executados por pessoas privadas da Administração, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Por fim, temos o *critério material*, que dá relevo à natureza da atividade exercida. Serviço público seria aquele que atendesse direta e essencialmente à comunidade. A crítica aqui reside no fato de que algumas atividades, embora não atendendo diretamente aos indivíduos, voltam-se em favor destes de forma indireta e mediata. Além disso, nem sempre as atividades executadas pelo Estado representam demandas essenciais da coletividade. Algumas vezes são executadas atividades secundárias, mas nem por isso menos relevantes na medida em que é o Estado que as presta, incumbindo-lhe exclusivamente a definição de sua estratégia administrativa.

A conclusão a que se chega é a de que, insuficientes os critérios, tomados de forma isolada, devem todos eles ser considerados na formação da moderna fisionomia que marca a noção de *serviço público*. Esse o sentido moderno que, segundo entendemos, se deve emprestar à noção. Dada a diversidade de critérios para a noção de *serviço público*, no entanto, é imperioso reconhecer que sua abrangência pode alcançar todo e qualquer serviço prestado pelo Estado; com menor amplitude, prestados, individual ou coletivamente, à coletividade; e, com sentido ainda mais restrito, apenas os que beneficiam especificamente certos indivíduos.[921]

II. Conceito

Não é difícil perceber que o realce de um ou de outro critério acaba por

ensejar conceitos díspares de serviço público. Como subsídio, e para estudo comparativo, convém apontar o conceito firmado por alguns estudiosos.

LAUBADÈRE denomina de serviço público *"toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral"*.[922]

MARCELO CAETANO assim define:

> *"Chamamos serviço público ao modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida".[923]*

Eis o enfoque dado por FRITZ FLEINER:

> *"Chamamos serviço público ao conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico".[924]*

DIEZ simplifica o conceito, considerando que serviço público *"é a prestação que a Administração efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral"*.[925]

Na doutrina pátria, também variam os conceitos. HELY LOPES MEIRELLES assim define:

> *"Serviço público é 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".[926]*

MARIA SYLVIA DI PIETRO, a seu turno, considera serviço público *"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 de direito público".[927]*

Em nosso entender, o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública. De forma simples e objetiva, conceituamos serviço público como *toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.*

III. Características

As características do serviço público resultam da própria formulação conceitual. Trata-se dos traços que conferem a fisionomia jurídica do instituto e guardam pertinência com quem presta o serviço; com o fim a que se destina o serviço; e com o regime jurídico sob a égide do qual é ele executado.

1. Sujeito Estatal

Visando a um interesse público, os serviços públicos se incluem como um dos objetivos do Estado. É por isso que são eles criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem também incumbe a fiscalização.

É claro que as relações sociais e econômicas modernas permitem que o Estado delegue a particulares a execução de certos serviços públicos. No entanto, essa delegação não descaracteriza o serviço como público, vez que o Estado sempre se reserva o poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar o serviço. Não é por outra razão que a Constituição atual dispõe no sentido de que é ao Poder Público que incumbe a prestação dos serviços públicos (art. 175).

2. Interesse Coletivo

Sendo gestor dos interesses da coletividade, o Estado não pode alvitrar outro objetivo senão o de propiciar a seus súditos todo o tipo de comodidades a serem por eles fruídas.

A grande diversidade dos interesses coletivos exige sua caracterização em *primários ou essenciais*, de um lado, e *secundários ou não essenciais*, de outro. Quando o serviço é essencial, deve o Estado prestá-lo na maior dimensão possível, porque estará atendendo diretamente às demandas principais da coletividade. Inobstante, ainda que seja secundário, a prestação terá resultado de avaliação feita pelo próprio Estado, que, por algum motivo especial, terá interesse em fazê-lo.

De uma ou de outra forma, contudo, os serviços públicos hão de vislumbrar o interesse coletivo, seja ele próximo ou remoto.

Registre-se, por oportuno, entretanto, que o caráter de essencialidade do serviço não tem parâmetros previamente definidos, variando de acordo com o lugar e o tempo em que a atividade é desempenhada. Com efeito, há países em que um determinado serviço se configura como essencial, ao passo que em outro não passa

de atividade secundária.

3. Regime de Direito Público

Como o serviço é instituído pelo Estado e alveja o interesse coletivo, nada mais natural que ele se submeta a regime de direito público.

Na verdade, não se precisa admitir que a disciplina seja integralmente de direito público, porque, como é sabido, alguns particulares prestam serviços em colaboração com o Poder Público. Embora nessas hipóteses incidam algumas regras de direito privado, nunca incidirão elas integralmente, sendo necessário que algumas normas de direito público disciplinem a prestação do serviço. Pode-se até mesmo dizer que nesses casos o regime será *híbrido*, predominando, porém, o regime de direito público quando em rota de colisão com o de direito privado.

Inúmeras são as normas de direito público aplicáveis aos serviços públicos, destacando-se a que impõe a fiscalização do serviço; a supremacia do Estado no que toca à execução; a prestação de contas e outras do gênero.

Existem algumas atividades que, exercidas por particulares, poderiam indiciar, numa ótica genérica, a prestação de um serviço público, tendo em vista que inegavelmente se destinam ao bem-estar de grupos sociais ou de comunidades específicas da sociedade. É o caso de assistência médica ou de ensino proporcionados por pessoas privadas, como entidades religiosas e organizações não governamentais. Numa visão jurídica, entretanto, tais atividades não constituem serviços públicos, porque não são executadas sob regime jurídico de direito público, mas sim dentro do âmbito normal das pessoas privadas que têm na solidariedade ou assistência social um de seus objetivos institucionais. Mesmo que o Poder Público tenha o poder de regular e fiscalizar essas atividades, a atuação estatal se faz dentro do âmbito normal de controle, e não sob um sistema normativo específico, destinado à detalhada disciplina da atividade. Por conseguinte, é mister distinguir: um posto médico municipal enseja a prestação de serviço público de assistência médica, mas um posto médico mantido por entidade religiosa reflete o exercício de atividade privada, embora também de assistência médica.

IV. Classificação

Variam as classificações em que os autores agrupam os serviços públicos. Em

alguns momentos, elas se identificam quanto ao conteúdo, mas recebem nomenclatura diversa. Consideramos que a importância da classificação está em agrupar-se, com precisão, serviços públicos diversos, levando-se em conta a extensão, o âmbito de incidência, a natureza etc. Entre todas, parece-nos que se deva adotar quatro classificações, que são as a seguir especificadas.[928]

1. Serviços Delegáveis e Indelegáveis

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc.

Serviços indelegáveis, por outro lado, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplifica-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços assistenciais etc.

Alguns serviços, embora delegáveis, são prestados pelo próprio Estado, mas o fato se deve a determinada diretriz política e administrativa que pretenda implementar, o que não impede que, em outro momento, sejam executados por terceiros. Já os indelegáveis são inerentes ao Poder Público centralizado e a entidades autárquicas e fundacionais e, em virtude de sua natureza específica, não podem ser transferidos a particulares, para segurança do próprio Estado.

O aspecto da essencialidade, apontada por eminentes publicistas, apresenta-se, em nosso entender, com linhas de certo modo imprecisas. A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los.

A classificação ora comentada corresponde, com mínimas alterações, à de *serviços próprios* e *impróprios*, adotada por alguns doutrinadores.[929] Semelhante nomenclatura, *venia concessa*, não tem a exatidão desejável: de fato, se os serviços se destinam à coletividade, não há como deixar de considerá-los *próprios*. Em nosso entender, é a delegabilidade ou não do serviço que demarca a sua natureza. Por outro lado, a classificação em *serviços essenciais* e *não essenciais* padece da mesma

imprecisão, pois que se trata de juízos de valor sujeitos à alteração dependendo do tempo e lugar. Como é sabido, o que é essencial para uns poderá não o ser para outros; daí ser subjetiva essa valoração.[930]

2. Serviços Administrativos e de Utilidade Pública

O Estado, ao prestar serviços públicos, sempre se volta aos interesses da coletividade. Mas a fruição dos serviços pode ser direta ou indireta. De fato, quando executa serviços de organização interna, o Estado, embora atendendo à conveniência sua, beneficia indiretamente a coletividade.

Por essa razão, consideram-se *serviços administrativos* aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, como o que implanta centro de pesquisa ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos.

Já os *serviços de utilidade pública* se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Entre eles estão o de energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino etc.

3. Serviços Coletivos e Singulares

Serviços coletivos (uti universi) são aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de implantação do serviço de abastecimento de água, de prevenção de doenças e outros do gênero.

Já os *serviços singulares (uti singuli)* preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos. Exemplos desses serviços são os de energia domiciliar ou de uso de linha telefônica.

Os primeiros são prestados de acordo com as conveniências e possibilidades administrativas e, desse modo, não têm os indivíduos direito subjetivo próprio para sua obtenção, muito embora possam suas associações mostrar à Administração a necessidade de serem atendidos. Os serviços singulares, ao revés, criam direito subjetivo quando o indivíduo se mostra em condições técnicas de recebê-los. Se o serviço é prestado a outro que esteja na mesma situação jurídica, pode o interessado pleitear que a prestação também o alcance. A não ser assim, vulnerado estaria o princípio da impessoalidade (art. 37, CF). Ocorrendo a vulneração, poderá o

prejudicado recorrer à via judicial para reconhecimento de seu direito.[931]

4. Serviços Sociais e Econômicos

Serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Evidentemente, tais serviços, em regra, são deficitários, e o Estado os financia através dos recursos obtidos junto à comunidade, sobretudo pela arrecadação de tributos. Estão nesse caso os serviços de assistência à criança e ao adolescente; assistência médica e hospitalar; assistência educacional; apoio a regiões menos favorecidas; assistência a comunidades carentes etc.

De outro lado, os *serviços econômicos* são aqueles que, embora classificados como *serviços públicos*, rendem ensejo a que o prestador aufira lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial). Não são deficitários, portanto, como os serviços sociais. Exemplos comuns são os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos e outros do gênero.

Cumpre distinguir os *serviços econômicos* das *atividades privadas eminentemente econômicas*: aqueles, como já se viu, são serviços públicos, ao passo que estas não se caracterizam como tais, refletindo apenas interesses próprios de empresas privadas. Os serviços públicos econômicos tanto podem ser prestados pelo Estado diretamente, como por pessoas administrativas (empresas públicas e sociedades de economia mista) e entidades do setor privado, através do regime de delegação. As atividades tipicamente econômicas são destinadas, em princípio, às empresas privadas, como assinala o art. 170, parág.único, da CF, que consagra o princípio da livre iniciativa. Contudo, por exceção, podem ser exercidas pelo Estado (art. 173, *caput*, CF) e por empresas públicas e sociedades de economia mista, entes de sua administração indireta (art. 173, § 1º, CF). É o caso, por exemplo, da exploração de minérios e minerais nucleares, atividade econômica objeto de monopólio estatal (art. 177, CF).

Nem sempre é inteiramente exata e precisa a linha que demarca os serviços públicos econômicos e as atividades econômicas privadas. Por isso, surgem divergências em algumas hipóteses. Uma delas foi a que ocorreu com o *serviço postal*,

atividade executada por empresa pública federal.[932] O STF, em decisão sobre o tema, teve vários votos com conteúdo e extensão divergentes, considerando a recepção, ou não, da legislação anterior pertinente pela vigente Constituição. Prevaleceu a tese do sentido mais amplo para o serviço postal, mas houve votos para excluir do conceito as encomendas e impressos, como também para assegurar-se o monopólio apenas para carta, cartão postal e correspondência agrupada, não abrangendo, portanto, boletos, contas de luz, água e telefone, jornais, livros ou qualquer tipo de encomendas ou impressos.[933]

V. Titularidade

1. Competência

Sendo a federação o modelo adotado no Brasil, indispensável se torna perquirir qual a entidade federativa competente para instituir, regulamentar e controlar os diversos serviços públicos. Para tanto, será necessário compulsar as linhas que traçam a própria competência constitucional conferida à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Desde já, portanto, se permite, sob a ótica federativa, considerar os serviços públicos como *federais, estaduais, distritais e municipais*.

A vigente Constituição adotou, desta feita, o sistema de apontar expressamente alguns serviços como sendo comuns a todas as pessoas federativas, continuando, porém, a haver algumas atividades situadas na competência privativa de algumas esferas.

Desse modo, parece-nos pertinente registrar que, quanto a este aspecto, podemos defrontar-nos com *serviços comuns* e *serviços privativos*.

Serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação. Como exemplo, temos a emissão de moeda, serviço postal e polícia marítima e aérea, privativos da União (art. 21, VII, X e XXII, CF); o serviço de distribuição de gás canalizado, privativo dos Estados (art. 25, § 2º, CF); a arrecadação de tributos municipais e o transporte coletivo intramunicipal, conferidos aos Municípios (art. 30, III e V, CF).

Tendo em vista que o sistema de partilha constitucional de competências apresenta algumas complexidades, não raras vezes tem sido declarada a inconstitucionalidade de leis que invadem a competência legislativa privativa de

outro ente federativo. A inconstitucionalidade, no caso, é irremediável: se a competência foi reservada a determinada pessoa federativa, nenhuma outra poderá exercê-la. Apenas à guisa de exemplos: leis estaduais não podem dispor sobre licenciamento e utilização de motocicletas e ciclomotores para o transporte de passageiros; trata-se de competência de lei federal (art. 22, XI, CF).[934] Da mesma forma, o Estado não pode disciplinar serviços de energia elétrica, que competem à União (art. 22, IV, CF).[935] Também não pode fazê-lo no que toca ao serviço de transportes coletivos (intramunicipais), de competência dos Municípios (art. 30, V, CF).[936] Ainda: Estados e Distrito Federal não podem dispor sobre consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias, visto se tratar de competência da União (art. 22, XX, CF).[937]

Serviços comuns, ao contrário, são os que podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa. A Constituição enumerou vários serviços comuns no art. 23, referindo expressamente a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Entre eles estão os serviços de saúde pública (inc. II); promoção de programas de construção de moradias (inc. IX); proteção do meio ambiente e preservação das florestas, fauna e flora (incs. VI e VII), entre outros.[938]

No que tange a tais serviços, a Constituição, no art. 23, parágrafo único, previa a edição de *lei complementar* (federal, adite-se) com a fixação de normas para regular a *cooperação* entre as entidades federativas, visando ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, tudo no intuito de implementar-se um federalismo efetivamente cooperativo. A previsão, que aludia à promulgação de *diploma único*, nunca se concretizou. A Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006, alterou o dispositivo, passando a prever a edição de *leis complementares* para o mesmo objetivo. A alteração foi para melhor, porque a cooperação mútua para cada setor de serviços comuns poderá ser regulada em lei complementar própria, em atendimento às peculiaridades que o setor apresente. De qualquer modo, a edição dessa lei complementar é *conditio sine qua* para a disciplina de cooperação recíproca, de modo que também não terá eficácia a alteração processada pela EC 53/2006 se nenhuma lei complementar reguladora vier a lume.

Importante assinalar a relevância do critério relativo à *extensão territorial dos interesses* a serem alcançados pela prestação do serviço. De fato, tratando-se de serviço que abranja toda a extensão territorial do país, deverá ele ser prestado pela

União. Se abranger todo o Estado, ultrapassando, pois, os limites municipais, deve ser prestado por aquele. E aos Municípios caberá prestar aqueles que sejam de interesse local e, portanto, dentro dos seus limites territoriais.

A propósito, tem lavrado funda divergência na doutrina acerca da competência para a prestação dos serviços de fornecimento de água e saneamento urbano, e isso em virtude de serem tais serviços prestados pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, o que gerou a instituição, em alguns casos, de pessoas da administração indireta estadual (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Em nosso entendimento, no entanto, a competência privativa para tais serviços é atualmente do Município, conforme consigna a Constituição no art. 30, I (assuntos de interesse local) e V (organização e prestação dos serviços públicos de interesse local). Para tanto, porém, o Município deve estar devidamente aparelhado com equipamentos e pessoal especializado, o que nem sempre tem ocorrido; nessa hipótese, a entidade estadual continua executando o serviço, que, por ser de inegável essencialidade, não pode ser paralisado, sob pena de causar imenso gravame à coletividade.[939] O ente municipal, por outro lado, não perde sua competência no caso de integrar região metropolitana, esta prevista no art. 25, § 3º, CF. Na verdade, os Estados podem estabelecer restrições relativas ao *interesse regional* ou prestar serviços que ultrapassem os limites de um Município. Veda-se-lhes, todavia, que interfiram nos serviços de *interesse local*, de que é exemplo o serviço de saneamento básico – serviço da competência privativa do ente municipal.[940]

O desejável, contudo, é que o Estado e os Municípios da região firmem convênios ou consórcios para que a prestação do serviço tenha, ao mesmo tempo, caráter global para a região e específico para cada ente municipal. Tais acordos – é óbvio – dependem de estarem os entes federativos efetivamente direcionados para o interesse público, fato que, infelizmente, não tem ocorrido. Mas deveria, pois que isso é que constitui o real federalismo cooperativo alvitrado pela Constituição.

A Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que dispõe sobre diretrizes gerais para o *saneamento básico*, passou ao largo da discussão sobre a titularidade desse tipo de serviço, embora o tenha classificado em quatro categorias, cada uma com sua infraestutura própria: a) abastecimento de água potável; b) esgotamento sanitário; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; d) drenagem e manejo das águas

pluviais urbanas (art. 3º, I, "a" a "d"). O legislador, entretanto, não deixou de prever que, tendo em vista a natureza desse tipo de serviço, os entes federativos envolvidos devem prestá-lo pelo regime de gestão associada na forma prevista no art. 241 da CF (art. 3º, II), inclusive através da celebração de consórcios públicos, regulados pela Lei nº 11.107/2005 (art. 8º).[941]

2. Regulamentação

Os serviços públicos só podem ser executados se houver uma disciplina normativa que os regulamente, vale dizer, que trace as regras através das quais se possa verificar como vão ser prestados. Essa disciplina regulamentadora, que pode se formalizar através de leis, decretos e outros atos regulamentares, garante não só o Poder Público como também o prestador do serviço e, ainda, em diversas ocasiões, os próprios indivíduos a que se destina.

A regulamentação do serviço público cabe à entidade que tem competência para prestá-lo. O poder de regulamentar encerra um conjunto de faculdades legais para a pessoa titular do serviço. Pode ela, de início, estabelecer as regras básicas dentro das quais será executado o serviço. Depois, poderá optar por executá-lo direta ou indiretamente, e, neste caso, celebrar contratos de concessão ou firmar termos de permissão com particulares, instituindo e alterando os meios de execução e, quando se fizer necessário, retomá-lo para si.

Como o objetivo é atender à coletividade, podem os órgãos públicos, como bem salienta FLEINER, remover quaisquer obstáculos que possam dificultar ou impedir a execução do serviço.[942]

3. Controle

Além do poder de regulamentação, a competência constitucional para a instituição do serviço confere ainda o poder de controlar sua execução.

O controle, diga-se de passagem, é inerente à titularidade do serviço. Se a determinada pessoa federativa foi dada competência para instituir o serviço, é não só faculdade, mas dever, o de aferir as condições em que é prestado, sobretudo porque essa aferição traz repercussão na esfera dos indivíduos beneficiários do serviço.

O controle pode ser *interno*, quando a aferição se voltar para os órgãos da Administração incumbidos de exercer a atividade. A hierarquia e a disciplina são

fatores intrínsecos a essa forma de controle. Pode ainda o controle ser *externo*, quando a Administração procede à fiscalização de particulares colaboradores (concessionários e permissionários), ou também quando verifica os aspectos administrativo, financeiro e institucional de pessoas da administração descentralizada. Em todos esses casos, deve a entidade federativa aferir a forma de prestação, os resultados que tem produzido, os benefícios sociais, a necessidade de ampliação, redução ou substituição, e, enfim, todos os aspectos que constituam real avaliação do que está sendo executado.[943]

VI. Princípios

Sendo voltados aos membros da coletividade, os serviços públicos a cargo do Estado ou de seus delegados devem obedecer a certos *standards* compatíveis com o prestador, os destinatários e o regime a que se sujeitam. Como bem anota VEDEL, há aspectos particulares a cada tipo de serviço, mas, de outro lado, avultam outros vetores, de caráter genérico, que devem estar presentes na prestação de todas as modalidades.[944] Esses aspectos genéricos constituem os princípios regedores dos serviços públicos. Vejamos tais princípios, na forma como apontados pelos doutrinadores.

1. Princípio da Generalidade

O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos.

Mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia ou, mais especificamente, da impessoalidade (art. 37, CF).[945] Alguns autores denominam esse modelo como princípio da igualdade dos usuários, realçando, portanto, a necessidade de não haver preferências arbitrárias.[946]

2. Princípio da Continuidade

Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção,

ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.

Merece destaque, neste passo, breve consideração sobre a *suspensão* do serviço público, matéria que tem trazido algumas discrepâncias nos Tribunais e entre os juristas.

O assunto deve ser examinado sob dois ângulos. O primeiro consiste na hipótese em que o usuário do serviço deixa de observar os requisitos técnicos para a prestação. Neste caso, o Poder Público pode suspender a prestação do serviço, pois que, se lhe incumbe prestá-lo, compete ao particular beneficiário aparelhar-se devidamente para possibilitar a prestação. Readequando-se às necessidades técnicas ensejadoras do recebimento do serviço, o usuário tem o direito a vê-lo restabelecido.

Solução diversa ocorre quando o usuário deixa de pagar o serviço. A despeito de algumas divergências, e com o abono de alguns estudiosos, entendemos que se deva distinguir os serviços compulsórios e os facultativos. Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. É o que sucede, por exemplo, com os serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessões de serviços públicos (art. 6º, § 3º, II).[947] Tratando-se, no entanto, de serviço compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impôs coercitivamente, como também porque, sendo remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para cobrança da dívida. Tais soluções são as que nos parecem mais compatíveis na relação Estado-usuário.

A suspensão do serviço pode decorrer também de situação de emergência, ou, após prévio aviso, por *razões técnicas* ou de *segurança* nas instalações. A interrupção, nessa hipótese, não se caracteriza como descontinuidade do serviço e, por isso, o prestador não fere o princípio da continuidade.[948] Incorrerá em ilicitude, porém, se, não havendo emergência, deixar de efetuar a prévia comunicação pública sobre a paralisação temporária do serviço.

Desperta alguma controvérsia a questão relativa à indenização pelo prestador no caso de suspensão do serviço por motivos de ordem técnica. Pode a lei estabelecer limite de tolerância para que o serviço seja licitamente interrompido, ou delegar à Administração o poder de fazê-lo. Contudo, no silêncio da lei, entendemos que o usuário deve ser indenizado pelos prejuízos que comprovar, decorrentes da paralisação, ainda que o executor tenha feito a comunicação prévia. O fundamento reside não somente na responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo, a que se sujeita o fornecedor do serviço *ex vi* do art. 37, § 6º, da CF, como também no Código de Defesa do Consumidor, pelo qual o fornecedor responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos ao consumidor por defeitos relativos à prestação do serviço (art. 14).[949] A responsabilidade só estará excluída se a suspensão for provocada por fatos da natureza (tempestades, raios etc) ou de terceiros (furto de fiação, por exemplo).

A despeito da funda controvérsia que lavra a respeito do tema, a doutrina tem consignado que os serviços públicos específicos e divisíveis podem ser remunerados por *taxa* ou por *preço* (do qual a *tarifa* é uma das modalidades). No primeiro caso, os serviços são prestados pelo Estado investido de seu *ius imperii,* sendo inerentes à sua soberania, de forma que não podem ser transferidos ao particular, pois que, afinal, visam apenas a cobrir os custos da execução (ex.: taxa de incêndio ou taxa judiciária); no segundo, a remuneração tem natureza contratual, e os serviços, que possibilitam a obtenção de lucros, podem ser delegados a particulares, e o próprio Estado, quando os executa, despe-se de sua potestade, atuando como particular (tarifas de transportes, de energia elétrica, de uso de linha telefônica ou, com algumas divergências, de consumo de água).[950]

No que tange ao serviço de abastecimento de água, tem havido muitas divergências quanto à suspensividade, ou não, do serviço. Há entendimentos no sentido de que não pode ser suspenso pelo prestador porque é imposto obrigatoriamente pelo Poder Público e remunerado por taxa.[951] Há, inclusive, decisões judiciais nesse mesmo sentido.[952]

Entendemos, todavia, que diversa é a tendência atual, porque, diante das várias privatizações desse serviço através do regime de concessão, passou a atividade a ter maior caráter negocial, sendo paga, portanto, por tarifa, e, desse modo, suscetível de suspensão por falta de pagamento. Já há, inclusive, algumas decisões adotando essa

posição. O próprio STF, reiterando posição já assumida anteriormente, decidiu expressamente que remuneração do serviço de água se caracteriza como preço público (tarifa) e, por via de consequência, não tem natureza tributária, podendo, assim, ser fixado por decreto do Poder Executivo.[953] Parece-nos ser essa, realmente, a melhor orientação.[954]

O STJ não discrepou dessa posição, bem equacionando a questão. Admitindo a interrupção do fornecimento em virtude de inadimplemento do usuário, entendeu que a norma de incidência não seria a do art. 22, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a continuidade dos serviços essenciais, mas sim a do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que, disciplinando as concessões de serviços públicos, autoriza expressamente aquela providência por parte do concessionário.[955] Levada a questão à 1ª Seção do mesmo tribunal, restou confirmada a posição – irreparável, aliás, segundo nosso pensamento.[956] Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal, peremptoriamente, classificou a contraprestação do usuário como *tarifa*.[957]

Não obstante, a suspensão do serviço só é admissível no caso de *débitos atuais*, ou seja, os que provêm do próprio mês de consumo, ou, ao menos, dos anteriores próximos. Em se tratando de *débitos pretéritos*, isoladamente considerados, deve o concessionário valer-se dos meios ordinários de cobrança; a não ser assim, o consumidor estaria sofrendo inaceitável constrangimento, o que é vedado no Código de Defesa do Consumidor.[958] Por outro lado, o novo usuário não pode sofrer a suspensão do serviço por débito do usuário antecedente. A prestação do serviço, remunerada por *tarifa,* gera obrigação de caráter *pessoal,* e não *propter rem*, como seria o caso de tributo.[959]

Regulando a matéria concernente ao saneamento básico, a Lei nº 11.445, de 05.01.2007, pôs uma pá de cal na controvérsia. De acordo com a nova lei, os serviços de *abastecimento de água* e *esgotamento sanitário*, ambos espécies dos serviços gerais de *saneamento básico*, devem ser remunerados preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, podendo ser fixados para apenas um deles ou para ambos (art. 29, I). Consequentemente, a mesma lei admite que os serviços possam ser interrompidos pelo prestador, entre outras razões, em virtude do *"inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado"* (art. 40, V).

A suspensão do serviço, então, somente será admissível se for remunerado por preço público (tarifa), ainda que tenha natureza compulsória, estabelecida em lei. Apesar dessa posição, razoavelmente pacificada, há decisões que entenderam inadmissível a suspensão do serviço, mesmo pago por tarifa, quando usuário é o Poder Público. No caso, invoca-se o argumento de que prédios públicos não podem deixar de funcionar, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado.[960]

Não nos parece, *concessa maxima venia,* a melhor posição. O Poder Público, nessas hipóteses, age como mero contratante de serviços e, se é inadimplente com tais obrigações de natureza negocial, é porque os administradores são incompetentes, para dizer o mínimo. Assim, a empresa prestadora do serviço não pode ser compelida a prestá-lo, sob pena de relegar a segundo plano o equilíbrio econômico-financeiro que lhe é assegurado pelo contrato de concessão. O que se deve fazer é promover a responsabilidade política, administrativa e criminal dos agentes responsáveis por esse inaceitável descumprimento. É justo reconhecer, contudo, que, pelo menos, já se admitiu (corretamente, aliás) a interrupção do serviço de energia elétrica por inadimplência de empresa prestadora de serviço público essencial de interesse coletivo; tal decisão evidencia a natureza contratual do serviço de energia elétrica.[961]

Em outra decisão, o STJ procurou conciliar a situação de inadimplência e a natureza do devedor. Sendo inadimplente Município na obrigação do pagamento da tarifa de energia elétrica, ficou decidido que a suspensão do serviço poderá atingir certos órgãos (ginásio de esportes, piscina municipal, biblioteca, almoxarifado, paço municipal, a Câmara Municipal, Correios, velório, oficinas e depósito), mas não poderia alcançar serviços essenciais (escolas, hospitais, usinas, repartições públicas). [962] O entendimento é razoável em virtude do prejuízo que sofre a população, mas – repita-se – deveria providenciar-se a responsabilidade dos administradores inadimplentes, maus gestores dos recursos públicos.

No que tange ao serviço de abastecimento de água, a Lei nº 11.445, de 05.01.2007, passou a estabelecer que a interrupção do serviço em virtude de inadimplência deve obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas, quando se tratar de: a) estabelecimentos de saúde; b) instituições educacionais; c) instituições de internação

coletiva de pessoas; d) usuário residencial de baixa renda, beneficiário de tarifa social (art. 40, § 3º). Nota-se, pois, que o legislador atendeu a situações de caráter eminentemente social, sujeitas, por isso mesmo, a uma disciplina especial. Por outro lado, dois aspectos merecem destaque. Primeiramente, a lei não isentou tais destinatários do pagamento da tarifa, mas apenas admitiu procedimento especial para a interrupção do serviço. Outrossim, não fez qualquer referência a pessoas estatais, de onde se depreende que nenhuma benesse devia ser-lhes concedida quando não honrassem sua obrigação de pagar pela prestação do serviço.[963]

Por isso mesmo, tem suscitado controvérsia a denominada *tarifa mínima,* particularmente com relação ao serviço de consumo de água. Alguns advogam o entendimento de que, em se tratando de tarifa, não pode ser fixado valor mínimo para ela, eis que não teria havido uso do serviço. O STJ, no entanto, já decidiu em contrário, assentando que *"a utilização obrigatória dos serviços de água e esgoto não implica que a respectiva remuneração tenha a natureza de taxa"*, invocando, para tanto, precedentes do Supremo Tribunal Federal. Aduziu o referido Tribunal que *"o preço público tem natureza diversa do preço privado, podendo servir para a implementação de políticas governamentais no âmbito social"*, sendo, pois, legítima a cobrança de tarifa mínima. [964] Costuma-se invocar também, como fundamento da cobrança, a necessidade de manutenção geral da rede dos serviços. Entretanto, algumas vozes se têm levantado contra a cobrança.[965] No futuro, tornar-se-á necessário repensar o sistema, de forma a que a cobrança da tarifa atinja somente aqueles que efetivamente se utilizem do serviço; essa é, aliás, a peculiaridade de que se reveste. Não obstante, aqui e ali se encontra certa tendência de suprimir esse tipo de pagamento.[966]

3. Princípio da Eficiência

Deve o Estado prestar seus serviços com a maior eficiência possível. Conexo com o princípio da continuidade, a eficiência reclama que o Poder Público se atualize com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio.

Fator importante para a Administração reside na necessidade de, periodicamente, ser feita avaliação sobre o proveito do serviço prestado. Desse modo, poderá ser ampliada a prestação de certos serviços e reduzida em outros

casos, procedendo-se à adequação entre o serviço e a demanda social.[967]

A Constituição Federal, referindo-se ao regime das empresas concessionárias e permissionárias, deixou registrado que tais particulares colaboradores, a par dos direitos a que farão jus, têm o dever de manter adequado o serviço que executarem, exigindo-lhes, portanto, observância ao princípio da eficiência (art. 175, parágrafo único, IV).

É tanta a necessidade de que a Administração atue com eficiência, curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções, que a Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu no art. 37 da CF o *princípio da eficiência* entre os postulados principiológicos que devem guiar os objetivos administrativos, como já tivemos a oportunidade de consignar (vide Cap. I, V, 1.5).

4. Princípio da Modicidade

Significa este princípio que os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço.

Parece-nos acertado o pensamento segundo o qual esse princípio *"traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos".*[968]

VII. Remuneração

A questão da remuneração dos serviços públicos tem relação com o próprio conceito de *prestação*. DIEZ destaca que, no sentido técnico, prestação *"é uma atividade pessoal que um sujeito deve efetuar em benefício de outro sujeito a quem se proporciona uma utilidade concreta e em virtude de uma relação jurídica de natureza obrigatória entre as duas partes".*[969]

Ocorre que, na relação de direito público, a prestação efetivada pelo Poder Público nem sempre recebe o correspectivo pecuniário, o que leva ao reconhecimento de que os serviços, como primeira caracterização, podem ser *gratuitos* e *remunerados*.

Os serviços gratuitos têm cunho basicamente social e devem levar em conta fatores singulares de indivíduos ou de comunidades. Gratuitos, como regra, devem ser os serviços de assistência médica, educação, apoio a coletividades carentes etc. Não obstante, nada impede que, em serviços dessa natureza, possa ser cobrada remuneração (normalmente taxa) de algumas pessoas em favor de outras de baixa condição socioeconômica, em nome do princípio da solidariedade e da inclusão social, não constituindo óbice o fato de o órgão ser beneficiário de orçamento público.[970]

Quando, porém, os indivíduos têm obrigação pecuniária como contraprestação do serviço, diz-se que o serviço é remunerado. A forma de remuneração também é variável. Em primeiro lugar, alguns serviços são remunerados por *taxas*, espécie de tributo prevista para esse fim (art. 145, II, CF). Quando o serviço é obrigatório, ou seja, imposto aos administrados, será ele remunerado por taxa. É o caso do serviço de prevenção de incêndio ou coleta de lixo.

No que tange a este último serviço, torna-se ainda importante distinguir o serviço de coleta individual regular dos resíduos sólidos, de um lado, e o de limpeza pública consistente em varrição, lavagem e capinação das vias e logradouros públicos, e no desentupimento de bueiros, de outro. O primeiro enseja a remuneração por taxa porque implica a presença dos requisitos da divisibilidade e especificidade, bem como o exercício do poder de polícia, exigidos pelo citado mandamento constitucional,[971] mas o segundo tem caráter geral e constitui atividade típica do Poder Público e essencial para a coletividade, de onde se infere que seus custos devem ser cobertos pelos recursos advindos do pagamento dos impostos em geral.[972] A propósito, já se pacificou o entendimento de que não vulnera o art. 145, II, da CF, a cobrança de taxa exclusivamente em virtude da prestação dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos oriundos de imóveis – considerados específicos e divisíveis.[973] Ressalve-se, porém, que essa cobrança tem que estar completamente dissociada de outros serviços de limpeza pública, como, por exemplo, de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos.[974] É viável, ainda, o serviço de coleta de lixo extraordinário, destinado a pessoas físicas e jurídicas que produzem resíduos em quantidade excessiva e superior à produção normal; tal serviço pode ser objeto de

concessão e sua remuneração se faz por tarifa.[975]

Em relação ao serviço de distribuição de água, a matéria tem-se revelado objeto de algumas controvérsias, como já tivemos a oportunidade de salientar.[976]

A remuneração é devida ainda que o usuário não utilize o serviço; basta, como registra a Constituição, que o serviço seja posto à sua disposição. Como é imposto em caráter obrigatório, domina o entendimento da doutrina e da jurisprudência, com alguma controvérsia, no sentido de que esse tipo de serviço não pode ser objeto de suspensão por parte do prestador, até mesmo porque tem ele a possibilidade de valer-se das ações judiciais adequadas, inclusive e principalmente a execução fiscal contra o usuário inadimplente.

De outro lado, pode ocorrer que, em virtude de política pública com objetivos previamente estabelecidos, a remuneração tenha *parâmetros diferenciados* de cobrança conforme a existência de certos elementos específicos quanto à obtenção do serviço. No caso do abastecimento de água, por exemplo, a cobrança pode ser diferenciada considerando-se a *categoria dos usuários* e as *faixas de consumo*.[977] Ali o parâmetro decorre de política de justiça social, no sentido de onerar menos os usuários de menor categoria social;[978] aqui, de controle do uso, onerando-se quem consome maiores quantidades, sobretudo em se tratando de recurso natural limitado e, por isso, suscetível de proteção pelo governo.

Advirta-se, todavia, que a cobrança da taxa só é legítima se o serviço público, prestado ou disponibilizado ao usuário, for específico e divisível, como expressa o art. 145, II, da Constituição. Será específico, quando tiver linhas próprias de identificação, e divisível, quando o usuário receber parcelas individualizadas do serviço.[979] Por tal motivo, não pode ser imposta taxa para remunerar serviços de destinação genérica. O STF, aliás, já assentou, em correta orientação, a nosso ver, que o serviço de iluminação pública, em virtude de sua generalidade e indiscriminação, não pode ser remunerado por taxa.[980]

Os serviços facultativos são remunerados por *tarifa*, que é caracterizada como preço público. Aqui o pagamento é devido pela efetiva utilização do serviço, e dele poderá o particular não mais se utilizar se o quiser. Considera-se que nessa hipótese o Estado, ou seus delegados, executem serviços econômicos (industriais ou comerciais), o que dá lugar à contraprestação. Exemplo desse tipo de serviço é o de energia elétrica e de transportes urbanos. Sendo tais serviços de livre utilização

pelos usuários, já que inexiste qualquer cunho de obrigatoriedade, tem-se entendido, a nosso ver com toda a coerência, que podem ser suspensos pelo prestador se o usuário não cumprir seu dever de remunerar a prestação. Porém, quitando seu débito, o usuário tem direito ao fim da suspensão e, em consequência, à nova fruição do serviço.[981]

O débito tarifário, contudo, não pode ser transferido ao novo usuário do serviço essencial, e isso porque não é deste último a inadimplência para com o concedente.[982] A propósito, cabe observar que, na locação de imóvel, cabe ao locatário, que utiliza realmente o serviço, o ônus de pagar a tarifa, e não ao locador, se este estava quite com o prestador, e isso porque não se trata de tributo, situação que redundaria em obrigação *propter rem.* Assim, o débito recai sobre aquele que foi o efetivo consumidor do serviço.[983]

No que concerne ao serviço de abastecimento de água, além da denominada *tarifa mínima,* já comentada anteriormente, tem sido admitida a *tarifa por estimativa,* quando o prestador do serviço ainda não instalou o equipamento de medição (hidrômetro). Mas, se há inércia irrazoável do prestador, ou resistência para proceder à instalação, torna-se incabível a cobrança por estimativa.[984] Na verdade, cabe ao ente titular do serviço impor ao prestador a instalação do equipamento, de modo a aferir-se o consumo de cada usuário, respeitando-se, então, o princípio da eficiência. Por outro lado, no caso de tarifa mínima, se um condomínio só tem um instrumento de medição, não pode a concessionária multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, com desprezo pela utilização efetiva.[985]

Matéria que suscita alguma dúvida é a que diz respeito à *prescrição* da pretensão à *repetição de indébito* de tarifas. Não sendo tributo, inaplicável é a prescrição prevista no CTN – Código Tributário Nacional.[986] Por outro lado, embora o usuário seja consumidor, não se trata de defeito na prestação do serviço, o que torna inviável a incidência do CDC – Código de Defesa do Consumidor.[987] Resulta, pois, que, inaplicáveis as leis especiais, é de adotar-se a prescrição fixada no Código Civil. [988] A jurisprudência já consagrou tal entendimento.[989]

A despeito de serem as taxas e as tarifas os meios de pagamento em relação aos quais, por sua semelhança, surgem algumas perplexidades, não se pode deixar de registrar que, em última análise, impostos e contribuições de melhoria,

modalidades tributárias, também são idôneos a remunerar certos serviços públicos. Os *impostos* destinam-se à execução de serviços gerais do Estado, não havendo vinculação entre o pagamento e os fins a que se destinam os respectivos recursos. Por outro lado, a *contribuição de melhoria* visa a reembolsar o Estado por despesas efetuadas na execução de obras que tenham produzido valorização nos imóveis por elas beneficiados (art. 145, III, CF).[990]

VIII. Usuários

Independentemente do fato de o serviço ser prestado pela Administração ou por seus delegados, *"o agente executivo do serviço, seja a própria Administração ou o concessionário, tem obrigação de prestar o serviço ao usuário ou consumidor, nos termos fixados nas leis e regulamentos"*, conforme enfatiza, sem reparos, CAIO TÁCITO.[991] Aduz o autor que o usuário tem direito à prestação do serviço, até porque a relação constituída não é contratual como regra, mas se trata de situação jurídica objetiva e estatutária, com base na regulamentação do serviço.[992]

1. Direitos

O direito fundamental do usuário é o direito ao recebimento do serviço, desde que aparelhado devidamente para tanto.[993]

Esse direito substantivo é protegido pela via judicial, e a ação deve ser ajuizada em face da entidade competente para a prestação recusada. Pode o interessado valer-se de qualquer via idônea, inclusive o mandado de segurança quando seu direito se revestir de liquidez e certeza. Na verdade, de nada adiantaria ter o direito sem a ação para protegê-lo.[994] Note-se, entretanto, que nem todo serviço público pode ser objeto de ação com vistas à sua execução obrigatória em favor do administrado. Mas, quando há tal possibilidade, é através do instituto da ação judicial que o usuário pode ver o reconhecimento de seu direito em face da entidade prestadora. A sentença que lhe reconhecer o direito terá o efeito de compelir o prestador a executá-lo em benefício do interessado.

Além do direito ao serviço, a doutrina reconhece ainda o direito à indenização no caso de ser mal prestado ou interrompida a sua prestação, provocando prejuízo ao particular.[995]

A proteção ao usuário foi elevada a preceito constitucional. O art. 37, § 3º, inc.

I, da vigente Constituição prevê a criação de lei para disciplinar as *reclamações* relativas à prestação de serviços públicos. A lei é, sem dúvida, necessária. A despeito de estudiosos e tribunais já reconhecerem os direitos dos usuários, mais efetivo será o respeito a tais direitos se expressos os meios através dos quais possam eles formular suas reclamações.

A Emenda Constitucional nº 19/98, concernente à reforma administrativa do Estado, detalhou, com mais elementos, o art. 37, § 3º, da CF, prevendo a instituição de lei que contemplará: a) a participação do usuário na administração direta e indireta; b) a manutenção de serviços de atendimento ao usuário; c) a avaliação periódica da qualidade dos serviços; d) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; e) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública. A alteração é condizente com o princípio da eficiência, acrescentado ao art. 37, *caput,* da CF pela citada Emenda Constitucional. Não obstante, o usuário se qualifica como consumidor de serviços, já merecendo, por tal razão, a proteção do Código de Defesa do Consumidor.[996]

A Lei nº 12.007, de 29.07.2009, assegurou aos usuários consumidores o direito à *declaração de quitação anual de débitos* a ser emitida pelas pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos (ou privados) (art. 1º), devendo ser encaminhada até o mês de maio do ano seguinte ou até o mês subsequente à completa quitação do ano anterior ou dos anos anteriores (art. 3º). O efeito mais relevante dessa declaração reside na sua qualificação como prova de que o consumidor cumpriu suas obrigações no ano de referência e nos anteriores (art. 4º). Havendo algum débito questionado em sede judicial, o usuário fará jus à declaração de quitação dos meses em que o débito foi faturado. A inovação legislativa atribui ao prestador do serviço o ônus de comprovar eventual inadimplemento por parte do consumidor ao momento em que este já estiver munido da aludida declaração. Caso esta não seja expedida no prazo legal, o usuário pode requerer no Judiciário seja o prestador condenado ao cumprimento dessa obrigação de fazer *(facere).* Evidentemente, a obrigação não alcança os prestadores de serviços públicos *gerais e coletivos* em que os usuários não sofrem identificação (v.g.: transportes urbanos de passageiros); ao contrário, incide sobre os serviços *específicos e individuais,* nos quais o usuário é identificado (v.g.: energia elétrica e uso de linha telefônica).

2. Deveres

Alguns serviços não exigem propriamente qualquer dever da parte dos administrados. O Poder Público os executa sem ônus de qualquer natureza para os destinatários.

Outros, porém, não dispensam o preenchimento, pelo particular, de determinados requisitos para o recebimento do serviço, ou para não ser interrompida a sua prestação. Tais requisitos representam deveres do administrado e podem ser de três ordens: *administrativa*, concernente aos dados a serem apresentados pelo interessado junto à Administração; *técnica*, relativa às condições técnicas necessárias para a Administração prestar o serviço; e *pecuniária*, no que diz respeito à remuneração do serviço.[997]

IX. Execução do Serviço

Já se viu que a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado. Objetivando atender a reclamos da coletividade, ninguém senão o Poder Público teria maior interesse em prestá-los e, por isso mesmo, chegaram eles a ser considerados como a própria essência do Estado.

Todavia, interessa ao Estado dividir, algumas vezes, a tarefa de executá-los. Não há estranheza nessa parceria, sabido que a cada dia aumentam em quantidade e complexidade os serviços voltados para a população. Além do mais, há também interesse de particulares na prestação, possível que é a obtenção de lucros decorrentes da atividade. É claro, porém, que esta há de merecer controle do Estado, impedindo que o interesse privado se sobreponha ao interesse público.

O certo é que, possível a parceria, podem os serviços públicos ser executados *direta* ou *indiretamente*.

1. Execução Direta

Execução direta é aquela através da qual o próprio Estado presta diretamente os serviços públicos. Acumula, pois, as situações de titular e prestador do serviço. As competências para essa função são distribuídas entre os diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa da pessoa prestadora.

O Estado deve ser entendido aqui no sentido de pessoa federativa. Assim, pode-se dizer que a execução direta dos serviços públicos está a cargo da União,

dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal através dos órgãos integrantes de suas respectivas estruturas. Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais, Coordenadorias, Delegacias, fazem parte do elenco de órgãos públicos aos quais é conferida competência para as atividades estatais.

Esses órgãos formam o que se costuma denominar de *administração centralizada*, porque é o próprio Estado que, nesses casos, centraliza a atividade. O Decreto-lei nº 200/67, que implantou a reforma administrativa federal, denominou esse grupamento de órgãos de *administração direta* (art. 4º, I), isso porque o Estado, na função de administrar, assumiria diretamente seus encargos.

2. Execução Indireta

2.1. Noção

Diz-se que há *execução indireta* quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. O Estado, por sua conveniência, transfere os encargos da prestação a outras pessoas, nunca abdicando, porém, do dever de controle sobre elas, controle esse, como é lógico, variável de conformidade com a forma específica de transferência.[998]

Ainda que prestado o serviço por terceiro, o Estado não pode deixar de ter alguma responsabilidade nesse processo. Afinal, quem teve o poder jurídico de transferir atividades há de suportar, de algum modo, as consequências do fato. Estas, como adiante se verá, se desenharão de acordo com a forma pela qual se operou a transferência.

2.2. Descentralização

Descentralização é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração. Dentre essas atividades inserem-se os serviços públicos. Desse modo podem-se considerar dois tipos de serviços quanto à figura de quem os presta – os *serviços centralizados* (os prestados em execução direta pelo Estado) e os *serviços descentralizados* (prestados por outras pessoas).

A descentralização admite duas modalidades. A *descentralização territorial* encerra a transferência de funções de uma pessoa federativa a outra, ou também do poder central a coletividades locais.[999] Já a *descentralização institucional* representa a

transferência do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, nunca de cunho político.

É importante, ainda, não confundir a descentralização com o que a doutrina denomina de *desconcentração*. Aquela implica a transferência do serviço para *outra* entidade. A desconcentração, que é processo eminentemente interno, significa apenas a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de melhorar e acelerar a prestação do serviço.[1000] Note-se, porém, que na desconcentração *o serviço era centralizado e continuou centralizado*, pois que a substituição se processou apenas internamente.[1001] Em algumas ocasiões tem havido confusão no emprego dessas figuras, e isso se explica pelo fato de que, quando se desconcentra, procede-se, em última análise, a uma descentralização. Cuida-se, porém, de fenômenos diversos, já que na desconcentração ocorre mero *desmembramento orgânico*.

Assim como os processos de descentralização e de desconcentração têm fisionomia *ampliativa*, pode o Estado atuar em sentido inverso, ou seja, de forma *restritiva*. Nessas hipóteses, surgirão a centralização e a concentração. Aquela ocorre quando o Estado retoma a execução do serviço, depois de ter transferido sua execução a outra pessoa, passando, em consequência, a prestá-lo diretamente; nesta última, dois ou mais órgãos internos são agrupados em apenas um, que passa a ter a natureza de órgão concentrador.

São duas as *formas básicas* através das quais o Estado processa a descentralização: uma delas é a que se efetiva por meio de lei *(delegação legal)* e a outra é a que se dá por negócio jurídico de direito público *(delegação negocial).*[1002] A ambas dedicaremos alguns comentários a seguir.

Antes, porém, deve anotar-se que autorizada doutrina alude a tais instrumentos com as denominações, respectivamente, de descentralização *por outorga* e *por delegação*, entendendo-se que pela primeira o Poder Público transfere a própria titularidade do serviço, ao passo que pela segunda a transferência tem por alvo apenas a execução do serviço.[1003] Nesse caso, a delegação somente ocorreria quando o Estado firmasse negócio jurídico, mas não quando criasse entidade para sua Administração Indireta.

Lamentamos divergir de semelhante entendimento. Os serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas, na forma pela qual a Constituição procedeu à partilha das competências constitucionais. Essa

titularidade, retratando, como retrata, inequívoca expressão de poder político e administrativo, é irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa. Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão-somente a *transferência da execução do serviço (delegação),* e nunca a de sua titularidade. O que muda é apenas o *instrumento* em que se dá a delegação: numa hipótese, o instrumento é a *lei* (que, além de delegar o serviço, cria a entidade que vai executá-lo), enquanto na outra é um *contrato* (concessões ou permissões de serviços públicos para pessoas já existentes). Mas em ambos os casos o fato administrativo é, sem dúvida, a delegação.

O fundamento inarredável de que a delegação só atinge a execução do serviço reside na circunstância de que, a qualquer momento, dependendo das condições administrativas almejadas pelo Estado, poderá este extinguir a delegação, seja revogando a lei na qual esta foi conferida, seja extinguindo de alguma forma a concessão ou a permissão (como, por exemplo, ocorre com a rescisão antecipada ou com o advento do termo final do ajuste). O fenômeno administrativo, então, terá caráter inverso, qual seja, o retorno à *centralização*.

2.2.1. Delegação Legal

Delegação legal é aquela cujo processo de descentralização foi formalizado através de lei. A lei, como regra, ao mesmo tempo em que admite a descentralização, autoriza a criação de pessoa administrativa para executar o serviço. O mandamento hoje é de nível constitucional. Dispõe o art. 37, XIX, da CF, 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"* (redação da EC 19/98).

E o inciso XX do mesmo art. 37 também exige a lei para criação de subsidiárias dessas pessoas administrativas, bem como para participarem elas de empresa privada.

Essas pessoas a quem foi conferida competência legal para o desempenho de certa função do Estado compõem a *administração indireta* ou *administração descentralizada*, e, como tais, integram a Administração Pública considerada como um todo (art. 37, CF). Note-se, porém, que, se as pessoas da administração descentralizada resultam de autorização legal, pode haver também, como veremos

no momento próprio, outras pessoas que, também autorizadas por lei e desempenhando serviço público, não integram a estrutura orgânica da Administração. Nem por isso deixará de haver na espécie forma de descentralização por delegação legal.

Por questão didática, examinaremos tais pessoas e seu regime jurídico em capítulo próprio, especificamente voltado para a administração indireta.

2.2.2. Delegação Negocial: Particulares em Colaboração

Outra forma de execução indireta dos serviços públicos, ainda sob o aspecto da descentralização, é a transferência dos mesmos a particulares, que, por isso, se caracterizam como particulares em colaboração com o Estado.

Essa forma de transferência denominamos de *delegação negocial*, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo direito público – a concessão de serviço público e a permissão de serviço público. A concessão caracteriza-se como *contrato administrativo*, e a permissão, apesar de tradicionalmente qualificada como ato administrativo, passou a ser formalizada por contrato de adesão, como consta do art. 40 da Lei nº 8.987, de 13/2/1995, que regula ambos os institutos. Sob o aspecto *material,* ambas se preordenavam ao mesmo fim, mas a antiga diferença, sob o aspecto *formal*, desapareceu com o advento da referida lei.

Indiscutível, todavia, é que tanto a concessão quanto a permissão de serviços públicos estampam instrumentos de direito público pelos quais a Administração procede a descentralização por delegação negocial. A caracterização negocial restou ainda mais evidente diante da citada lei, que atribuiu a ambas a fisionomia de contratos administrativos. É válido consignar, de outro lado, que, além dos contratos administrativos, alguns autores têm admitido o processo de descentralização por atos administrativos unilaterais e por atos multilaterais, neste caso por meio de convênios.[1004]

Também por questão didática, estudaremos essas formas de descentralização em capítulo próprio (Capítulo VIII), reservando outro para o estudo específico da descentralização pelo processo de delegação legal (vide Capítulo IX).

3. Novas Formas de Prestação dos Serviços Públicos

O Estado, nos últimos tempos, tem demonstrado evidente preocupação em adaptar-se à modernidade, ao gerenciamento eficiente de atividades e ao fenômeno da globalização econômica, que arrasta atrás de si uma série interminável de consequências de ordem política, social, econômica e administrativa.

Na verdade, as antigas fórmulas vêm indicando que o Estado, com o perfil que vinha adotando, envelheceu. Para enfrentar as vicissitudes decorrentes da adequação aos novos modelos exigidos para a melhor execução de suas atividades, algumas providências têm sido adotadas e outros rumos foram tomados, todos alvitrando qualificar o Estado como organismo realmente qualificado para o atendimento das necessidades da coletividade.

Esses os aspectos que abordaremos a seguir.

3.1. Desestatização e Privatização

O primeiro grande passo para mudar o desenho do Estado como prestador de serviços foi o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12/4/1990. Posteriormente, essa lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9/9/1997, que, embora alterando procedimentos previstos na lei anterior, manteve as linhas básicas do Programa.[1005]

Sem necessidade, para nosso estudo, de considerar o detalhamento da lei, permitimo-nos destacar quatro aspectos que, em nosso entender, têm realmente relevância para a boa percepção do Programa.[1006]

O primeiro diz respeito aos *objetivos fundamentais* do Programa, e entre estes merece relevo o de *"reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público"* (art. 1º, I), mostrando que a busca desse objetivo acarretará, por via de consequência, a redução da dívida pública líquida (art. 1º, II) e a concentração da Administração Pública em atividades nas quais seja fundamental a presença do Estado em vista das prioridades nacionais (art. 1º, V). Assim agindo, será possível *"permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada"* (art. 1º, III), propiciando o fortalecimento do mercado de capitais pela oferta de valores mobiliários (art. 1º, VI) e a reestruturação do setor privado para aumentar sua competitividade e modernizar sua infraestrutura (art. 1º, IV).

Além dos objetivos, é necessário apontar o *objeto* sobre o qual poderá incidir o

Programa. Poderão submeter-se à desestatização:

a) as empresas, incluídas as instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União;
b) as empresas criadas pelo setor privado que, por qualquer razão, passaram ao controle da União;
c) os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;
d) as instituições financeiras públicas estaduais que tenham sofrido desapropriação de ações de seu capital social;
e) bens móveis e imóveis da União.[1007]

Dentre essas hipóteses, causa certa espécie a relativa aos serviços sob concessão ou permissão (art. 2º, III, Lei nº 9491/97). É que tais instrumentos já retratam, *ex natura*, uma delegação negocial a pessoas do setor privado – fato que, por si, indica prévio processo de desestatização. Assim sendo, poderia haver alguma alteração na forma de execução, mas não haveria propriamente desestatização. Entretanto, a mesma lei considerou também desestatização a transferência, para a iniciativa privada, de serviços públicos de *responsabilidade* da União (não prestados, mas meramente de sua responsabilidade),[1008] e neles se incluem, obviamente, as concessões e as permissões. Essa hipótese, aliás, foi questionada no STF no que tange ao serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional, mas a Corte adotou o entendimento de que a hipótese se referia às concessões e permissões outorgadas sem a prévia e necessária licitação, e cujos serviços estariam a desafiar novas outorgas, agora consoantes com a Constituição.[1009] Malgrado tal entendimento, semelhante ação em si não configura desestatização, a não ser pelo fato de a lei, impropriamente, tê-la assim considerado; na verdade, a atividade *já estava desestatizada.*

Um terceiro aspecto concerne às formas pelas quais se processam as desestatizações. São elas:

a) alienação de participação societária, inclusive de controle acionário;
b) abertura de capital;
c) aumento de capital, com o Estado renunciando aos direitos de subscrição

ou cedendo-os, total ou parcialmente;

d) alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

e) dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, sendo alienados os seus ativos;

f) concessão, permissão ou autorização de serviços públicos;

g) aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.[1010]

O último aspecto, mas nem por isso menos importante, é o sentido final de *desestatização* e de *privatização*. Primeiramente, cabe distinguir os termos: *"desestatizar"* significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que *"privatizar"* indica tornar algo privado, converter algo em privado. Anteriormente, a Lei nº 8.031/90 usava o termo *"privatização"*,[1011] mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria *privatizar atividades*, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da *atividade* ou *serviço*, mas sim do *executor da atividade ou serviço*.

A Lei nº 9.491/97, porém, passou a denominar de *desestatização* o que a lei anterior chamava de *privatização*, de modo que o termo, além de se tornar compatível com o próprio nome do Programa, indicou claramente que o objetivo pretendido era apenas *o de afastar o Estado da posição de executor de certas atividades e serviços*. Ampliando um pouco mais o conceito da lei anterior, dispôs a nova lei:

"Art. 2º ...

§ 1º Considera-se desestatização:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua

responsabilidade;

c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei."

Esse é o sentido atual da desestatização: o Estado, depois de abraçar, por vários anos, a execução de muitas atividades empresariais e serviços públicos, com os quais sempre teve gastos infindáveis e pouca eficiência quanto aos resultados, resolveu imprimir nova estratégia governamental: seu afastamento e a transferência das atividades e serviços para sociedades e grupos empresariais.

Em outra vertente, é lícito que a lei reguladora da desestatização, editada por determinado ente federativo, impeça que ações ou cotas de suas empresas sejam adquiridas por empresas vinculadas a ente federativo diverso, justificando-se a vedação em virtude da necessidade de preservação do pacto federativo e da efetividade do processo de desestatização.[1012]

No que se refere especificamente aos serviços públicos, deve ressalvar-se que o Estado *não deixou de ser o titular*, transferindo somente a *execução em si* dos serviços. Por isso, o legislador deixou claro, no Programa (art. 7º), que a desestatização dos serviços públicos mediante os procedimentos na lei admitidos *"pressupõe a delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão do serviço, objeto da exploração"*, observada, obviamente, a legislação aplicável ao serviço.

Vale a pena observar que a desestatização indica, nesses casos, a *transformação dos serviços descentralizados por delegação legal em serviços descentralizados por delegação negocial*, vez que as antigas pessoas paraestatais (delegação legal), com a saída do Estado, têm passado a ser pessoas da iniciativa privada e, em sua nova gestão, tais pessoas passam a prestar os serviços sob o regime de concessões ou permissões (delegação negocial). Ou seja: a pessoa continua a mesma, tendo mudado sua estrutura interna e a forma de gestão do serviço. Mas, ainda quando a antiga pessoa paraestatal é *extinta* e uma ou mais pessoas da iniciativa privada passam a executar o mesmo serviço, o que se observa também aqui é a transformação do regime de delegação legal para o de delegação negocial.

É pertinente, porém, assinalar neste passo que, em nome de determinado interesse público, se admite que a empresa desestatizada ainda sofra certo grau de ingerência da parte da pessoa administrativa anteriormente controladora. Cuida-se

de inegável forma de intervenção estatal em pessoa privatizada. Para tanto, podem ser criadas ações preferenciais de classe especial (*"golden shares"*), de propriedade exclusiva do antigo ente controlador, que conferem a este certas prerrogativas especiais, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia-geral nas matérias previamente indicadas.[1013] Sendo situação inovadora, urge que se aprofundem os estudos sobre os efeitos e os limites de forma de intervenção.[1014]

Corolário do Programa de Desestatização, e particularmente em razão da transferência de atividades a empresas da iniciativa privada, têm sido criadas as *agências autárquicas* (também denominadas de *agências reguladoras* ou *agências governamentais*), sob a forma de autarquias, cuja função básica reside especificamente em exercer o controle sobre tais empresas, visando a mantê-las ajustadas aos postulados fundamentais do Programa e aos ditames do interesse público e prevenindo qualquer tipo de comportamento empresarial que reflita abuso de poder econômico.[1015] Sobre estas novas pessoas administrativas, teceremos os devidos comentários dentro do tópico relativo à Administração Indireta.[1016]

Sensíveis à introdução desse novo sistema, os estudiosos não puderam furtar-se a reconhecer o surgimento de novas regras, de caráter específico, que têm por fim regular as atividades em que empresas da iniciativa privada substituíram ou ocuparam setores não mais atendidos pela Administração Direta ou Indireta na prestação de serviços públicos ou na execução de atividades econômicas. Como o Direito vai-se setorizando através de quadros normativos específicos para disciplinar determinadas relações jurídicas e sociais, já é cabível a referência a um *direito administrativo regulatório,* através do qual se enfoca o nascimento, a evolução e os efeitos decorrentes dessa relação de controle do setor público sobre o setor privado.[1017]

3.2. Gestão Associada

Como o regime adotado em nossa Constituição é o federativo, que se caracteriza pelos círculos especiais de competência outorgados às entidades federativas, faz-se necessário estabelecer mecanismos de vinculação entre elas, de modo a que os serviços públicos, sejam eles privativos, sejam concorrentes, possam ser executados com maior celeridade e eficiência em prol da coletividade, em coerência com o princípio reitor de colaboração recíproca, que deve nortear o

moderno *federalismo de cooperação*.

A Constituição, para deixar claro esse intento, previu, ao instituir a reforma administrativa do Estado (EC 19/98), a *gestão associada* na prestação de serviços públicos, a ser implementada, através de lei, por *convênios de cooperação* e *consórcios públicos* celebrados entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. [1018] Trata-se, como já tivemos a oportunidade de examinar, de instrumentos de cooperação de atividades visando a alcançar objetivos de interesses comuns dos pactuantes.[1019]

A noção de *gestão associada* emana da própria expressão: significa uma conjugação de esforços visando a fins de interesse comum dos gestores. Em relação à *gestão associada de serviços públicos*, pode-se adotar a conceituação de que corresponde ao *"exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos"*.[1020]

Tanto os convênios de cooperação como os consórcios públicos tradicionais são espécies do gênero *convênios administrativos* e retratam idêntico conteúdo negocial, qual seja, o de associação entre pessoas para interesses de todos, nunca perdendo de vista, é claro, o interesse público. Consideram alguns que nos consórcios são de mesmo nível as pessoas pactuantes, ao passo que nos convênios elas têm qualificação distinta – diferença que, como já assinalamos, é totalmente inexpressiva e inócua. O que importa é a fisionomia jurídica e os fins de tais negócios plúrimos: todos indicam formas de *atuação conjunta*, formando a *gestão associada* na prestação de serviços públicos a que agora se refere a Constituição.

Devemos consignar, entretanto, que nesse aspecto nos referimos aos consórcios tradicionais entre pessoas administrativas. Os consórcios públicos instituídos pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005, como já vimos, embora também resultem do instituto da gestão associada entre entidades públicas, têm perfil diverso do atribuído àqueles, inclusive porque se formalizam através de pessoas jurídicas, o que não ocorre com os consórcios anteriores.

Se determinado serviço é federal, deve a União geri-lo ou controlá-lo por si ou por Estados-membros e Municípios, se com estes melhor se tornar a operacionalização da atividade. O mesmo se passa com os serviços estaduais: se

necessário for, devem eles geri-los associadamente com os Municípios. O que se pretende, em última análise, é que os cidadãos recebam os serviços públicos com melhor qualidade e com maior eficiência.

O art. 23, parágrafo único, da CF, também rende ensejo à gestão associada entre os entes federativos no que concerne à prestação de serviços de sua competência comum (art. 23, CF). Previa-se nele a edição de lei complementar para regular esse tipo de cooperação, visando ao desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito nacional. A EC 53, de 19.12.2006, como vimos, alterou aquele dispositivo, prevendo a edição de *leis complementares* (e não apenas *uma* lei complementar) para a instituição da disciplina. A alteração facilitou de certo modo a regulação, pois que cada diploma poderá traçar as normas apropriadas para certo setor de serviços comuns objeto da cooperação mútua, atendendo às particularidades de que possa revestir-se. Em outras palavras, poderão ser diversas as formas de disciplinar a cooperação recíproca, considerando a natureza específica do serviço sob gestão associada.

3.3. Regimes de Parceria

Além da associação de pessoas exclusivamente da Administração Pública, o Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público *e entidades privadas*, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhe são prestados.

O ponto característico nuclear desses regimes consiste em que a parceria do Estado é formalizada junto com *pessoas de direito privado e da iniciativa privada*, ou seja, aquelas que, reguladas pelo direito privado, não sofrem ingerência estatal em sua estrutura orgânica. A elas incumbirá a execução de serviços e atividades que beneficiem a coletividade, de modo que tal atuação se revestirá da qualificação de *função delegada* do Poder Público.

Referidas entidades que, sem dúvida, se apresentam com certo hibridismo, na medida em que, sendo privadas, desempenham função pública, têm sido denominadas de *entidades do terceiro setor*,[1021] a indicar que não se trata nem dos entes federativos nem das pessoas que executam a administração indireta e

descentralizada daqueles, mas simplesmente compõem um *tertium genus*, ou seja, um agrupamento de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de prestação dos serviços públicos.[1022] Em última análise, o *terceiro setor* resulta de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, para a execução de funções eminentemente sociais, sem alvejar resultados lucrativos, como as pessoas empresariais em geral. [1023]

Por questões didáticas, é possível classificar os regimes de parceria em três grupos:

1) o regime de convênios administrativos;
2) o regime dos contratos de gestão;
3) o regime da gestão por colaboração.

3.3.1. Regime de Convênios Administrativos

O que caracteriza essa forma de parceria é a circunstância de ser o regime formalizado através de *convênios administrativos*. Nesses acordos, normalmente de caráter plurilateral, Poder Público, de um lado, e entidades privadas, de outro, associam-se com o objetivo de alcançar resultados de interesses comuns.

Na verdade, assumem a mesma fisionomia daqueles ajustes que formalizam a gestão associada, com a diferença apenas de que aqueles são pactuados entre entidades administrativas, ao passo que estes admitem a participação de pessoas da iniciativa privada. Ajuste dessa modalidade seria, por exemplo, o que a União firmasse com fundações mantidas por indústrias automobilísticas com vistas ao aperfeiçoamento e avanço tecnológico da indústria nacional no setor.

Não há legislação específica sobre tal regime, mas como os convênios são pactos nos quais as partes manifestam suas vontades e expressam seus direitos e obrigações, nada impede se continue adotando a mesma sistemática, de resto já utilizada há muito tempo. Na verdade, é o instrumento pactuado que serve de *lex inter partes,* com uma ou outra especificidade própria do direito público em razão da presença de pessoa governamental.

3.3.2. Regime dos Contratos de Gestão (as Organizações Sociais)

A necessidade de ser ampliada a descentralização na prestação de serviços públicos levou o Governo a prever a instituição do Programa Nacional de Publicização – PNP, através da Lei nº 9.637, de 15/5/1998, pela qual algumas atividades de caráter social, hoje exercidas por pessoas e órgãos administrativos de direito público, poderão ser posteriormente absorvidas por pessoas de direito privado, segundo consta expressamente do art. 20. A absorção implicará, naturalmente, a extinção daqueles órgãos e pessoas e a descentralização dos serviços para a execução sob regime de parceria.

O termo *"publicização"* atribuído ao Programa parece-nos inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se com o termo *"privatização"*, o que, como já vimos, não é verdadeiro. Depois, porque, de fato, nenhuma atividade estará sendo *"publicizada"*, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, é o inverso que sucede, posto que pessoas governamentais é que vão dar lugar a entidades de direito privado. O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de *desestatização*, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública.

Essas pessoas, a quem incumbirá a execução de serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público, formalizado por *contratos de gestão*, constituem as *organizações sociais*. Advirta-se, porém, que não se trata de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de uma *qualificação especial,* um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências nela especificadas. Não integram o sistema formal da Administração Pública; assumem, entretanto, a qualidade de entidades parceiras do Poder Público, visando à execução de determinadas tarefas de interesse público.

As pessoas qualificadas como *organizações sociais* devem observar três fundamentos principais:

1) devem ter personalidade jurídica de direito privado;
2) não podem ter fins lucrativos; e
3) devem destinar-se ao ensino, à cultura, à saúde, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à preservação do meio ambiente (art.

1º).

Uma vez qualificadas como *organizações sociais*, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art. 2º, II),[1024] as entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais e podem receber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através de permissão de uso (arts. 11 e 12). Admissível será, ainda, a cessão especial de servidor público, com ônus para o governo, vale dizer, o governo poderá ceder servidor seu para atuar nas organizações sociais com a incumbência do pagamento de seus vencimentos (art. 14).

Para habilitar-se como *organização social*, a lei exige o cumprimento de vários requisitos, como a definição do objeto social da entidade, sua finalidade não lucrativa, a proibição de distribuição de bens ou parcelas do patrimônio líquido e a publicação anual no Diário Oficial da União de relatório financeiro, entre outros mencionados no art. 2º da Lei 9.637/98. Por outro lado, devem possuir Conselho de Administração em cuja composição haja representantes do Poder Público e de entidades da sociedade civil e membros eleitos dentre associados de associação civil e outros eleitos que tenham notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, tudo em conformidade com os percentuais fixados na lei reguladora.[1025]

A *organização social*, todavia, poderá sofrer *desqualificação* de seu título quando forem descumpridas as disposições fixadas no contrato de gestão. Nesse caso, será necessária a instauração de processo administrativo em que se assegure o contraditório e a ampla defesa. Definida a desqualificação, porém, os dirigentes são solidariamente responsáveis pelos danos causados ao Poder Público, impondo-se ainda a reversão dos bens usados sob permissão e a devolução dos recursos alocados à entidade, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Anote-se que, a despeito de a lei haver empregado a expressão *"poderá proceder à desqualificação"*, dando a falsa impressão de que se trata de conduta facultativa, o certo é que, descumpridas as normas e cláusulas a que está submetida, a Administração exercerá atividade vinculada, *devendo* (e não *podendo*) desqualificar a entidade responsável pelo

descumprimento.[1026]

Devidamente qualificadas, as *organizações sociais* celebram com o Poder Público o que a lei denominou de *contratos de gestão,* com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há propriamente *contrato* nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro *convênio*, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a *objetivos de interesses comuns*. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.

Nos contratos de gestão, devem ser observados os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade, que, como sabemos, incidem sobre todas as atividades da Administração. Devem ainda ser definidos, com a maior precisão possível, os direitos e obrigações das partes, e principalmente é necessário especificar o programa de trabalho sugerido pela organização, bem como os prazos de execução das atividades e as metas a serem alcançadas. Urge também fixar o método de avaliação de desempenho a ser adotado não só em termos de qualidade como também de produtividade.[1027] Avulta, ainda, notar que, em virtude do caráter específico de tais contratos, nos quais há verdadeira cooperação entre as partes no que toca ao interesse público a ser perseguido, descartando-se qualquer aspecto mercantil ou empresarial, a lei prevê hipótese de dispensa de licitação, admitindo, em consequência, a contratação direta com a organização social.[1028]

Diante da possibilidade de as *organizações sociais* receberem recursos financeiros do Poder Público, a lei exige que a este caiba exercer a fiscalização das atividades e proceder ao exame da prestação de contas das entidades (art. 8º). Qualquer irregularidade ou ilegalidade deve ser de imediato comunicada ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilização do agente fiscalizador. Independente disso, havendo malversação de bens ou recursos públicos, as autoridades incumbidas da fiscalização devem representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, no sentido de que sejam requeridos judicialmente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos dirigentes, de agentes públicos e de terceiros envolvidos com o fato delituoso e

possivelmente beneficiados com enriquecimento ilícito.[1029]

Embora a lei se refira a *sequestro*, a ser processado conforme os arts. 822 a 825 do CPC (art. 10, § 1º), a verdade é que as circunstâncias cautelares indiciam figura diversa, o *arresto*. O arresto é *"a apreensão cautelar de bens com a finalidade de garantir uma futura execução por quantia"*, ao passo que o sequestro *"é a apreensão da coisa objeto do litígio, a fim de garantir sua total entrega ao vencedor"* [1030]Ora, no caso, não há qualquer bem determinado que constitua objeto de litígio; há, ao contrário, a preocupação de cautela do Estado em relação a eventual e futura necessidade de promover a ação com vistas à recuperação dos recursos mal geridos. A hipótese é, pois, típica de arresto.

O novo sistema, como se pode observar, tem na parceria entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos o seu núcleo jurídico. A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as *organizações sociais*, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.[1031]

Por último, vale destacar que a lei é de observância obrigatória apenas para a União Federal e, portanto, incide sobre os serviços públicos federais. Mas, assim como o Governo Federal concebeu essa nova forma de prestação de serviços, nada impede que Estados, Distrito Federal e Municípios editem seus próprios diplomas com vistas à maior descentralização de suas atividades, o que podem fazer adotando o modelo proposto na Lei nº 9.637/98 ou modelo diverso, desde que, é óbvio, idênticos sejam seus objetivos.[1032] O importante é que a qualificação seja atribuída a entidades que se proponham a executar serviços sociais comunitários em parceria com o Poder Público.[1033]

3.3.3. Gestão por Colaboração (Organizações da Sociedade Civil de

Interesse Público)

O terceiro regime de parceria consiste na *gestão por colaboração*, que envolve a colaboração de entidades da iniciativa privada, usualmente representativas dos diversos segmentos da sociedade civil, que desenvolvem ações de utilidade pública. Reconhecendo que sua atividade se preordena ao interesse coletivo, o Governo delega a tais entidades algumas tarefas que lhe são próprias, como forma de descentralização e maior otimização dos serviços prestados, ao mesmo tempo em que lhes estende certas particularidades jurídicas, como a que permite a tais entes propor ação perante Juizados Especiais Cíveis.[1034]

O regime da gestão por colaboração foi instituído pela Lei nº 9.790, de 23/3/1999 (regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30/6/1999), que concebeu as *organizações da sociedade civil de interesse público*, outra modalidade de qualificação jurídica a ser atribuída a algumas pessoas de direito privado em virtude de ações que podem desenvolver em regime de parceria com o Poder Público. Ressalte-se, assim como o fizemos em relação às *organizações sociais*, que não se trata de nova *categoria* de pessoa jurídica, mas sim de *específica qualificação jurídica* de algumas pessoas jurídicas, observadas as condições estabelecidas na lei reguladora.

Na verdade, a lei tenta eliminar as antigas distorções nascidas no regime das pessoas *consideradas de utilidade pública*, sem que se fizesse verdadeira distinção entre *entidades de favorecimento mútuo* e *entidades de fins comunitários*. As primeiras não produzem qualquer fim de interesse público, voltando-se apenas aos interesses de seus membros ou associados, e ainda assim se beneficiam da isenção de tributos, da percepção de subvenções e de outras vantagens, cujos beneficiários deveriam ser realmente as entidades de solidariedade social. Essa indistinção acabou por gerar desconfortável desconfiança no sistema e, o que é pior, acabou permitindo, por ausência de controles efetivos, a apropriação de vultosas parcelas de verbas públicas.[1035]

Duas são as suas *características principais*:

1) devem ter personalidade jurídica de direito privado; e
2) não podem ter fins lucrativos.[1036]

Ademais, não podem estar voltadas para qualquer objetivo. Os objetivos que podem dar ensejo ao título jurídico são:

a) a promoção da educação, da saúde, da cultura, da assistência social e da segurança alimentar e nutricional;
b) a proteção e defesa do meio ambiente;
c) a promoção do desenvolvimento econômico e social, incluindo o combate à pobreza;
d) experimentação de novos modelos socioprodutivos;
e) promoção de valores universais, como os da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, e também a promoção de assistência jurídica complementar;
f) a promoção do voluntariado; e
g) estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, divulgação de informações e conhecimentos concernentes a todos os citados objetivos.[1037]

Para que se qualifiquem como *organizações da sociedade civil de interesse público*, a lei exige que os estatutos da entidade preencham alguns requisitos expressos, como, por exemplo, o da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; e, ainda, o atendimento aos princípios básicos de contabilidade, a publicidade do relatório de suas atividades e a sujeição a auditorias externas independentes. O requerimento da qualificação, devidamente instruído, é formulado ao Ministério da Justiça,[1038] que, verificando o atendimento dos requisitos legais e o fato de não se enquadrar a entidade dentre aquelas vedadas por lei, deferirá o pedido e expedirá o respectivo certificado de qualificação.[1039]

Não podem se qualificar como organizações da sociedade civil de interesse público várias categorias de pessoas jurídicas: sociedades comerciais, inclusive as que comercializam planos de saúde e as cooperativas, bem como as organizações creditícias relacionadas com o sistema financeiro; entidades de representação de classe e sindical; instituições partidárias; entidades religiosas; hospitais e escolas sem gratuidade; pessoas, inclusive fundações, instituídas pelo Poder Público; e as

organizações sociais (art. 2º).

As *organizações da sociedade civil de interesse público*, na busca de seus objetivos, podem cooperar com o Poder Público de três maneiras:

1) através da execução direta de projetos, programas e planos de ação;
2) pela entrega de recursos humanos, físicos ou financeiros; e
3) pela prestação de atividades de apoio a outras entidades sem fins lucrativos.

Havendo condições de cooperação com a Administração, a lei prevê a celebração de *termo de parceria*, no qual deverão estar formalizados, de modo detalhado, os direitos e as obrigações dos pactuantes.[1040] Por sua natureza, esse negócio jurídico qualifica-se como verdadeiro *convênio administrativo*, já que as partes têm interesses comuns e visam à mutua cooperação, além do fato de que uma delas será o Poder Público representado por algum de seus órgãos ou pessoas.

Para alguns estudiosos, porém, os termos de parceria, de certo modo, aperfeiçoaram o modelo dos contratos de gestão, admitindo a desvinculação das ações como poder público até a celebração do termo. Além disso, as OSCIPs ficam obrigadas, no caso de extinção, a transferir seu patrimônio para entidade similar.[1041] Por fim, foi ampliado o controle social das entidades.[1042]

A entidade, se for de seu interesse, pode requerer a exclusão de sua qualificação como organização da sociedade civil de interesse público. Se, entretanto, deixar de preencher, posteriormente, as condições exigidas na lei, sofrerá a *perda da qualificação*, impondo-se, para tanto, a decisão proferida em processo administrativo, instaurado a pedido do Ministério Público ou de qualquer cidadão, em que se lhe assegure contraditório e ampla defesa.[1043] Ocorrendo malversação de bens ou recursos públicos, os agentes de fiscalização da parceria poderão requerer ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União no sentido de serem providenciados a indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro de bens dos dirigentes e de terceiros beneficiados pela ilegalidade, que se tenham enriquecido ilicitamente à custa do erário público.[1044]

Tais preceitos demonstram que o regime de parceria previsto na Lei nº 9.790/99 implica sérias responsabilidades às entidades qualificadas como

organizações da sociedade civil de interesse público, e isso pela circunstância de que, mesmo tendo personalidade jurídica de direito privado e pertencendo ao segmento da sociedade civil, passam a executar serviços públicos em regime formalizado por instrumento próprio, o termo de parceria, devendo, por conseguinte, respeitar as obrigações pactuadas e, o que é mais importante, direcionar-se primordialmente ao interesse público, visto que no exercício dessas atividades a organização desempenha função delegada do Poder Público.

Como se pode observar, afinal, são semelhantes os sistemas de parceria ensejadores das *organizações sociais* e das *organizações da sociedade civil de interesse público*. O núcleo central de ambos é a *parceria Estado/entidade privada* na busca de objetivos de interesses comuns e benéficos à coletividade. Logicamente, existem pontos específicos que distinguem os regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: enquanto é ela exigida nos Conselhos de Administração das *organizações sociais*, não há esse tipo de ingerência nas *organizações da sociedade civil de interesse público*. Outro aspecto é a formalização da parceria: com aquelas entidades é celebrado contrato de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria. Enfim, nota-se que as linhas da disciplina jurídica das *organizações sociais* as colocam um pouco mais atreladas ao Poder Público do que as *organizações da sociedade civil de interesse público*. Ambas, porém, retratam novas formas de prestação de serviços públicos.[1045]

A despeito de nos termos referido especificamente às organizações da sociedade civil de interesse público, é justo reconhecer que muitas entidades do setor privado, independentemente de sua vinculação com o Poder Público, vêm prestando e podem prestar inestimável apoio aos governos no que toca à execução das funções sociais típicas. Em algumas ocasiões, é a própria lei que estimula a instituição de tais entidades. A Lei nº 9.867, de 10/11/1999, por exemplo, assumiu amplo alcance social ao prever a instituição das *cooperativas sociais*, com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, com fundamento no interesse geral em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos. Cuida-se de relevantíssima atividade social, porquanto a tais entidades caberá diminuir as dificuldades gerais e individuais dessa categoria de pessoas, bem como desenvolver e executar programas especiais de treinamento para aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e

social.[1046] Ao Estado cabe associar-se a essas entidades, reforçando o regime de parceria através de incentivos e subvenções e aperfeiçoando os sistemas de controle do uso de eventuais recursos públicos.

X. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 670: *O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.*

SÚMULAS VINCULANTES

Súmula Vinculante nº 2: *É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.*

Súmula Vinculante nº 12: *A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.*

Súmula Vinculante nº 19: *A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 356: *É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.*

Súmula 407: *É legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.*

Súmula 412: *A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no CC.*

Capítulo VIII -

Concessão e Permissão de Serviços Públicos

I. Introdução

Vimos no Capítulo anterior que o Estado tem a seu cargo os serviços públicos a serem executados em prol da coletividade, desempenhando nesse caso uma gestão *direta* dessas atividades. Ocorre, porém, que frequentemente delega a outras pessoas a prestação daqueles serviços, gerando, por conseguinte, o sistema da *descentralização* dos serviços. Quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a *delegação legal*, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a *delegação negocial*.

A delegação negocial – assim denominada por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas – se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular, os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias ou secundárias) da coletividade ou do próprio Estado.

É a essa forma especial de descentralização que nos dedicaremos no presente capítulo. Ao estudá-la, teremos que examinar justamente os negócios jurídicos que a materializam, ou seja, as concessões e as permissões de serviços públicos. Como são institutos que, embora assemelhados, guardam peculiaridades próprias, serão eles analisados em tópicos distintos, nos quais se procurará realçar os aspectos que os identificam e os distinguem.

Cabe-nos observar nesta parte introdutória que, diante do advento do regime das parcerias público-privadas, implantado pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, pareceu-nos oportuno refundir a sistematização do presente capítulo, tendo em vista que a lei atribuiu ao referido instituto a natureza de contratos administrativos de concessão. Daí termos excluído do capítulo relativo aos contratos

administrativos em geral o exame da matéria, para incluí-lo no presente, por ser destinado especificamente às concessões.

À guisa de sistema, e para fins didáticos e melhor compreensão do instituto, torna-se imperioso formular o quadro atual em que se situam as concessões de serviços públicos.[1047]

A classificação básica divide as concessões de serviços públicos em duas categorias: 1ª) *concessões comuns*; 2ª) *concessões especiais*.

As *concessões comuns* são reguladas pela Lei nº 8.987, de 13.2.95, e comportam duas modalidades: 1ª) *concessões de serviços públicos simples*; 2ª) *concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública*. Sua característica consiste no fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário; todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelos usuários.

De outro lado, as *concessões especiais* são reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, e também se subdividem em duas categorias: 1ª) *concessões patrocinadas*; 2ª) *concessões administrativas*. As concessões especiais são caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de "*parcerias público-privadas*".

Como se trata de categorias diversas, cada uma disciplinada em lei própria, comentaremos primeiramente os contratos de concessão comum de serviço público e depois os contratos de concessão especial de serviço público, ambos com as respectivas modalidades.

Realçamos aqui, mais uma vez, que existem concessões que, embora assim nominadas, não são contratos administrativos nem visam à prestação de serviços públicos. É o caso das concessões de lavra e da atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens (arts. 176, § 1º, e 223, da CF). Cuida-se, com efeito, de instrumentos que se caracterizam como meros atos administrativos de *autorização* – fato que, por isso mesmo, acarreta alguma confusão entre os estudiosos (justificavelmente, diga-se de passagem).[1048]

II. Fontes Normativas

1. Fonte Constitucional

A concessão e a permissão têm expressa referência constitucional. De fato, dispõe o art. 175 da Constituição Federal: *"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"*.

A norma é clara no que toca à prestação dos serviços públicos. Institui, na verdade, uma alternativa para o exercício dessa atividade: ou a atuação direta pela Administração, ou a atuação descentralizada, através das concessões e permissões. [1049] Embora várias Constituições anteriores se tenham referido às concessões, só a vigente fez expressa menção também às permissões, colocando-as, por isso, como forma específica de prestação indireta de serviços públicos.[1050]

O citado art. 175 contempla ainda vários princípios que, na lei reguladora nele prevista, devem reger as concessões e permissões, destacando-se o da política tarifária, o da obrigação de manter serviço adequado, o que trata dos direitos dos usuários, o das especificidades desses negócios jurídicos e o da obrigatoriedade de licitação. Tais parâmetros constitucionais serão analisados nos tópicos seguintes.

Além dessa norma de caráter genérico, a Constituição, ao tratar da partilha constitucional, alude aos institutos da concessão e da permissão de serviços públicos. São exemplos os arts. 21, XI e XII (competência da União); 25, § 2º (competência do Estado); e 30, V (competência do Município), da Lei Maior.

2. Fonte Infraconstitucional

Depois de muita espera – espera que atravessou várias Constituições – foi finalmente promulgada a *Lei nº 8.987, de 13/2/1995*, que passou a dispor sobre o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, tal como previsto no art. 175 da vigente Constituição, excetuando os de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 41).

Vários foram os aspectos disciplinados na lei, como os relativos à contratação, especificando-se os encargos do concedente e do concessionário; à licitação; aos usuários; à política tarifária e, enfim, àqueles que indicam o perfil do instituto. Conquanto de forma um pouco lacônica, foi também destinada disciplina para as permissões de serviço público.

A lei reguladora das concessões e permissões não teve uma passagem muito tranquila pelo Poder Legislativo; muita polêmica foi criada, sobretudo pelos

interesses que despertava em alguns segmentos econômicos e sociais. O certo é que logo após foi promulgada a *Lei nº 9.074, de 7/7/1995*, antecedida de algumas medidas provisórias, que, alterando e complementando algumas normas da Lei nº 8.987/95, tratou especificamente dos serviços de energia elétrica e da reestruturação dos serviços concedidos. Algum tempo depois, foi editada a Lei nº 9.648, de 27/5/1998, que introduziu algumas alterações em ambos os diplomas.

Posteriormente a essa legislação, foi editada a Lei nº 11.079, de 30/12/2004, que passou a disciplinar a concessão especial de serviços públicos, sob as modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa. Como já dissemos, esse diploma instituiu o regime denominado de *"parceria público-privada"*, pelo qual o Estado-concedente tem a obrigação de oferecer ao concessionário determinada contrapartida pecuniária. O citado diploma prevê a aplicação subsidiária de dispositivos da Lei nº 8.987/95, da qual pode dizer-se que é lei especial; da Lei nº 9.074/95 e da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre licitações públicas.

São essas, portanto, as leis que constituem atualmente a fonte normativa infraconstitucional ou, para quem o preferir, o estatuto regulador dos institutos. Alguns de seus princípios e normas serão objeto de exame no presente capítulo.

III. Concessão de Serviços Públicos (Concessão Comum)

1. Modalidades

Para a correta percepção do regime de concessão (concessão comum), parece-nos oportuno destacar, logo de início, que a lei, adotando o ensinamento da doutrina, distinguiu duas modalidades do instituto: *a concessão de serviço público* e *a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.*

Ambas são formas de delegação negocial e apresentam vários pontos em comum. Têm, entretanto, alguns pontos diferenciais, razão por que devem eles ser analisados nos respectivos tópicos.

2. Concessão de Serviço Público Simples

2.1. Conceito

Ao qualificarmos de *simples* a concessão de serviço público, desejamos

demonstrar que essa é a clássica modalidade de serviço delegado pelo Poder Público. Distingue-se, pois, como já visto, da modalidade em que, além do serviço, o Estado delega também a construção da obra pública.

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de *concedente*, e, o executor do serviço, de *concessionário*.

A Lei nº 8.987/95 também contribuiu para a fixação do perfil da concessão, realçando que se trata de delegação da prestação do serviço feita pelo concedente, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua execução, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 2º, II).

Pelos contornos do instituto, trata-se de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado. Este, porém, decide transferir a execução para particulares, evidentemente sob sua fiscalização. Como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a estes caberá o ônus de remunerá-lo em prol do executor.

É, pois, com absoluto acerto que CAIO TÁCITO anota que, embora o vínculo principal seja o que liga o concedente ao concessionário, há outros existentes nesse negócio típico de direito público: *"Na concessão de serviço público há situações jurídicas sucessivas, que lhe imprimem um caráter triangular".*[1051] Com efeito, se, de um lado o negócio se inicia pelo ajuste entre o Poder Público e o concessionário, dele decorrem outras relações jurídicas, como as que vinculam o concedente ao usuário e este ao concessionário. Importante é saber que na concessão de serviço público há uma tríplice participação de sujeitos: o concedente, o concessionário e o usuário.

2.2. Objeto

O *objeto* da concessão simples pode ser visto sob dois aspectos – um *mediato* e um *imediato*. Mediatamente significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público,[1052] calcada na necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender

aos indivíduos que a solicitam.

O objeto imediato é a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade. A Lei nº 9.074/95 sujeitou ao regime da Lei nº 8.987/95 os seguintes serviços públicos federais:

a) vias federais, precedidas ou não de obra pública;
b) exploração de obras ou serviços de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, com ou sem obra pública;
c) estações aduaneiras e outros terminais alfandegários de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, também precedidos, ou não, de obra pública (art. 1º);
d) serviços postais (hipótese acrescentada pela Lei nº 9.648/98).

Excluiu, porém, da necessidade de contratar a concessão algumas atividades de transporte, como as de transporte de cargas por meio rodoviário; aquaviário de passageiros, desde que não realizado entre portos organizados; rodoviário e aquaviário de pessoas, realizados por empresas de turismo no exercício da respectiva atividade; e transporte de pessoas, realizado, de forma privativa, por organizações públicas ou privadas, mesmo de maneira regular (art. 1º, §§ 2º e 3º).

No que concerne ao objeto, há, assim, primeiramente uma diretriz administrativa pela qual se verifica a conveniência da concessão; depois, ajusta-se o contrato para atingir os fins alvitrados.

3. Concessão de Serviço Público Precedida da Execução de Obra Pública

3.1. Nomenclatura

Para quem se acostumou a tratar da concessão de serviço público, há de custar, certamente, a lembrança do *nomen iuris* que a lei atribuiu à outra modalidade de delegação, conhecida até agora na doutrina como *concessão de obra pública*.[1053]

A Lei nº 8.987/95, todavia, foi expressa quando se referiu, em seu art. 2º, III, à *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*. Assim, a despeito da extensão da nomenclatura, parece-nos coerente empregar os termos mencionados na lei. Diga-se, a bem da verdade, que a expressão legal nos parece mais técnica e

condizente com essa forma de delegação. Trata-se, como veremos adiante, de instituto com duplicidade de objeto, devendo-se distinguir o exercício da atividade a ser prestada ao público da execução da obra em si mesma.

Com efeito, a expressão *concessão de obra pública* parecia indicar que o Poder Público *"transferia"* (ou *"concedia"*) uma obra pública, o que não é precisamente o que ocorre nesse negócio jurídico. A obra não pode ser tecnicamente *concedida;* o que o Estado concede é a *atividade,* ou seja, o *serviço.* Para tanto autoriza o concessionário a executar a obra previamente. Há, portanto, duplicidade de objeto; em relação a este, o que é objeto de concessão é o serviço público a ser prestado após a execução da obra.

É verdade que há entendimento no sentido da possibilidade de concessão de obra sem que haja a prestação de um serviço público (casos de estacionamento, estádios e museus).[1054] Com a devida vênia, não adotamos o mesmo entendimento. Ainda quando o Poder Público contrata particular para tais construções, as atividades delas decorrentes se caracterizam como serviços públicos, ou seja, serviços administrativos de interesse do Estado e da população. Na verdade, deveriam os empreendimentos estar a cargo do Estado, mas, em face da carência de recursos, são cometidos a particulares, que deles se beneficiarão pelo período definido no contrato.

Diversa, no entanto, é a hipótese em que o Estado constrói, por exemplo, um estacionamento com seus próprios recursos, mas não tem interesse em sua exploração. Se resolver transferi-la a particulares, o negócio jurídico a ser firmado se caracterizará como concessão de uso de bem público, instituto de natureza diversa do que se prevê na Lei nº 8.987/95. O mesmo sucederá se o Estado realiza construção para fins de específica exploração empresarial (não será a regra, mas se afigura possível) – diversa, pois, da noção de serviços públicos: poderá alugá-lo a terceiros; dar em comodato; ou celebrar concessão de uso, remunerada ou gratuita. Também aqui não incidirá aquele diploma legal.

Fiquemos, pois, com a expressão da lei: concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

3.2. Conceito

Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é o

contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo.

Nessa forma de concessão, pretende o Estado livrar-se do dispêndio que obras públicas acarretam, deixando todo o investimento a cargo do concessionário. Como este investe, com toda a certeza, vultosos recursos na execução da obra, é justo que se lhe permita explorá-la para recuperar o capital investido. Por outro lado, a coletividade se beneficia da obra, e o Estado, após o prazo da concessão, assume sua exploração, podendo, ou não, transferi-la novamente, se for de sua conveniência.

3.3. Objeto

A delegação sob essa modalidade de concessão compreende uma duplicidade de objeto.

O primeiro deles encerra um ajuste entre o concedente e o concessionário para o fim de ser executada determinada obra pública. Há aqui verdadeiro contrato de construção de obra, assemelhado aos contratos administrativos de obra em geral, deles se distinguindo, contudo, pela circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução, o que não ocorre naqueles, como vimos no Capítulo destinado aos contratos administrativos.[1055]

O segundo objeto é que traduz uma real concessão, vale dizer, o concedente, concluída a obra, transfere sua exploração, por determinado prazo, ao concessionário. É o serviço público de exploração da obra pública que vai ser concedido, incumbindo àqueles que dele desfrutarem (os usuários) o pagamento da respectiva tarifa em prol de quem construiu a obra e agora explora o serviço dela decorrente.

Firma-se, por conseguinte, um pacto de construção e um de concessão do serviço.

Vale a pena observar, por oportuno, que, a despeito de ter sido denominada de concessão de serviço público *precedida da execução de obra pública*, foi ela definida na lei como *a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público* (art. 2º, III). No que diz respeito à construção,

reforma, ampliação ou melhoramento de obras, é assimilável o caráter de *precedência* em relação ao serviço a ser executado.

O mesmo não se pode dizer, contudo, quanto à atividade de conservação. A atividade de conservar obras públicas guarda *concomitância* com o serviço prestado, e não *precedência*: à medida que as obras vão sendo executadas, o concessionário explora o respectivo bem público através da cobrança de tarifa. É o que ocorre, por exemplo, com a concessão para a execução de obras e conservação de estradas de rodagem, remunerada pelo sistema de *pedágios*. O que se quer dizer é que, a despeito da expressão "concessão de serviço público *precedida* da execução da obra", pode a concessão ter por objeto a execução da obra realizada *simultaneamente* à prestação do serviço de conservação.[1056]

4. Natureza Jurídica

4.1. O Caráter Contratual

Não há total unanimidade entre os autores sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público. Não obstante, domina o entendimento de que se trata de *contrato administrativo,* que, todavia, apresenta peculiaridades próprias nas linhas que o compõem.[1057]

Entendemos que referido negócio jurídico é de natureza contratual, embora sejamos forçados a reconhecer particularidades específicas que o configuram realmente como inserido no âmbito do direito público. A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, quando faz referência à lei disciplinadora das concessões, refere-se, no inciso I, ao *caráter especial de seu contrato,* o que parece confirmar a natureza contratual do instituto. A Lei nº 8.987/95, no entanto, pôs fim a eventual controvérsia, consignando expressamente que a concessão, seja qual for a sua modalidade, *"será formalizada mediante contrato"* (art. 4º). Temos, pois, como fato atualmente indiscutível, a atribuição de contrato administrativo às concessões de serviços públicos.

A despeito disso, observa RIVERO que a concessão se sujeita a um conjunto de regras de caráter *regulamentar,* as "que fixam a organização e o funcionamento do serviço", e que, por isso mesmo, podem ser modificadas unilateralmente pela Administração.[1058] Ao lado delas, há regras essencialmente *contratuais,* quais sejam, as disposições financeiras que garantem a remuneração do concessionário,

regidas pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.[1059]

Importante frisar que, tendo a natureza jurídica de *contratos administrativos*, as concessões submetem-se basicamente a *regime de direito público*, cujas regras, como visto, estão enunciadas na Lei nº 8.987/95. Supletivamente, porém, é admissível a incidência de normas de direito privado, pois que neste é que se encontra detalhada a disciplina que regula os contratos em geral. A fonte primeira, no entanto, é a lei especial reguladora.

Todos esses elementos conduzem ao enquadramento das concessões dentro da teoria clássica do contrato administrativo, devendo destacar-se, como o faz reconhecida doutrina, três aspectos básicos: a) o objeto contratual é complementado por atos unilaterais posteriores à celebração do ajuste; b) a autoexecutoriedade das pretensões da Administração; c) o respeito ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro fixado no início.[1060]

Outro aspecto que merece ênfase reside na natureza do objeto a que se destinam todos os contratos de concessão de serviços públicos. Como se observa na própria denominação, constitui objeto desse tipo de ajuste a *prestação de um serviço público*. A atividade delegada ao concessionário deve caracterizar-se como serviço público, e os exemplos conhecidos de concessões comprovam o fato: firmam-se concessões para serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos, comunicações telefônicas etc.

Atividades meramente econômicas, por conseguinte, são inidôneas para figurar como objeto de contratos de concessão, ainda que, por impropriedade técnica, sejam assim denominados. É o caso da Lei nº 9.478, de 6/8/1997, reguladora da política nacional de atividades petrolíferas, que denomina de *contrato de concessão* o ajuste celebrado entre a ANP – Agência Nacional do Petróleo e empresas privadas, com o fim de serem executadas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (arts. 23 e 43). Há evidente erronia na nomenclatura legal. Tais atividades são eminentemente privadas, de caráter empresarial, muito embora se constituam monopólio da União, exercido, por longos anos, exclusivamente pela PETROBRAS, e hoje suscetíveis, parcialmente, de execução por empresas privadas, conforme as alterações introduzidas pela EC nº 9/95 no art. 177 da Lei Maior. A referida lei institui a disciplina básica de tais contratos, mas o certo é que, apesar de algumas regras

especiais, não se configuram eles como contratos de concessão de serviços públicos, tais como desenhados pelo art. 175 da CF, mas sim como simples *contratos privados,* e isso porque, simplesmente, seu objeto não é a prestação de um serviço público, mas o mero desempenho de atividade econômica.[1061]

Conquanto haja inegáveis semelhanças, o *contrato de concessão de serviços públicos,* como vem acentuando a doutrina mais autorizada, não se confunde com o *contrato de franquia* (*"franchising"*), algumas vezes celebrado por entes administrativos. Em ambos os ajustes, uma das partes (*concedente* ou *franqueador*) delega à outra a execução de atividade de que é titular (*concessionário* ou *franqueado*). Mas a concessão se qualifica como contrato administrativo, ao passo que a franquia traduz contrato tipicamente privado, como regra de natureza empresarial. Ademais, o franqueado atua em nome do franqueador, utilizando sua marca, sua técnica e sua organização; o concessionário, ao revés, opera em nome próprio e adota sua própria estrutura orgânica.[1062]

A propósito, foi editada a Lei nº 11.668, de 02.05.2008, que, disciplinando o *contrato de franquia postal*, no qual é contratante a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, indicou que sua regência complementar se processa pela aplicação das Leis 10.406/2002 (Código Civil), 8.955/94 (regula a franquia empresarial) e 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações). Semelhante indicação comprova, sem dúvida, que se trata de contrato tipicamente de direito privado, com uma ou outra derrogação por norma de direito público, de caráter excepcional. Assim, os particulares que executam atividades de franquia postal caracterizam-se como *franqueados*, e não como *concessionários*.[1063]

4.2. Concessão e Permissão

Não é incomum ser feita certa confusão entre a concessão e a permissão de serviço público. A confusão, pode-se dizer, até se justifica diante da circunstância de que ambas almejam o mesmo objeto – a prestação de um serviço público.

Tradicionalmente, a diferença residia em que a concessão de serviço público era caracterizada como *contrato administrativo*, ao passo que a permissão de serviço público se qualificava como *ato administrativo*. Dessa distinção quanto à caracterização formal dos institutos emanavam nitidamente algumas consequências jurídicas diversas, como as relativas à indenizabilidade, à precariedade, à estabilidade

da delegação etc.

Entretanto, a Lei nº 8.987/95, de modo surpreendente e equivocado, atribuiu à permissão de serviço público a natureza de *contrato de adesão* (art. 40), provocando justificável confusão sobre essa forma de delegação. Com essa fisionomia, atualmente inexiste, na prática, distinção entre a concessão e a permissão de serviço público. De qualquer modo, mencionaremos os frágeis pontos distintivos ao comentarmos adiante a natureza das permissões.[1064]

5. A Relação Contratual

O contrato de concessão é *bilateral,* visto que gera obrigações para ambos os contratantes; *comutativo,* porque não existe álea, ou seja, são equivalentes e previamente identificadas as obrigações das partes; *intuitu personae,* eis que o concessionário não pode ceder suas obrigações, e, sobretudo, o serviço que lhe foi delegado, a terceiros, sem prévio assentimento do concedente;[1065] e *formal,* já que necessária é a formalização das vontades e o mais detalhado lineamento das obrigações cominadas aos contratantes.

6. A Supremacia do Concedente

Sendo a concessão um contrato administrativo, constitui característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente. Aliás, se esta é característica dos demais contratos administrativos, em que a relação jurídica se cinge ao Estado e ao particular, com maior razão teria que sê-lo para as concessões, que, como visto, exigem também a participação dos membros da coletividade, não só como destinatários do serviço, mas também como responsáveis pelo pagamento das tarifas.

Como corolário da preponderância do Estado nos contratos administrativos, incidem na concessão as cláusulas de privilégio, ou *exorbitantes,* que são certas prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado nos contratos administrativos. [1066] A Lei nº 8.987/95 previu, em mais de uma passagem, aspectos que retratam essa preponderância. Cite-se, como exemplo, o art. 23, V, que admite possíveis alterações no contrato, e o art. 37, que contempla a retomada do serviço pela encampação, fundada em motivos de interesse público.

7. A Natureza do Concessionário e do Concedente

Na concepção clássica, a doutrina admitia que o serviço público fosse delegado à pessoa física ou jurídica.[1067] A lei não admitiu a delegação do serviço a pessoas físicas, mas apenas a pessoas jurídicas ou a consórcio de empresas. A exigência, inclusive, foi estendida também às concessões de serviço público precedidas da execução de obra pública (art. 2º, II e III, do Estatuto das Concessões).

Em face da exigência legal, a comprovação da personalidade jurídica do concessionário ou da regularidade do consórcio de empresas constitui requisito inafastável para a validade da contratação. Sem sua observância, o contrato apresentará vício de legalidade quanto à figura do concessionário.

Quanto à natureza do concedente, pode-se afirmar que tradicionalmente foi representado pela figura do Estado ou, no caso de Estados federativos, de suas pessoas integrantes. No caso brasileiro, entes federativos são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos com idoneidade de figurarem como sujeitos concedentes, de acordo com as respectivas competências constitucionais e com os serviços que possam prestar.

A despeito dessa clássica fisionomia, porém, a celebração de alguns contratos de concessão tem sido delegada, em caráter de exceção, a autarquias, especialmente algumas agências reguladoras, passando tais entes a ostentar a qualificação de *concedentes*. Trata-se de delegação de *função fiscalizadora* ou de *controle*, o que rende ensejo a que esse tipo de descentralização, por via de consequência, tenha expressa previsão em lei. A Lei nº 9.472, de 16.07.97, delegou à ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, agência reguladora, o poder de *celebrar* e gerenciar contratos de concessão dos serviços de telefonia sob regime público (art. 19, VI), neles assumindo, como sujeito ativo, a qualidade jurídica de *concedente*.[1068]

8. Concessão a Empresas Estatais

Quando o Estado resolve a gestão descentralizada dos serviços públicos, procede à delegação legal ou negocial, editando a lei autorizadora da criação de entidade a ele vinculada para executar certo serviço específico, ou firmando a concessão ou permissão para o serviço.

Por esse motivo, as pessoas instituídas por força de delegação legal estão vinculadas à pessoa federativa instituidora, e esta, como é óbvio, há de ter natural

ingerência na sua organização, estrutura e direção. Os dirigentes são agentes públicos da confiança das autoridades da administração direta responsáveis pelo controle das pessoas instituídas.

O mesmo não ocorre com as pessoas concessionárias e também permissionárias. Tratando-se de pessoas jurídicas privadas (não mais pode haver concessionários pessoas físicas), o Estado não tem qualquer ingerência em sua estrutura e organização, limitando-se à fiscalização normal exercida por quem contrata os serviços de outrem. É, portanto, característica da concessão que o concessionário pertença à iniciativa privada, mesmo que, por delegação do Estado, esteja executando um serviço de interesse público.[1069]

De algum tempo para cá, porém, o Estado tem admitido a figura anômala de firmar concessões a empresas estatais, misturando, de certo modo, as noções de gestão dos serviços públicos por delegação legal e negocial. A vigente Constituição, a princípio, referia-se expressamente a esse mecanismo, dispondo no art. 25, § 2º: *Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.* Outro exemplo era o do art. 21, XI, que previa esse mesmo tipo de concessão no tocante a serviços telefônicos, telegráficos e outros serviços de telecomunicações.[1070]

Trata-se, em nosso entender, de distorção no sistema clássico de concessões, pois que, na verdade, se afigura como um contrato entre duas pessoas estatais, a que titulariza o serviço e a que o executa, sendo esta obviamente vinculada àquela. Se a empresa é estatal, tendo resultado de processo de delegação legal, a própria lei já definiria seu perfil institucional, bem como a tarefa que deveria desempenhar, desnecessário, desse modo, falar-se em concessão, instrumento, como visto, de delegação *negocial*.[1071]

A única hipótese em relação à qual pode dizer-se que não há distorção consiste na celebração de contrato de concessão entre um ente federativo e uma entidade estatal (*rectius:* paraestatal) *vinculada a ente federativo diverso.* Como suposição, pode imaginar-se que a União Federal firme contrato de concessão com certa sociedade de economia mista vinculada a certo Estado-membro para a prestação do serviço de energia elétrica. Nesse caso, entretanto, a entidade governamental estará exercendo atividade tipicamente empresarial e atuando no mundo jurídico nos mesmos moldes que uma empresa da iniciativa privada, de modo que, para lograr a

contratação, deverá ter competido em licitação prévia com outras empresas do gênero, observado o princípio da igualdade dos licitantes, e vencido o certame pelo oferecimento da melhor proposta. A anomalia seria visível (e aí estaria a distorção) se a União contratasse com empresa estatal federal a concessão do mesmo serviço.

9. Exigência de Licitação

9.1. O Caráter de Obrigatoriedade

Já foi visto que os contratos administrativos, como regra, exigem o procedimento prévio de licitação. Trata-se de princípio impostergável por estar associado aos postulados básicos de moralidade e igualdade.

Os contratos de concessão não fogem à regra que a Constituição traçou sobre exigibilidade de licitação para as contratações (art. 37, XXI). Ao contrário, no art. 175 deixou assentada, de forma induvidosa, a exigibilidade do procedimento seletivo, e, para tanto, empregou a expressão *"sempre através de licitação"*.

Desse modo, não mais tem o Estado o poder de escolher livremente o concessionário de seus serviços. Deverá este ser o efetivo vencedor em processo de licitação previamente realizado. Com fundamento no princípio em foco, aliás, já se declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que admitia a conversão direta de permissões municipais de transporte coletivo em permissões estaduais, no caso da criação de novos Municípios ou de desmembramento de área para incorporação ao território de outro Município. Tal fato acarretaria a extinção da permissão em virtude da alteração da competência constitucional para regular o serviço, de modo que seria necessária nova licitação para a escolha do permissionário, tudo em conformidade com o art. 37, XXI, da CF.[1072]

Além de ser obrigatório o procedimento de licitação, deve o certame guiar-se por todos os princípios que normalmente regem essa modalidade de seleção. Por tal razão, é necessário observar os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório. Diante disso, é inconstitucional a lei do ente público, que, de forma abstrata, regule as concessões com a antecipada previsão de prorrogabilidade do contrato, forma dissimulada de violar aqueles princípios e de praticar favorecimentos escusos.[1073]

9.2. Modalidade Licitatória

A lei de concessões não somente assentou a obrigatoriedade de licitação para a escolha do concessionário, como ainda fixou que a modalidade licitatória para o caso é a *concorrência,* aplicando-se a exigência quer para as concessões simples, quer para as precedidas da execução de obra pública (arts. 2º, II e III, e 14).[1074]

Por exceção, a Lei nº 9.074/95 previu também a modalidade de *leilão* de quotas ou ações nos casos de privatização de pessoas administrativas sob controle direto ou indireto da União, com simultânea outorga de nova concessão ou com a prorrogação das já existentes. É exigível, porém, a observância da necessidade de serem vendidas quantidades mínimas que garantam a transferência do controle acionário. A regra, entretanto, não se aplica aos serviços públicos de telecomunicações (art. 27 e inc. I).

A modalidade de concorrência é de observância obrigatória também para Estados, Distrito Federal e Municípios, porquanto a norma da lei federal que a exige tem caráter de princípio, que, como tal, deve nortear todas as situações que guardem identidade. Nesse sentido, aliás, a lei das concessões determinou que todos os entes federativos promovam a revisão de sua legislação e a adaptem às suas prescrições, procurando atender às peculiaridades de seus serviços (art. 1º, parágrafo único).

9.3. O Edital

Ao elaborar o edital, deverá o ente público concedente observar as regras gerais da Lei nº 8.666/93 – o Estatuto dos Contratos e Licitações. E nem deveria ser de outra forma, já que os princípios da igualdade de oportunidades e da competitividade devem estar presentes também na escolha daquele a quem vai ser delegada a prestação do serviço, ou seja, o concessionário.

Vários são os requisitos exigíveis pela lei de concessões para a validade do edital. Destacam-se entre eles: a) direitos e obrigações do concedente e do concessionário; b) o objeto e o prazo da concessão; c) as condições para a adequada prestação do serviço; d) critério de reajuste das tarifas etc. (art. 18).

É, da mesma forma, necessário que o edital tenha, como anexo, a minuta do contrato, a fim de que os interessados já possam verificar, antes da participação, se lhes são convenientes as cláusulas propostas. Esse é o motivo, aliás, porque se considera a concessão como modalidade de *contrato de adesão*: uma vez anexada a

minuta ao edital, a Administração já indica previamente o conteúdo básico do contrato, cabendo aos participantes apenas a alternativa de aceitá-lo por adesão, participando do processo licitatório, ou repudiá-lo, desistindo do certame.

O edital deve submeter-se fielmente aos princípios da igualdade e da impessoalidade, de modo a que todos os competidores participem regidos pelas mesmas condições. É inconstitucional, por exemplo, a lei que estabeleça pontuação mais favorável às empresas que vinham ostentando anteriormente a posição de concessionárias. Estas devem concorrer em igualdade de condições com as que pleiteiam a contratação. Além disso, o art. 37, XXI, da CF, inadmite quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis ao cumprimento do contrato.[1075]

Adotando o método cada vez mais utilizado (e mais lógico) nas licitações, a Lei nº 8.987/95 passou a admitir (primitivamente não o fazia) que o edital contemple a *inversão da ordem* das fases de *habilitação e julgamento*. Nesse caso, após a classificação das propostas (ou o oferecimento de lances), é aberto apenas o envelope do melhor classificado, com os documentos de habilitação. Estando em ordem, será declarado vencedor. Caso seja inabilitado, a análise recairá sobre o envelope relativo ao classificado em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante atenda às exigências do edital. Ao vitorioso será adjudicado o objeto da contratação nas condições técnicas e financeiras que tiver ofertado.[1076]

9.4. Critérios de Julgamento

A licitação com vistas à escolha do particular que vai executar serviço de concessão atende a peculiaridades específicas, e isso pela própria natureza dessa modalidade de delegação.

Desse modo, o critério de julgamento terá que se ajustar à forma pela qual se ajusta a concessão do serviço. Como regra, o vencedor da licitação será aquele que apresentar o menor valor da tarifa do serviço a ser prestado. Aqui a lei pretendeu favorecer o usuário, adotando o princípio da modicidade da tarifa.

Se a concessão importar pagamento do concessionário ao concedente, o critério de julgamento será inverso, vale dizer, vencerá a licitação aquele que oferecer o maior preço. A despeito de serem esses os critérios básicos, a lei admite ainda a sua combinação, de acordo com o que vier a ser regulado para a concessão

(art. 15, I a III, do Estatuto das Concessões).

A Lei nº 9.648, de 27/5/1998 acrescentou os incisos IV, V, VI e VII ao art. 15, introduzindo critérios de melhor técnica, antes inexistentes: IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; e VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Não poderão, entretanto, os candidatos fraudar os objetivos da licitação, apresentando propostas claramente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os fins do certame. Se tal ocorrer, as propostas serão desclassificadas.

9.5. Fatores de Desclassificação

Um dos principais cuidados do poder concedente, ao planejar a concessão de serviço público, deve ser o da escolha de candidato que possa efetivamente executar o serviço da melhor forma possível, de modo a atender aos reclamos da coletividade.

Por isso, já vimos que, se a proposta for inexequível material ou financeiramente, deve ser desclassificada.

Mas não é apenas nesse caso que ocorrerá a desclassificação. Se o interessado necessitar, para viabilização de sua proposta, de subsídios ou vantagens que, além de não autorizados em lei, não estejam também à disposição dos demais licitantes, será ela desclassificada. Trata-se de procedimento que se compatibiliza com o princípio da igualdade dos licitantes.[1077]

Outra norma que guarda consonância com o referido princípio consiste na proposta apresentada por entidade estatal diversa daquela que vai delegar o serviço. Se essa proposta, para ser viável, depender de vantagens ou subsídios da entidade estatal controladora, deverá ser também alijada da competição.[1078]

9.6. Participação de Empresas Estatais

A Lei nº 9.074/95, disciplinando matéria que ficara omissa na Lei nº 8.987/95, regulou a participação, no procedimento licitatório, de empresa estatal (*rectius:* empresa *paraestatal*), ou seja, aquela que de alguma forma esteja vinculada a pessoa

federativa.

No momento em que admitiu essa participação, o legislador precisou ajustar algumas regras sobre licitações, visto que estão tais empresas sujeitas ao regime da Lei nº 8.666/93 – o Estatuto de Contratos e Licitações. Voltou-se principalmente para os preparativos que antecedem a composição dos preços e serviços, imprescindíveis àqueles que pretendam ser concessionários de serviços públicos.

Verificando essa situação específica, a Lei nº 9.074/95 autorizou que a empresa estatal, participante de concorrência para a escolha de concessionário, tenha dispensa de licitação quando, para compor sua proposta, precise colher preços ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos. Veja-se que a lei criou mais um caso entre os de dispensa de licitação, previstos no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Logicamente tais pré-contratos dependem, para transformar-se em contratos definitivos, de ser a empresa estatal vitoriosa no processo licitatório. Se o for, os contratos, agora definitivos, terão que ser apreciados pelos órgãos de controle externo aos quais tenha sido cometida essa função fiscalizadora. Com isso, poder-se-á evitar que, para vencer a licitação, a empresa estatal celebre contratos lesivos ao erário público.

Se, em caso contrário, a empresa estatal for derrotada na licitação, os pré-contratos, que terão necessariamente cláusula resolutiva de pleno direito, serão considerados como desfeitos pela vontade bilateral das partes, sem que lhes seja cominada qualquer obrigação sancionatória ou indenizatória (art. 32, e §§ 1º e 2º, Lei nº 9.074/95).

10. Mutabilidade

A doutrina, em grande parte, reconhece nos contratos de concessão a existência de cláusulas regulamentares e de cláusulas financeiras. Estas, como traduzem o preço do serviço, não podem ser alteradas ao exclusivo arbítrio da Administração.

Com as cláusulas regulamentares, porém, sucede o contrário. Ao ser delegado o serviço, fica *"o concessionário em uma situação jurídica regulamentar ou estatutária, cujo conteúdo está nas normas legais e regulamentares que disciplinam o serviço concedido"*, como bem assinala SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA.[1079] Assiste razão ao autor.

Na verdade, a concessão sofre o influxo de uma disciplina de caráter geral, normativa, organizacional, que pode ser modificada por *critérios administrativos*.

Daí o preciso ensinamento de CAIO TÁCITO, de que a mutabilidade desses contratos *"consiste em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas de serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas".*[1080]

Claro que o *ius variandi* a que se sujeitam as concessões pode ocasionar encargos para o concessionário. Se tal ocorrer, este faz jus ao reacerto das tarifas ou à recomposição patrimonial, mas o que não pode é opor-se a eventuais alterações no *modus operandi* do contrato, já que inseridas elas no âmbito discricionário da Administração.

Deve consignar-se, todavia, que a mutabilidade que marca as concessões não tem caráter absoluto nem no que tange às cláusulas de serviço. Afinal, trata-se de um contrato e, como tal, há de estar presente um mínimo de estabilidade na relação jurídica. Fora daí, poderá vislumbrar-se abuso de poder. Já se decidiu, por exemplo, que é inconstitucional a lei estadual que concede a trabalhadores desempregados isenção do pagamento dos serviços de fornecimento de luz e água, não somente porque interfere em relação concessional diversa (federal e municipal), como também em virtude de inobservância às regras estabelecidas na licitação (art. 37, XXI, CF).[1081] Entretanto, ainda que a concessão fosse estadual, o benefício, de notória densidade social, haveria de ser compensado pelo concedente, evitando-se o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro que preside o contrato e o consequente prejuízo para o concessionário.

O poder de alteração unilateral do contrato, em consequência, não pode servir de fonte de abusos por parte do concedente, como têm averbado os estudiosos do assunto. E nem poderia ser diferente. Se, de um lado, esse poder constitui exercício da soberania do Estado em prol do interesse público, de outro se torna impositivo que a Administração demonstre inequivocamente a existência de fatos justificadores do exercício da prerrogativa. Sem essa contraposição, é flagrante a possibilidade de abuso de poder. Está, portanto, inteiramente acertada a afirmação de que *"o* ius variandi *não pode ser tomado como um poder afeito a uma autonomia de vontade do Poder Público (que, de resto, inexiste). Trata-se de competência regulada e pautada por pressupostos certos, determinados pela lei sob um princípio de reserva legal".*[1082]

Na verdade, a exigência de tal equilíbrio é que possibilita assegurar-se ao concessionário o direito ao pactuado na concessão e o respeito ao princípio da equação econômico-financeira do contrato. Significa dizer que, se se eleva o custo do serviço para o concessionário, cabe ao Estado adequar o contrato à nova realidade. Somente assim poderá alcançar-se a real observância ao princípio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos.[1083] Por tal motivo, aliás, já foi declarada a inconstitucionalidade de lei municipal que, sem fixar a devida fonte de custeio e ausente qualquer cláusula contratual na concessão, instituiu vários casos de gratuidade no serviço público de transporte coletivo municipal, com evidente vulneração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.[1084] Com o mesmo fundamento, foi declarada constitucional a norma de Carta estadual que exigia a indicação da correspondente fonte de custeio no caso de gratuidade na prestação indireta de serviços públicos.[1085]

11. Política Tarifária

Como remuneração pela execução do serviço, o Poder Público fixa a *tarifa* a ser paga pelos usuários. Trata-se de preço público e, portanto, fica a sua fixação sob a competência do concedente.

A Constituição em vigor, diversamente da anterior, limitou-se a dizer que a lei reguladora das concessões deverá disciplinar a política tarifária (art. 175, parágrafo único, III). A despeito da simplicidade da expressão, não se pode deixar de reconhecer que o concessionário tem o direito subjetivo à fixação das tarifas em montante suficiente para ser devidamente prestado o serviço.

Esse entendimento emana da própria Constituição. Com efeito, se do concessionário é exigida a obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único, IV, CF), não pode ser relegada a contrapartida da obrigação, ou seja, o direito de receber montante tarifário compatível com essa obrigação. Se, de um lado, não devem as tarifas propiciar indevido e desproporcional enriquecimento do concessionário, com graves prejuízos para os usuários, de outro não pode o seu valor impedir a adequada prestação do serviço delegado pelo Estado. Por isso mesmo, várias decisões judiciais asseguraram a concessionários o direito à revisão das tarifas.[1086]

Adite-se, ainda, que a fixação das tarifas é o verdadeiro molde do princípio do

equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Exatamente por isso, é necessária a sua revisão periódica para compatibilizá-la com os custos do serviço, as necessidades de expansão, a aquisição de equipamentos e o próprio lucro do concessionário.[1087]

A Lei nº 8.987/95 regulou a matéria relativa à política tarifária. Na disciplina, a lei ressaltou a possibilidade de ajuste quanto à revisão das tarifas, para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Este princípio deve ainda ser observado no caso de alteração unilateral do contrato que atinja o equilíbrio inicial. Tal ocorrendo, deve o concedente restabelecê-lo concomitantemente à ocorrência do fato que gerou a ruptura da linha de equilíbrio. O que é vedada é a elevação indevida e abusiva das tarifas: se tal ocorrer, os usuários-consumidores têm direito à correção do aumento. Tratando-se de direito difuso, vez que indeterminados os usuários, tem o Ministério Público legitimidade para propor a respectiva ação civil pública.[1088]

Embora a regra geral seja a da unicidade da tarifa, a política tarifária admite a diferenciação das tarifas, quando são distintos os segmentos de usuários do serviço. Não obstante, são requisitos da fixação diferenciada as características técnicas do serviço prestado e os custos necessários ao atendimento dos diversos setores de usuários. O que é vedado ao concessionário é a ofensa ao princípio da impessoalidade em relação aos usuários, mediante tratamento jurídico diferenciado para situações fáticas idênticas. Para a licitude da tarifa diferenciada é indispensável que concedente e concessionário demonstrem claramente que o sistema de progressividade na cobrança atende a critérios de política pública e visa, em última instância, ao interesse coletivo. É o caso da utilização do serviço de abastecimento de água. Sendo esta um bem público limitado e essencial à própria sobrevivência da humanidade, como hoje o consideram os especialistas, não pode ser alvo de desperdício, ou uso indevido ou desnecessário, sendo, pois, cabível a cobrança de tarifa diferenciada para faixas de maior ou menor dispêndio pelos usuários.[1089]

A Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que dispõe sobre diretrizes gerais de saneamento básico, corroborou expressamente essa possibilidade. Ao tratar da necessidade de assegurar a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de saneamento básico, entre eles os de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de águas pluviais urbanas, previu que a estrutura de

remuneração e *cobrança* dos serviços pode levar em consideração diversos fatores, e entre estes relacionou a definição de *categorias de usuários*, distribuídas por *faixas ou quantidades* crescentes de *utilização ou de consumo* (art. 30, I). Tais fatores, como já se apontou anteriormente, têm como base as diretrizes estabelecidas para a política adotada para a prestação dos serviços de saneamento básico, em que, além dos usuários em si, deve ser considerado o próprio serviço a ser prestado.

Visando ao princípio da modicidade, é também possível que o poder concedente, ao fixar as normas do edital da licitação, preveja a possibilidade de o concessionário receber receitas alternativas. Desse modo, poderá ser reduzido o valor da tarifa. Referidas receitas, porém, deverão estar previamente autorizadas em lei e à disposição de todos os interessados.[1090]

Para evitar que maus administradores instituam, de maneira descriteriosa, benefícios tarifários, a Lei nº 9.074/95 dispôs que sua estipulação fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da concomitante revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, tudo com o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A lei foi mais adiante: tais benefícios só podem ser atribuídos a uma coletividade de usuários, sendo vedado expressamente o benefício singular, fato que se configuraria em iniludível conduta ilegal, caracterizadora do desvio de finalidade.

Na concessão do serviço de conservação de estradas, tem havido reclamações de alguns usuários quanto à tarifa do pedágio cobrada em determinadas rodovias. Algumas reclamações são de fato procedentes, mas é preciso não esquecer que a tarefa de fixação da tarifa cabe à Administração. Se o contrato previu tarifa por demais elevada, ou admitiu reajuste fora dos padrões regulares de atualização monetária, a culpa exclusiva é do concedente. O que é necessário é que o Poder Público se cerque de técnicos competentes para alcançar tarifa que remunere o concessionário pelo serviço que executa, sem contudo onerar o bolso dos usuários. [1091]

Alguns governos, mais populares cos e demagógicos do que verdadeiros administradores públicos, têm tentado impor a concessionários, unilateral e coercitivamente, a redução da tarifa estabelecida no contrato, geralmente celebrado em administração anterior, sob a alegação de que seria ela demasiadamente elevada e ao mesmo tempo prejudicial ao bolso dos usuários. O abuso é notório e atende

normalmente a interesses políticos. De um lado, é a constatação da incompetência e do despreparo dos administradores públicos, e isso porque um dos dois governos dá mostra de sua mediocridade: ou o anterior, que não teve capacidade de projetar o valor mais compatível da tarifa, ou o atual, que, não tendo essa capacidade, se volta contra o anterior, que fizera corretamente a projeção. De outro, é a frontal violação do contrato de concessão, eis que a tarifa só pode ser revista, sobretudo reduzida, quando houver real justificativa para tanto.

Caso o concedente deseje reduzir o valor da tarifa, deve compensar o concessionário para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja através da redução dos ônus e encargos atribuídos contratualmente ao concessionário, seja por meio de indenização paga pelo concedente, correspondente ao que o concessionário deixará de arrecadar em razão da redução tarifária.[1092] As tentativas de redução unilateral da tarifa sem previsão contratual ou sem a devida compensação têm sido consideradas abusivas e corretamente anuladas pelo Judiciário.[1093]

Diversa, contudo, é a situação do idoso. A Constituição assegurou aos maiores de 65 anos gratuidade nos transportes coletivos urbanos (art. 230, § 2º). A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no art. 39, *caput*, reproduziu a garantia. Sendo o mandamento constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, a lei nada fez senão consagrar a efetividade normativa, e, desse modo, o benefício independeria de fonte de custeio. Entretanto, em virtude do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve assegurar-se aos delegatários do serviço (concessionários e permissionários) o direito de pleitear do delegante eventual compensação no caso de haver prejuízo para o prestador, fato, aliás, que exigirá sempre detalhada demonstração através das respectivas planilhas de custo. A eficácia do preceito, todavia, é integral e sua aplicabilidade, exigível e imediata. [1094]

Dentro do mesmo aspecto social, a Lei nº 8.899, de 29.06.94, concedeu passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual. Com fundamento no princípio da solidariedade social, previsto no art. 3º da CF, o STF considerou a lei constitucional, afastando o argumento de que estaria havendo ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão, pois que tal aspecto poderia ser analisado

quando da definição das tarifas nas negociações contratuais.[1095] Dois aspectos, no entanto, merecem exame, em nosso entender. Primeiramente, a aferição do eventual desequilíbrio contratual não depende da negociação futura da tarifa, mas incide de imediato, cabendo ao concedente, porém, arcar com os custos do restabelecimento da equação. Em segundo lugar, a referida lei foi editada dentro da competência da União para legislar sobre transporte coletivo interestadual, só incidindo sobre esse serviço; resulta, pois, ser inaplicável para o transporte intermunicipal e intramunicipal – serviços da competência legislativa e regulamentadora, respectivamente, dos Estados e dos Municípios.

Sobre a questão do pedágio em rodovias sob o regime de concessão, tem sido discutida a questão da ilegitimidade de sua cobrança quando inexiste via alternativa para os usuários, o que ofenderia o direito de locomoção. Em nosso entender, o Poder Público, em certas circunstâncias, deveria realmente disponibilizar outra via de circulação para os usuários mais desprovidos de recursos. A verdade, porém, é que o art. 9º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, não instituiu essa obrigação, limitando-se a consignar que, *somente nos casos expressamente previstos em lei*, poderia a tarifa ser *"condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário"*. Portanto, para que o Poder Público seja compelido àquela obrigação, necessário se torna que a lei expressamente o preveja; sem essa previsão, a Administração atuará discricionariamente quanto à criação, ou não, da via alternativa.[1096]

Outro aspecto que merece destaque diz respeito à competência para a outorga da concessão: a questão sobre alterações contratuais só pode ser discutida entre a pessoa federativa que outorgou a concessão e o respectivo concessionário. Bem definindo a matéria, o STF já teve a oportunidade de decidir pela suspensão cautelar de dispositivo de lei estadual que estabeleceu suspensão temporária do pagamento das tarifas de consumo de energia elétrica, água e esgoto em favor dos trabalhadores que não dispunham de qualquer remuneração. Entendeu o referido Tribunal que o Estado não poderia interferir na relação contratual entre o concedente (no caso, os Governos Federal e municipal) e os respectivos concessionários (art. 175, parágrafo único, I e III, CF). Além disso, não poderia alterar as condições preestabelecidas na licitação, fato que ensejaria ofensa ao art. 37, XXI, da vigente Constituição.[1097]

Algumas tarifas são cobradas através de contas de consumo entregues na

própria residência do usuário ou no local onde se processou o consumo. Tais contas devem ser distribuídas pelos Correios ou pela própria empresa concessionária, e não por empresa privada por esta contratada para tal serviço. O STJ já decidiu que *"a execução conferida às concessionárias de serviço público não lhes outorgou a possibilidade de contratação de empresas particulares para o serviço de distribuição de contas de consumo"*, e isso porque, admitindo-se a contratação, a concessionária estaria vulnerando, por via oblíqua, o monopólio do serviço postal atribuído à União (art. 21, X, CF) e delegado à empresa pública federal criada exatamente para tal fim: a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.[1098]

Reiteramos aqui o que já assinalamos anteriormente: no que diz respeito ao pagamento indevido de tarifas, a *prescrição* para a *ação de repetição de indébito* é a prevista no Código Civil, já que a relação jurídica não tem natureza tributária nem se configura como relação típica de consumo.[1099]

Por fim, vale destacar, como já observamos anteriormente, que, em matéria de política tarifária, tem sido admitida a denominada *tarifa mínima*, devida pela só disponibilização do serviço concedido, à semelhança do que ocorre com o sistema de taxas.[1100] Sem embargo do fundamento apontado para admitir esse tipo de cobrança – a política de implementação e manutenção da estrutura necessária à prestação do serviço – entendemos que o fato reflete inegável distorção no sistema de prestação de serviços públicos de natureza facultativa, serviços esses que só deveriam merecer remuneração na medida em que o usuário *efetivamente* se beneficiasse deles, com o consequente realce da característica contratual que rege a relação entre o prestador e usuário do serviço.[1101] O correto, a nosso ver, é que os gastos com a manutenção e expansão do sistema de serviços estejam embutidos no próprio valor da tarifa, evitando-se que o contribuinte tenha que pagar por um serviço que não utiliza.[1102]

12. Análise do Pacto de Concessão

12.1. Autorização Legal

Quando a Lei nº 8.987/95 veio a lume, o legislador traçou inúmeras regras demonstrativas da fisionomia das concessões de serviços públicos e outras estabelecendo os requisitos, as condições, os direitos e obrigações das partes etc. Silenciou, no entanto, sobre a manifestação de vontade deflagradora da delegação

do serviço. O silêncio, naturalmente, tem que ser interpretado no sentido de que a vontade iniciadora deve originar-se de autoridades do Executivo, às quais compete, como é sabido, o exercício da função administrativa. Na verdade, é próprio dessa função a criação, a prestação, o controle e a regulamentação de serviços públicos, sendo, por isso, de todo razoável que, como de hábito, a competência para tais atividades seja cometida à Administração.

A Lei nº 9.074/95, contudo, demonstrando visível preocupação no que toca à instituição de novas concessões e permissões, criou outro requisito para elas, exigindo a edição de lei autorizadora e disciplinadora das condições da delegação do serviço, ressalvando, porém, certas situações já definidas no ordenamento jurídico. Dispôs o art. 2º desse diploma:

> *"É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público,* sem lei que lhes autorize e fixe os termos*, dispensada lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observados, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995".*

A norma inovadora, como se pode verificar, dispensa a lei autorizativa nos casos de já haver previsão da delegação do serviço no ordenamento jurídico básico das entidades federativas. Qualquer novo serviço, todavia, que tais entidades pretendam delegar por meio de concessão ou permissão, *dependerá da prévia manifestação de vontade do legislador*. Nesses casos, por conseguinte, duas serão as vontades necessárias à instituição da concessão ou da permissão: a primeira, do administrador que, com vistas à prestação de serviço delegado, proporá a promulgação de lei autorizativa, e a segunda do legislador, que, aceitando a proposta, consignará a sua autorização.

A Lei nº 9.074/95, em face da alteração que introduziu, editou norma de aplicação transitória, no sentido de ter considerado dispensada da lei autorizativa a contratação de serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com fundamento na Lei nº 8.987/95, no período entre a publicação dessa lei e a da lei nova (art. 2º, § 1º).

12.2. Cláusulas Essenciais

Não somente por se configurar como contrato administrativo, mas principalmente por força de suas peculiaridades específicas, entre as quais se destaca a delegação do serviço público, o contrato de concessão precisa conter algumas cláusulas especiais, consideradas como o termômetro dos direitos e obrigações dos pactuantes. São elas as *cláusulas essenciais* do contrato.

Por serem essenciais ao contrato, não há como serem relegadas a segundo plano, nem podem estar ausentes do instrumento contratual. A ausência das cláusulas essenciais no contrato, bem como a sua menção com inobservância ao que estabelece a lei, provocam, de modo inarredável, a invalidade do ajuste, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Judiciário.

Antes do vigente estatuto de concessões, não havia, como regra, parâmetros fixados em lei para o delineamento das regras que deveriam vigorar quando da execução do serviço público. Por essa razão, algumas concessões foram outorgadas de forma prejudicial ao poder concedente e desproporcionalmente favorável ao concessionário, numa inaceitável linha de desvio de finalidade.[1103]

A Lei nº 8.987/95 resolveu o problema, estabelecendo que nos contratos de concessão devem estar incluídas as cláusulas essenciais.[1104]

O elenco legal contém quinze cláusulas essenciais, mas, pelo que representam, convencionamos agrupá-las em cinco categorias. A primeira consiste nas *cláusulas relativas ao serviço*, que são as que definem o modo, a forma e condições de prestação do serviço, bem como as que fixam os critérios de sua avaliação; as que indicam o objeto, a área e o prazo da concessão; e as que fixam o preço e os critérios de reajuste.

A segunda categoria é a das *cláusulas relativas aos direitos e obrigações*, ou seja, aquelas que definem os direitos e obrigações do concedente, do concessionário e dos usuários. Uma terceira categoria é a das *cláusulas de prestação de contas,* aquelas que impõem ao concessionário prestar contas ao concedente e que lhe exigem a publicação de demonstrações financeiras periódicas. A quarta consiste nas *cláusulas de fiscalização,* pelas quais o concedente acompanha a execução do serviço pelo concessionário e, quando for o caso, aplica-lhe as devidas sanções. E a última corresponde às *cláusulas relativas ao fim da concessão,* que são as que preveem os casos de extinção, os bens reversíveis, o cálculo indenizatório, as condições de

prorrogação do contrato e as que definem o foro para divergências contratuais.

Quando se tratar de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, outras duas cláusulas serão classificadas ainda como essenciais:

1) a que define os cronogramas físico-financeiros da execução das obras pertinentes à concessão do serviço; e
2) a que impõe ao concessionário o oferecimento de garantia do fiel cumprimento das obrigações relativas às obras que precedem a prestação do serviço.[1105]

É interessante notar que, entre as cláusulas essenciais, a lei mencionou aquela relacionada "*ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais"* (art. 23, XV). Ainda que haja aqui e ali alguma divergência sobre o assunto, tem dominado o entendimento de que a cláusula estampa a possibilidade de adoção do instituto da *arbitragem*, regulada esta na Lei nº 9.307, de 23/9/96.[1106] Visa a arbitragem a dirimir controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, com a indicação de árbitros pelas partes interessadas na solução do conflito, de modo a ser evitada a justiça tradicional, frequentemente criticada por sua morosidade. Não impede a adoção do instituto o princípio da legalidade nem o da indisponibilidade dos bens públicos: naquele caso, porque é a própria lei que o admite; neste porque indisponibilidade não se confunde com gestão, de forma que será legítimo que a Administração recorra à arbitragem para dirimir conflitos sobre divergências contratuais, sobretudo porque se trata de controvérsias de cuja natureza ressalta, predominantemente, a *patrimonialidade dos efeitos*.[1107]

Para consolidar a tendência que acentuamos acima, a Lei das Concessões passou a dispor expressamente (não o fazia originalmente) que o contrato de concessão pode prever o emprego de *mecanismos privados* para dirimir conflitos relacionados ao ajuste, aludindo expressamente à *arbitragem,* regulada pela citada Lei nº 9.307/96, devendo esta ser realizada no Brasil e formalizada em língua portuguesa.[1108]

12.3. A Responsabilidade do Concessionário

Ao executar o serviço, o concessionário assume todos os riscos do

empreendimento. Por esse motivo, cabe-lhe responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros.

No que tange ao sujeito lesado pelo dano, há entendimento no sentido da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva do concessionário, no caso de danos causados a terceiros, não usuários do serviço concedido. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva só incidiria no caso de danos causados a usuários.[1109] *Concessa venia*, dissentimos da decisão. Na verdade, o texto constitucional não faz qualquer distinção a respeito, não cabendo ao intérprete fazê-lo. Ao contrário, as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (como é o caso dos concessionários) estão mencionadas ao lado das pessoas jurídicas de direito público (art. 37, § 6º, CF) para o efeito de se sujeitarem à responsabilidade objetiva. Desse modo, não há razão para a aludida distinção. A admitir-se semelhante fundamentação, forçosa também teria que ser a distinção quando o próprio Estado causasse danos a terceiros e a usuários de alguns de seus serviços, o que, é óbvio, nunca foi sequer objeto de cogitação. O que pretendeu o Constituinte foi tornar equiparados, para fins de incidência da responsabilidade objetiva, o Estado e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, e isso porque, conforme já ensinava a doutrina mais autorizada, estas últimas são verdadeira *longa manus* do Poder Público.

No que toca ao ilícito civil, a atividade do concessionário rege-se pela *responsabilidade objetiva,* como averba o art. 37, § 6º, da CF. Consoante esse dispositivo, não só as pessoas jurídicas de direito público, como as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público sujeitam-se ao princípio da responsabilidade objetiva, que se caracteriza, como sabido, pela desnecessidade de investigação sobre o elemento culposo na ação ou omissão. Como os concessionários são prestadores de serviço público (art. 175, CF), estão eles enquadrados naquela regra constitucional.[1110]

Diz a lei que a fiscalização a cargo do concedente não exclui nem atenua essa responsabilidade.[1111] A regra deve ser interpretada com a máxima precisão, em ordem a se considerar que, independentemente da boa ou má fiscalização, a responsabilidade do concessionário *em relação a prejuízos causados ao concedente* é *integral,* vale dizer, não pode ele pretender reduzir sua responsabilidade, ou mitigá-la, sob o pretexto de que houve falha na fiscalização.

Mas não se pode extrair da regra legal a mesma interpretação quando os prejuízos forem causados a usuários ou a terceiros,[1112] tendo havido, por parte do poder concedente, falha na fiscalização. Interpretação nesse sentido ofenderia o já referido princípio constitucional de responsabilidade, contido no art. 37, § 6º, da Constituição. Se esta norma atribui ao Estado responsabilidade civil por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, *não pode ele ver-se excluído dessa responsabilidade, quando seus agentes tiverem sido omissos ou deficientes na fiscalização das atividades do concessionário.*

Desse modo, a melhor interpretação é a de que, embora a *responsabilidade primária integral* seja atribuída ao concessionário, pode este exercer seu direito de regresso contra o concedente, quando tiver havido ausência ou falha na fiscalização, porque nesse caso terá o concedente contribuído, juntamente com o concessionário, para a ocorrência do resultado danoso. O direito de regresso deverá ser exercido pelo concessionário para postular a reparação de seu prejuízo na justa medida da contribuição do concedente para o resultado danoso cujo prejuízo lhe provocou o dever de indenizar. Assim, se, por exemplo, o concedente contribuiu pela metade para o resultado danoso, tem o concessionário, após ter reparado integralmente os prejuízos do lesado, o direito de postular o reembolso de metade do que foi obrigado a indenizar. Sentido diverso levaria a verdadeiro e indevido enriquecimento sem causa por parte do Estado: tendo agido com culpa e não tendo dever indenizatório, estar-se-ia locupletando de sua própria torpeza.

Além disso, é importante analisar outra hipótese, qual seja, aquela em que apenas o concessionário contribuiu para o prejuízo de terceiro, sem que tenha havido, por conseguinte, vulneração pelo concedente de sua obrigação fiscalizatória. Logicamente não haveria direito de regresso contra o concedente nessa hipótese, já que inexistiu por parte deste qualquer culpa concorrente. Não obstante, se, apesar disso, o concessionário não tiver meios efetivos para reparar os prejuízos causados, pode o lesado dirigir-se ao concedente, que sempre terá *responsabilidade subsidiária* pelo fato de ser o concessionário um agente seu. Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a relação jurídica indenizatória se fixará diretamente entre o lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária.[1113]

12.4. Transferência de Encargos

Sendo bastante complexa, como regra, a atividade a ser desenvolvida pelo concessionário, pode ele contratar com terceiros para o desempenho de atividades vinculadas, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como para a implementação de projetos a este associados. A transferência de encargos, porém, exige a observância das regras disciplinadoras da execução do serviço. Além disso, os negócios jurídicos firmados entre o concessionário e terceiros não envolvem o poder concedente e submetem-se às regras de direito privado.[1114]

Outra forma de transferência de encargos do concessionário se faz através da *subconcessão*. Por ela, o subconcessionário passa a executar, em lugar do concessionário-subconcedente, atividades vinculadas ao serviço concedido. A subconcessão só tem validade se tiver havido autorização do Poder Público e referência no contrato de concessão. Consumando-se a subconcessão, ocorre o fenômeno da sub-rogação, passando o subconcessionário a assumir todos os direitos e obrigações do subconcedente, naturalmente dentro dos limites em que se firmou a subconcessão. Para evitar favorecimentos ilegais, impõe-se, em qualquer hipótese, procedimento de licitação para a escolha do subconcessionário.

12.5. Alteração do Concessionário

Quando o concessionário é escolhido através do procedimento de licitação, tem-se a presunção de que a melhor forma de executar o serviço delegado estará a seu cargo. Presume-se também que ideal seja a estrutura interna funcional do concessionário, fator levado em conta quando do processo seletivo. Portanto, tais elementos devem perdurar, em princípio, no período de prestação do serviço.

Podem, entretanto, ocorrer fatos supervenientes que alterem a situação inicial do concessionário. Pode, por exemplo, ser necessária a transferência da concessão ou, ainda, pode ocorrer a alteração do controle societário da empresa concessionária. A lei não impede a configuração de tais ocorrências, mas, como é evidente, impõe algumas condições. Assim, deverá haver prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão. Por outro lado, o novo concessionário ou os novos controladores da empresa concessionária inicial devem não somente firmar o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, como também observar os requisitos de regularidade jurídica e fiscal,

capacidade técnica e idoneidade financeira, imprescindíveis à execução do serviço concedido. Sem que atenda a tais requisitos, o concedente não autorizará as ocorrências e, em consequência, porá fim à delegação concessional.[1115]

No tema em foco, o que o legislador deseja efetivamente é que a situação do concessionário não afete o interesse público nem o serviço concedido, em detrimento da coletividade. Com tal consideração, e desde que o contrato o discipline, pode o concedente autorizar a *alteração do controle* do concessionário, sendo o mesmo transferido para a pessoa que exercia o papel de *financiadora*. Essa operação tem por escopo propiciar a reestruturação financeira do concessionário de modo a preservar a regularidade na execução do serviço.[1116] Não obstante, o novo controlador deve comprovar sua regularidade jurídica e fiscal, eis que se altera sua situação jurídica: passa de ente financiador para controlador da empresa contratada pelo Poder Público. De outro lado, a substituição do controle não atinge as obrigações nem do concessionário nem do controlador perante o poder concedente.[1117]

12.6. Cessão de Créditos Operacionais

Alguns contratos de concessão exigem a percepção de *investimentos* a fim de ser devidamente cumprido o serviço ou a obra concedidos. Com o escopo de garantir o investidor em contratos de empréstimo de longo prazo,[1118] o legislador admite que o concessionário ajuste, em favor daquele, a *cessão de créditos operacionais* futuros em caráter fiduciário, correspondente a parcela da remuneração a ser paga pelo concedente.[1119] Esse negócio jurídico visa a fomentar a concessão de empréstimos ao executor do serviço sob o influxo de menor risco e maior segurança para o mutuante, com benefício para a consecução do objeto concessional.

Há duas exigências formais a serem observadas. Primeiramente, o contrato de cessão de créditos, para ter eficácia *erga omnes*, deverá ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Além disso, a eficácia, em relação ao concedente, condiciona-se à notificação formal deste; sem tal comunicação, a cessão não produzirá efeitos relativamente ao ente público.[1120]

O mutuante, se o desejar, pode indicar o próprio concessionário para receber seus créditos, atuando ele como seu representante e depositário. Mas poderá

também delegar à instituição financeira a cobrança e recebimento dos créditos cedidos. Nesse caso, o concessionário deve exibir à entidade financeira os créditos passíveis de cobrança. Se houver valores excedentes, serão devolvidos ao concessionário.[1121]

13. Encargos do Concedente

13.1. Fiscalização

Na medida em que o contrato de concessão implica a transferência a um particular de determinado serviço voltado para o público, a Administração, logicamente, tem que se reservar um poder de controle não só desse serviço como do próprio concessionário, cujas regras, conforme realça FLEINER, caracterizam-se como de direito público.[1122]

Não há propriamente forma especial para que o Poder Público exerça a fiscalização sobre os concessionários. No entanto, a fiscalização só pode ter eficácia se a Administração destinar órgão centralizado específico para esse controle, agindo com zelo e severidade em tudo quanto possa proteger a coletividade beneficiária do serviço. Frequentemente são noticiadas reclamações de usuários do serviço de transporte coletivo urbano, executado por empresas que alteram as condições estipuladas, sobretudo deixando de manter circulando alguns ônibus em horários de menor movimento. Diminuindo os custos e aumentando os lucros à custa do sacrifício da população, tais empresas só receberiam a devida censura se fossem fiscalizadas com rigor e eficiência, o que realça a circunstância de que, mais que um poder, a fiscalização constitui um dever para a Administração responsável pela transferência do serviço.

A fiscalização, como ressalta o art. 30 do Estatuto das Concessões, abrange até mesmo a estrutura do concessionário, em ordem a possibilitar a verificação de sua contabilidade, recursos técnicos, adequação do serviço, aperfeiçoamento da prestação, e chega ao limite de ensejar a intervenção na prestação do serviço, quando o concessionário, de alguma forma, prejudica os usuários, seja prestando com falhas, seja deixando de prestar o serviço.[1123]

Vários são os aspectos previstos na lei para o regular exercício da fiscalização do serviço concedido. Assim, cabe ao concedente aplicar sanções e regulamentar o serviço; observar o cumprimento, pelo concessionário, das cláusulas contratuais

referentes ao serviço; zelar pela adequada prestação do serviço e, enfim, controlar a atividade delegada.[1124] A fiscalização pode, inclusive, levar o concedente a intervir na prestação do serviço e até mesmo a extinguir a delegação, no caso de ineficiência insuperável do concessionário (art. 29, III e IV).

A falta de fiscalização por parte do concedente ou a má fiscalização provocam sua responsabilidade civil no caso de danos causados a terceiros, ensejando que o concessionário, responsável integral, exerça contra ele seu direito de regresso para postular o reembolso de parte do que indenizou, conforme tenha sido a dimensão de sua participação culposa.[1125]

O processo de desestatização (ou privatização), por ter propiciado, como vimos, a ampliação do regime de concessões, mediante a transferência de vários serviços públicos a empresas da iniciativa privada, gerou o nascimento de *agências reguladoras*. Essas entidades, dependendo da lei reguladora do serviço concedido, tanto podem ter a natureza de concedentes no contrato, como podem ter sido criadas apenas para exercer o controle sobre as atividades concedidas e sobre a atuação dos concessionários. Seja qual for a sua posição, é fundamental e inafastável a função que a lei lhes outorga: cabe-lhes exercer severa fiscalização sobre a execução do serviço e o desempenho do concessionário, porquanto não se pode esquecer que o serviço precisa ser *adequado* e isso representa garantia para os usuários, que não podem ficar prejudicados pela omissão fiscalizadora do Poder Público.

13.2. Intervenção na Propriedade Privada

Frequentemente as condições de prestação do serviço devem ser aperfeiçoadas e expandidas para melhor atendimento à população. O projeto de expansão pode render ensejo a que se tenha que utilizar a propriedade privada, ou mesmo transferi-la de seu proprietário.

Com esse objetivo, pode o concedente declarar de utilidade pública todos os bens necessários à execução do serviço ou da obra pública, seja para fins de desapropriação, seja com o fito de instituir servidão administrativa.[1126] A desapropriação ou a servidão administrativa pode ser efetivada pelo próprio concedente ou pelo concessionário, neste caso por intermédio de processo de outorga de poderes. No primeiro caso, a indenização cabe ao concedente, e no

segundo, ao concessionário.

É oportuno lembrar que a intervenção do concedente na propriedade privada tem suporte no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Como o objeto da concessão é a prestação de um serviço público, está aí presente o pressuposto que legitima esse tipo de intervenção.

13.3. Outros Encargos Pertinentes

A lei previu, ainda, para o concedente alguns outros encargos que guardam pertinência com a concessão. Um deles é o de incentivar a competitividade, com vistas a evitar a prestação de atividades monopolísticas, comumente geradoras de distorções quanto à qualidade e ao preço e, por que não dizer, de formas abusivas do poder econômico.

Ao concedente incumbe também fomentar o aumento da qualidade, da produtividade e da preservação do meio ambiente.[1127] Neste caso, devem as autoridades públicas verificar se a prestação do serviço não está ofendendo o equilíbrio ecológico e os ecossistemas naturais, protegidos expressamente pela Constituição (art. 225). O interesse público, como é fácil constatar, não se situa somente na prestação em si do serviço, mas sim na execução regular, com o cuidado que merece a proteção ao meio ambiente.

Por fim, é preciso que os usuários do serviço colaborem com o concedente para a melhor prestação do serviço. Por esse motivo, incumbe ao Poder Público estimular a criação de associações de usuários, as quais, por sua representatividade, podem perfeitamente auxiliar o Poder Público na defesa dos interesses relativos ao serviço (art. 29, XII).

14. Encargos do Concessionário

Sendo o executor do serviço delegado, o concessionário, da mesma forma que o concedente, recebeu alguns encargos legais. Tais encargos não podem deixar de ser cumpridos pelo concessionário. Cuida-se de obrigações legais, de modo que sua inobservância provoca inadimplemento contratual, podendo o concessionário sofrer vários tipos de penalização, como multas, intervenção no serviço e extinção da concessão.

O Estatuto das Concessões apresenta o elenco desses encargos,[1128] mas, para maior facilidade de seu estudo, resolvemos agrupá-los em categorias, conforme

a natureza de seu conteúdo.

14.1. O Serviço Adequado

O alvo mais importante da concessão é, de fato, *a prestação de serviço adequado.* A matéria não é apenas legal, mas, ao contrário, está prevista na Constituição. Com efeito, ao prever a lei disciplinadora do regime de concessões e permissões, a Lei Maior impôs expressamente que deveria ela dispor sobre a obrigação de manter serviço adequado.[1129]

De fato, o serviço delegado é prestado em favor da coletividade. Assim sendo, maior deve ser o cuidado do Poder Público e do prestador na qualidade do serviço. Daí ter o Estatuto de Concessões definido serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.[1130] Veja-se que o legislador atrelou à noção de serviço adequado a observância dos princípios que devem nortear a prestação de serviços públicos, demonstrando claramente sua intenção de beneficiar e garantir os destinatários dos serviços – os usuários.

A continuidade do serviço é dos mais importantes princípios regedores das concessões. Todos sabemos que podem alcançar cifras vultosas os prejuízos causados pela interrupção de serviços, bastando que nos lembremos de atividades essenciais à coletividade, como os serviços médicos, o de defesa civil, o de segurança pública e até mesmo os empreendimentos de natureza econômica, todos dependentes da regular prestação do serviço.

Por esse motivo, somente em situações emergenciais ou naquelas em que haja prévio aviso é que se legitima a descontinuidade, e assim mesmo quando houver razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou no caso de inadimplência do usuário, levado em conta o interesse da coletividade. Apenas com a observância desses requisitos é que se poderá dizer que inexistiu serviço adequado.

Quanto à abrangência e à expansão do serviço, visando torná-lo ainda mais adequado, cabe ao concessionário promover desapropriações e instituir servidões administrativas, quando tenha recebido tais poderes do concedente. Decorre desse poder a obrigação de indenizar o proprietário pela perda de sua propriedade ou, eventualmente, pelos prejuízos que lhe causar a servidão administrativa.

14.2. Transparência na Execução

O concessionário deve ser o mais transparente possível quando da execução do contrato. Desse modo, configura-se como encargo seu a prestação de contas ao concedente, incluindo-se aí o acesso aos registros contábeis, e o registro dos bens vinculados ao serviço.

Além disso, deve ser permitido aos prepostos do concedente livre acesso às obras, aos equipamentos e às instalações necessárias à execução do serviço. Os bens empregados na prestação do serviço devem ser devidamente preservados, obrigando-se o concessionário a constante atividade de manutenção. Para maior garantia da preservação, exige-se que o concessionário contrate o seguro dos bens e equipamentos vinculados à concessão.

Os recursos financeiros captados pelo concessionário necessitam de eficiente gestão para o fim de evitar-se sua dilapidação patrimonial, fato que pode provocar dificuldades na prestação. Por isso, é importante que o executor faça corretamente as aplicações dos recursos captados.

14.3. As Contratações do Concessionário

Como já vimos, o concessionário desempenha a atividade delegada por sua conta e risco. Trata-se de característica própria da concessão. Por essa razão, o concedente nenhuma responsabilidade tem no que se refere às contratações firmadas pelo concessionário.

Se se tratar de contratos de serviço, para mão-de-obra específica, serão eles regidos pelo direito privado. Em se tratando de recrutamento de pessoal de apoio técnico e administrativo permanente, o concessionário celebrará contratos de trabalho, disciplinados normalmente pela legislação trabalhista.[1131]

Esse é o ângulo empresarial do concessionário, ou seja, a necessidade de estruturação interna e externa para cumprir regularmente o objeto contratado.

15. Direitos e Obrigações dos Usuários

A Constituição, ao tratar da prestação de serviços públicos por concessionários e permissionários, previu que a lei disciplinadora do assunto deveria dispor sobre os direitos dos usuários (art. 175, parágrafo único, inc. II). Deu relevo, por conseguinte, ao fator coletivo, vale dizer, àqueles que, pertencendo à

coletividade, viessem a fazer uso do serviço.

Como bem observa SAYAGUÉS LASO, não há unanimidade entre os estudiosos sobre a natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário.[1132] Independentemente disso, porém, ao usuário se reconhecem certos direitos, quer em face do concessionário, quer em face do próprio Poder concedente.

De plano, pode-se tranquilamente deixar assentado que os usuários têm direito ao serviço, atendidas que sejam as condições de sua obtenção.[1133] Ao mesmo tempo em que são titulares desse direito, o Poder Público tem a correspectiva obrigação de prestá-lo, não lhe sendo possível discriminar o universo de destinatários, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da impessoalidade, expressos na Constituição da República. No que tange ao direito do usuário ao recebimento do serviço, é voz uníssona na doutrina que, ofendido esse direito, pode o usuário prejudicado recorrer ao Judiciário para exigir a sua prestação.[1134]

Há dois grupos de conjuntos normativos que regulam os direitos dos usuários: o primeiro está na Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor; o segundo se encontra na Lei nº 8.987/95 – o Estatuto das Concessões. São os direitos relacionados neste último diploma que comentaremos adiante.

O primeiro e fundamental direito reside no recebimento de serviço adequado, ou seja, o serviço que realmente atenda a seus reclamos. Como vimos anteriormente, a adequação do serviço é noção que está ligada aos princípios administrativos de prestação de serviços, como os da regularidade, continuidade, eficiência etc.

Outro direito é o de poderem os usuários obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha, observadas, como é óbvio, as regras traçadas pelo concedente. O Estatuto também não se esqueceu de tratar do direito à informação, estabelecendo que os usuários são titulares desse direito não somente em relação ao concedente, como também em face do concessionário. Essas informações são necessárias para a defesa de direitos individuais e de interesses coletivos e difusos, muito embora a lei só se tenha referido a estes últimos.[1135]

A Lei nº 9.074/95 delineou outro tipo de direito atribuído aos usuários. Dispôs a lei que o regulamento disciplinador de todo e qualquer serviço público estabeleça a forma de participação dos usuários na fiscalização do concessionário, bem como a periódica disponibilidade, ao público, de relatório sobre os serviços

executados. Agiu bem o legislador nesse passo, porque, à medida que os usuários se conscientizarem melhor de seus direitos e se organizarem em segmentos sociais mais fortalecidos e respeitados, poder-se-á exercer mais efetivo controle não somente sobre a atuação do concessionário, mas também sobre o próprio concedente, já que a este foram também cometidas várias obrigações, como já visto anteriormente.

Outro direito relevante para o usuário de serviços concedidos diz respeito ao *vencimento dos débitos* dos consumidores. A Lei nº 9.791, de 24/3/1999, inserindo o art. 7º-A na Lei nº 8.987/95, estabeleceu que as concessionárias de serviços públicos nos Estados e no Distrito Federal têm a obrigação de oferecer ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis dias como opção de vencimento para o recolhimento de seus débitos. A norma é positiva, porque leva em conta as diversas formas e os vários momentos de remuneração dos usuários, evitando que sejam muitas vezes obrigados a pagar suas contas com atraso e, em consequência, sujeitar-se ao pagamento de acréscimos onerosos. Registre-se, ainda, que, como a Lei nº 8.987/95 é de caráter geral, regulamentando o art. 175 da CF, a citada norma deverá aplicar-se a todas as concessões federais, estaduais, distritais e municipais. [1136]

Como já assinalamos em passagem anterior, a Lei nº 12.007, de 29.07.2009, criou novo direito em favor do usuário, qual seja o de receber do prestador do serviço público a *declaração de quitação anual de débitos,* com o fim de comprovar que não tem obrigações descumpridas no ano de referência e nos anteriores. O direito refere-se ao usuário de serviços singulares ou individuais, em que se requer compulsoriamente a sua identificação; não se aplica, porém, aos serviços coletivos ou universais, nos quais inexiste a identificação.[1137]

Quanto aos *litígios,* tendo em vista que os concessionários são pessoas de direito privado não integrantes da Administração, devem os usuários, para a defesa judicial de seus direitos, oriundos que são de indiscutível relação de consumo, ajuizar suas ações na Justiça Estadual. Somente quando for litisconsorte passiva necessária, assistente ou opoente *agência reguladora* – que tem natureza de autarquia - é que o foro da demanda se deslocará: sendo agência federal, o foro é o da Justiça Federal (art. 109, I, CF);[1138] sendo estadual ou municipal, o foro é da Justiça Estadual, mas o processo tramitará no Juízo fazendário, na forma como dispuser a

respectiva lei de organização judiciária.

Mas não apenas direitos são atribuídos aos usuários. A lei lhes atribui também obrigações, na medida em que, apesar de serem os destinatários da atividade, têm o dever de colaborar com o Poder Público para a melhoria e regularidade dos serviços.

Assim, devem comunicar ao concedente as irregularidades cometidas pelo concessionário, bem como os atos ilícitos por ele praticados, ao contrário do que ocorre com muitos consumidores que, desanimados com a ineficiência dos meios de controle do Poder Público, simplesmente quedam inertes quando são vítimas da má execução do serviço. É preciso haver maior conscientização do público para a defesa de seus direitos, mas de nada adiantará essa conscientização se o Poder Público concedente não demonstrar, com clareza, a efetividade de seu controle e a busca real no fim último da concessão, qual seja, a regular e eficiente prestação do serviço.[1139]

Devem, ainda, os usuários contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos empregados na execução do serviço. Com efeito, é lamentável que ainda nos defrontemos com atos de vandalismo por parte de alguns indivíduos, que, por mero prazer, destroem o patrimônio público, quer o pertencente ao Estado, quer o que integra o acervo do concessionário. É preciso coibir duramente esse espírito destrutivo, porque, se os estragos são causados por uns poucos, os seus reflexos atingem grande parte da população. Por isso é que a lei atribuiu aos usuários a obrigação de contribuir para a preservação dos bens necessários à prestação do serviço.

Por fim, incumbe aos usuários o pagamento da tarifa ao concessionário pelos serviços que lhes foram prestados. A tarifa, como vimos, é modalidade de preço público e se caracteriza por remunerar serviços públicos objeto de contratação. Desse modo, o não pagamento configura-se como inadimplência por parte do usuário, criando para o concessionário o direito de suspender a prestação do serviço enquanto perdurar o descumprimento, o que encontra suporte no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95.[1140] A matéria, como já vimos, vem sendo pacificada nos tribunais.[1141]

16. Prazo da Concessão

As concessões só podem ser outorgadas por *prazo determinado*. Com efeito, caracterizando-se como contrato administrativo e exigindo sempre o prévio procedimento de licitação (art. 175, CF), a concessão por prazo indeterminado burlaria, por linhas transversas, esse princípio constitucional, privilegiando por todo o tempo um determinado particular em detrimento de outros que também pretendessem colaborar com o Poder Público, fato que muitas vezes ocorria na Administração Pública.

Não há norma expressa que indique o limite de prazo, com o que a fixação deste ficará a critério da pessoa federativa concedente do serviço.[1142] É claro que o prazo deverá levar em conta o serviço concedido. Tratando-se de serviços para cuja prestação se exija o dispêndio de recursos vultosos, deve o contrato ser firmado em prazo que assegure ao concessionário o ressarcimento do capital investido, porque, a não ser assim, não haveria interesse da iniciativa privada em colaborar com o Poder Público.

Fora daí, a concessão deve ser outorgada em prazo compatível com o princípio da igualdade de oportunidades a ser proporcionada a todos quantos se interessem em executar atividades de interesse coletivo (art. 37, XXI, CF), rendendo ensejo a que se reavalie o serviço prestado, o prestador, o preço do serviço etc. em novo procedimento licitatório.

17. Intervenção na Concessão

17.1. Sentido

A concessão implica a delegação, pelo Poder Público, de certo serviço de interesse público ao concessionário, que o executa por sua conta e risco. Essa a noção básica do instituto. Exatamente porque o Estado *delega* o serviço, reserva-se o poder-dever de fiscalizar a sua prestação, já que, como tivemos a oportunidade de realçar, o alvo da atividade delegada é, na realidade, a população.

Em virtude desses elementos é que o concedente pode tomar várias medidas para assegurar a regular execução do serviço. Uma dessas medidas consiste exatamente na *intervenção* do concedente na concessão. Trata-se de uma emergencial substituição do concessionário, que, por este ou aquele motivo, não está conseguindo levar a cabo o objeto do contrato.

Pode-se, pois, conceituar a intervenção como *a ingerência direta do concedente na*

prestação do serviço delegado, em caráter de controle, com o fim de manter o serviço adequado a suas finalidades e para garantir o fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais da concessão.

17.2. Procedimento

Tratando-se de ingerência direta no contrato e na execução do serviço, a intervenção só se legitima diante da presença de certos requisitos.

O primeiro deles diz respeito ao *ato administrativo deflagrador*. A lei exige que a intervenção se faça por decreto do Chefe do Executivo da entidade concedente, o qual conterá, da forma mais precisa possível, os limites, o prazo e os objetivos da intervenção, bem como indicará o interventor. O requisito importa modalidade de *competência especial,* visto que apenas um agente da Administração – o Chefe do Executivo – tem aptidão jurídica para declarar a intervenção.[1143] Aduzimos que o decreto, no caso, traz a característica da *autoexecutoriedade*: verificada a irregularidade da prestação do serviço e constatada a situação emergencial, o ato produz desde logo os seus efeitos.

Após o decreto de intervenção é que o concedente deve instaurar o procedimento administrativo. O prazo para tanto é de trinta dias, e no procedimento se buscarão as causas que geraram a inadequação do serviço e se apurarão as devidas responsabilidades. Diante do parâmetro constitucional, o procedimento terá que observar o princípio do contraditório e da ampla defesa. [1144]

O prazo para encerramento desse feito de apuração é de cento e oitenta dias. Ultrapassado esse prazo, a Administração ter-se-á mostrado lenta e desidiosa, e o efeito desse comportamento implica a invalidade da intervenção, retornando o concessionário à gestão do serviço.[1145]

O procedimento, uma vez encerrado, levará a uma de duas conclusões: ou se terá concluído pela inadequação do concessionário para prestar o serviço, fato que conduzirá à extinção da concessão; ou nenhuma culpa se terá apurado contra ele, e nesse caso a concessão terá restaurada sua normal eficácia.

O formalismo do procedimento é inarredável pelo administrador, que a ele está vinculado. Se se constatar vício nesse procedimento, o efeito será a sua nulidade e, se for o caso, o direito do concessionário à inteira reparação dos

prejuízos causados pela intervenção.[1146]

18. Extinção

O contrato de concessão pode extinguir-se por diversas causas, pondo fim, em consequência, aos seus efeitos no que toca à prestação do serviço pelo concessionário.

Sendo variadas as causas, diversas são, também, as formas de extinção, algumas delas dotadas de nomenclatura própria, conforme consta da lei disciplinadora. Por essa diversidade, convém que as estudemos separadamente adiante, para melhor análise das causas e dos efeitos extintivos.

18.1. Termo Final do Prazo

Essa é a forma natural de extinção da concessão. Advindo o momento final previsto para o fim do contrato, a extinção opera-se *pleno iure,* sem necessidade de qualquer ato anterior de aviso ou notificação.[1147]

Os efeitos da extinção, nesse caso, são *ex nunc,* de modo que só a partir do termo final é que o serviço se considera revertido ao concedente. E também somente a partir dele é que o concessionário se desvincula de suas obrigações, perdendo, por conseguinte, os privilégios administrativos que possuía em virtude da vigência do contrato.

Registre-se, todavia, que, ainda que extinto o contrato, responde o concessionário pelos atos praticados quando ainda vigente o ajuste. Na verdade, o advento do termo final não pode significar um *status* integral de irresponsabilidade administrativa e civil do concessionário.

No que concerne à reversão de bens, também efeito do advento do prazo contratual, preferimos examiná-la adiante em tópico próprio. Vale a pena realçar, porém, que a extinção do ajuste não está condicionada ao pagamento prévio de eventual indenização relativamente a bens reversíveis. Assim, com o advento do termo final do contrato, o concedente pode desde logo assumir o serviço concedido, discutindo-se, *a posteriori*, a questão indenizatória.[1148]

18.2. Anulação

A anulação do contrato de concessão é decretada quando o pacto foi firmado com vício de legalidade. Sua decretação, como é próprio do fenômeno anulatório,

pode provir de decisão administrativa ou judicial, e os efeitos que produz são *ex tunc,* ou seja, a partir da ocorrência do vício.[1149] Está prevista no art. 35, V, da Lei de Concessões.

O que não se pode conceber é o prosseguimento da atividade, se esta decorre de um ajuste com vício de legalidade. Presente o vício, há presumida lesão ao patrimônio público, o que permite o ajuizamento de ação popular para postular-se a anulação do ajuste.[1150]

18.3. Rescisão

Pode o contrato de concessão extinguir-se pela *rescisão* (art. 35, IV). Caracteriza-se a rescisão pela ocorrência de fato, superveniente à celebração do contrato, idôneo para desfazer o vínculo firmado entre o concedente e o concessionário. O termo era frequentemente empregado no sentido de descumprimento pelo concessionário de obrigações regulamentares, muito embora admitisse outros sentidos, como bem demonstra MARCELO CAETANO.[1151]

O Estatuto das Concessões, porém, ao se referir à *rescisão*, considerou-a como de *iniciativa do concessionário,*[1152] reservando nomenclatura própria (caducidade) para a rescisão deflagrada pelo concedente. Resulta daí, portanto, que, nos termos da lei vigente, a rescisão é a forma de extinção cuja atividade deflagradora é atribuída ao concessionário.[1153]

O pressuposto da rescisão é o descumprimento, pelo concedente, das normas legais, regulamentares ou contratuais. Embora a lei se refira apenas às normas contratuais, entendemos que não é só o descumprimento destas que dá causa à rescisão. Haverá ocasiões em que por desrespeito à lei ou aos regulamentos disciplinadores da concessão sejam da mesma forma vulnerados direitos do concessionário. O fator *descumprimento* é o mesmo, de forma que o concessionário poderá tomar a iniciativa de extinguir a concessão por meio da rescisão.

O único caminho para esse tipo de rescisão é a *via judicial*. Com efeito, na via administrativa o concedente dificilmente reconheceria seu inadimplemento. Soma-se, ainda, o fato de que, discussão por discussão, prevalece a vontade da Administração, dotada que é do privilégio da presunção de legitimidade. Surgindo, portanto, o conflito de interesses, e certo o concessionário do descumprimento, pelo concedente, das obrigações que lhe incumbem, deve ele recorrer ao Judiciário

para postular não somente o desfazimento do pacto concessional, mas também a eventual reparação dos prejuízos causados pelo Poder Público por sua atuação ilícita.

Ao contrário da Administração, o concessionário não pode valer-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), prevista no art. 476 do Código Civil, segundo o qual, nos contratos bilaterais, nenhum dos pactuantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Dispõe o art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95 que os serviços a cargo do concessionário não poderão ser interrompidos ou paralisados até a decisão judicial transitada em julgado.

A regra legal não deve, entretanto, ser interpretada literalmente, porque, levada a extremos, poderia ocasionar a ruína do concessionário, muitas vezes sem que tenha sido ele o causador da interrupção ou paralisação. Parece-nos que a regra acima só tem aplicação quando o concessionário puder manter as condições de prestação do serviço. Não o podendo em virtude do inadimplemento do concedente, pode recorrer à via judicial e pleitear tutela cautelar, nos termos dos arts. 796 e seguintes do CPC, desde que presentes os pressupostos que amparam essa especial modalidade de prestação jurisdicional – a plausibilidade do direito *(fumus boni iuris)* e o risco de lesão irreparável *(periculum in mora)*. Recorrendo a esse tipo especial de processo, o concessionário poderá obter medida cautelar que tenha por fim permitir a interrupção ou paralisação imediata do serviço, sem que na ação principal possa o concedente descumpridor atribuir-lhe culpa por tais providências. [1154]

18.4. Caducidade

Assim como o concedente pode dar ensejo à rescisão do contrato, o concessionário também pode descumprir cláusulas contratuais ou normas legais e regulamentares. Pode dizer-se, por conseguinte, que tanto o concedente quanto o concessionário podem ter culpa no desfecho do ajuste.

Na verdade, o inadimplemento ulterior à celebração provoca a rescisão do contrato. Quando, porém, a rescisão ocorre por inadimplemento do concessionário, a lei a denomina de *caducidade*. Nos dizeres da lei, *"a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão",*

podendo, ainda, o Poder Público optar pela aplicação de sanções contratuais.[1155]

Sem embargo da denominação, a caducidade não deixa de ser o efeito extintivo decorrente de atuação culposa do concessionário, ou seja, não deixa de ser o instrumento de rescisão unilateral do contrato por inadimplemento do prestador do serviço. Este é um dos fatores que ocasionam a conhecida *rescisão administrativa*, caracterizada como aquela que provém da vontade unilateral da Administração. No caso, legitima-se essa modalidade de extinção porque o concessionário descumpre "obrigações fundamentais relativas à montagem e exploração do serviço".[1156]

Várias são as formas de inadimplemento do concessionário, geradoras da caducidade:

1) inadequação na prestação do serviço, seja por ineficiência, seja por falta de condições técnicas, econômicas ou operacionais;
2) paralisação do serviço sem justa causa;
3) descumprimento de normas legais e regulamentares, e de cláusulas contratuais;
4) desatendimento de recomendação do concedente para a regularização do serviço;
5) não cumprimento de penalidades nos prazos fixados; e
6) sonegação de tributos e contribuições sociais, assim fixada em sentença judicial transitada em julgado.

A declaração de caducidade impõe a observância prévia de algumas formalidades, ensejando *atividade vinculada* dos agentes da Administração. Primeiramente, o concessionário deve receber a comunicação do seu descumprimento e a recomendação de ser sanada a irregularidade em certo prazo. Somente após é que o concedente instaurará processo administrativo, assegurando-se ampla defesa ao concessionário. Sendo constatada a inadimplência deste, o concedente declarará a caducidade por decreto expedido pelo Chefe do Executivo. Da indenização devida pelo concedente, relativa aos bens do concessionário, serão descontados as multas e os danos por ele causados.[1157]

18.5. Encampação

Outra forma de extinção da concessão funda-se em razões de ordem administrativa. Basicamente tem lugar quando o concedente deseja retomar o serviço concedido. Aqui se aplica a prerrogativa especial que tem o Poder Público de extinguir unilateralmente os contratos administrativos. Nessa modalidade extintiva, não há qualquer inadimplência por parte do concessionário; há, isto sim, o interesse da Administração em retomar o serviço.

É a essa forma de extinção que a lei denomina de *encampação*. Como consta do art. 37 da Lei de Concessões, *"considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivos de interesse público"*. A doutrina já há muito reconhecia essa forma de extinção, também denominada de *resgate*, bem como o motivo que a provocava.[1158]

Sendo o concedente o titular do serviço, é de todo razoável que, em razão da peculiaridade de certas situações, tenha ele interesse em extinguir a delegação e, por conseguinte, a concessão. Os motivos, como bem consigna a lei, são de interesse público, vale dizer, a Administração há de calcar-se em fatores de caráter exclusivamente administrativo.[1159] Registre-se, no entanto, por oportuno, que, embora esses fatores sejam próprios da avaliação dos administradores públicos, estão eles vinculados à sua veracidade. Em outras palavras, se o concedente encampa o serviço sob a alegação do motivo A, fica vinculado à efetiva existência desse motivo; se inexistente o motivo alegado, o ato de encampação é írrito e nulo.

A encampação pressupõe, ainda, dois requisitos para que possa se consumar. Um deles é a existência de lei que autorize especificamente a retomada do serviço. O outro é o prévio pagamento, pelo concedente, da indenização relativa aos bens do concessionário empregados na execução do serviço. A lei autorizativa e a indenização *a priori,* pois, constituem *condições prévias de validade* do ato de encampação.

18.6. Falência e extinção da concessionária

Dispõe o art. 35, VI, da Lei das Concessões, que a concessão se extingue pela "*falência ou extinção da empresa concessionária"* e, em se tratando de empresário individual, pelo "*falecimento ou incapacidade do titular"*.

Tais hipóteses provocam, de fato, a extinção *pleno iure* do contrato de concessão, e isso pela singela razão de que fica inviável a execução do serviço

público objeto do ajuste. Ocorrendo a extinção, o serviço delegado retorna ao poder concedente para, se for o caso, ser providenciada nova concessão.

No que se refere à falência, vale observar que a Lei nº 11.101, de 9.2.2005 (a nova Lei de Falências), também prevê a extinção do contrato de concessão no caso de a empresa concessionária de serviços públicos ter decretada a sua falência (art. 195). A impossibilidade de prosseguimento do contrato, aliás, é lógica, porquanto a decretação da falência implica "*o afastamento do devedor de suas atividades*", como consigna o art. 75 do vigente diploma falimentar.

19. Reversão

Reversão é a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio do concedente em virtude da extinção do contrato. O termo em si não traduz a fisionomia do instituto. De fato, *reversão* é substantivo que deriva de *reverter,* isto é, *retornar,* dando a falsa impressão que os bens da concessão vão *retornar* à propriedade do concedente. Na verdade, os bens nunca foram da propriedade do concedente; apenas passam a sê-lo quando se encerra a concessão. Antes, integravam o patrimônio do concessionário.[1160]

O sentido melhor do termo, portanto, não tem conotação com os bens, mas sim com o serviço delegado. Com efeito, o que reverte para o concedente não são os bens do concessionário, mas sim o serviço público que constituiu objeto de anterior delegação pelo instituto da concessão.[1161] O ingresso dos bens no acervo do concedente, quando ocorre, é mero corolário da retomada do serviço. Seja como for, tornou-se frequente o emprego do termo *reversão* no sentido de transferência de bens. A própria lei parece ter incidido nessa erronia; dispõe o art. 35, § 1º, que, *"extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato"*. Direitos e privilégios, sim, foram anteriormente transferidos, e agora retornam ao concedente. Não os bens, todavia; não são eles *reversíveis,* mas sim *incorporáveis* ao final do contrato.

O Estatuto das Concessões, em seu contexto geral, parece só ter admitido concessões com reversão, e tanto o fato é verdadeiro que foi esta referida como objeto de regra especial de licitação (art. 18, X) e como cláusula essencial do contrato (art. 23, X). Quando tratou da extinção da concessão, fez sempre a

referência no pressuposto de que houvesse realmente bens reversíveis (art. 35, §§ 1º e 4º, e art. 36). Apesar disso, parece-nos que nem sempre a concessão tem que exigir, necessariamente, a reversão. Em alguns contratos, normalmente de curta duração, e sobretudo quando a tarifa é fixada sem considerar a aquisição de qualquer equipamento, findo o contrato, os bens continuam na propriedade do concessionário. Assim sendo, podemos considerar dois grupos de concessão no que toca à reversão dos bens: um, daqueles contratos em que se pactua a transferência, e outro, daqueles em que se ajusta a permanência dos bens em poder do concessionário. Seja como for, é indispensável que as partes ajustem expressamente no contrato quanto ao destino dos bens utilizados na prestação do serviço.

A reversão pode ser *onerosa* ou *gratuita.* No primeiro caso, o concedente tem o dever de indenizar o concessionário, porque os bens foram adquiridos com seu exclusivo capital. Nesse sentido, o expresso teor da lei:

> *"A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido".*[1162]

Na reversão gratuita, a fixação da tarifa já levou em conta o ressarcimento do concessionário pelos recursos que empregou na aquisição dos bens, de forma que ao final tem o concedente o direito à propriedade desses bens sem qualquer ônus.[1163] E é justo que assim seja, pois que o concessionário fez os investimentos, mas os recuperou através de recursos oriundos das tarifas pagas pelos usuários. Seria hipótese de enriquecimento sem causa se continuasse com a propriedade desses bens. Como é o concedente que representa os interesses dos usuários, a seu patrimônio devem ser incorporados os bens do concessionário empregados na prestação do serviço.[1164]

Há também outro fundamento para a reversão dos bens ao concedente. É que, como regra, os bens necessários à execução do serviço já não mais terão utilidade para o concessionário, quando este deixa de prestá-lo. Trata-se de equipamentos, máquinas, veículos e um sem-número de peças que só servem para aquele serviço; na verdade, servirão agora ao concedente, porque com a extinção do

contrato retoma o serviço anteriormente delegado ao concessionário.[1165]

Vale ainda deixar o registro de que objeto da reversão consiste apenas nos bens empregados pelo concessionário para a execução do serviço, e isso porque apenas esses foram alcançados pela projeção das tarifas. Os bens adquiridos com sua própria parcela de lucros, todavia, permanecem em seu poder, até mesmo porque situação contrária vulneraria o direito de propriedade, assegurado no art. 5º, XXII, da CF.[1166] Situação diversa é a daqueles bens que foram *desvinculados* dos objetivos do serviço. A desvinculação deve ser autorizada pelo concedente para que os bens desvinculados sejam considerados de propriedade exclusiva do concessionário; se não o forem, serão também objeto da reversão gratuita.[1167]

20. Concessões Anteriores

A Lei nº 8.987/95 regulou as concessões de serviços públicos outorgadas anteriormente, traçando algumas regras especiais de acordo com a situação de que se revestiu a delegação.

Em primeiro lugar, garantiu a validade e a continuidade do contrato ou do ato de outorga pelo prazo então avençado, em respeito aos efeitos do ato jurídico perfeito (98), prevendo o art. 42, § 1º, que, vencido o prazo, deveria o concedente realizar licitação nos termos da lei.[1168]

Este último dispositivo, no entanto, foi alterado pela Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que trata das diretrizes gerais para o saneamento básico. Dispõe agora que, vencido o prazo do ajuste, o serviço poderá ser *prestado por órgão ou entidade do poder concedente*, ou *delegado a terceiros, mediante novo contrato*. A alteração é inteiramente despida de sentido. Com efeito, o vencimento do contrato enseja sempre a retomada do serviço pelo concedente ou o prosseguimento da delegação através de novo contrato. Só que, neste último caso, será indispensável a licitação, formalidade exigida pelo art. 175 da CF. O silêncio da norma ora vigente quanto à licitação não pode ser interpretado como sinal de dispensa do certame; interpretação em tal direção seria flagrantemente inconstitucional.

De outro lado, considerou extintas todas as concessões cujo contrato se tenha celebrado após a Constituição sem prévio processo de licitação. Aqui, como é fácil observar, o legislador atendeu rigorosamente ao disposto no art. 175 da CF, dando a correta interpretação de que, mesmo sem a lei reguladora, já era inteiramente

eficaz o conteúdo desse dispositivo que exigia a licitação. A hipótese legal, nesse caso, encerra *extinção por inobservância de norma constitucional* (art. 43).

Extinguiu, ainda, as concessões que, conquanto firmadas antes da promulgação da vigente Constituição, não se tenham iniciado, ou em que os serviços e obras tenham sido paralisados quando da entrada em vigor do Estatuto Concessional. Cuida-se de *extinção por inexistência do serviço*.[1169]

Percebeu o legislador, da mesma forma, que poderia haver algumas concessões anteriores cujo objeto não se tivesse completado por atraso em obras necessárias à prestação do serviço. Quanto a estas, a lei exigiu que o concessionário apresentasse, em cento e oitenta dias, plano efetivo de conclusão das obras. A falta de apresentação ou a apresentação de plano com inviável implementação ensejariam a extinção da concessão. O caso é, pois, de *extinção por inadimplemento do concessionário.* *[1170]*

Por fim, tratou o legislador das concessões anteriores concedidas a título precário, as que estivessem com prazo vencido e as que estivessem vigorando por prazo indeterminado. Como são hipóteses que, de alguma forma, contêm anomalia quando se leva em conta o perfil do instituto, a lei as considerou válidas pelo tempo necessário à tomada de providências para a realização de licitação na qual será escolhido o novo concessionário do serviço. Para resguardar os atuais concessionários, fixou a lei o prazo mínimo de vinte e quatro meses para tais providências.[1171]

Anteriormente, o legislador não fixava prazo máximo para a regularização das concessões em caráter precário. A citada Lei nº 11.445/2007, entretanto, introduziu o § 3º no art. 42 do Estatuto das Concessões, através do qual ficou estabelecida a validade máxima dos ajustes até 31.12.2010, e isso mediante a condição de terem sido cumpridas determinadas condições até 30.06.2009. Uma das condições é o levantamento da infraestrutura dos bens reversíveis; outra é a celebração de acordo entre concedente e concessionário sobre os critérios e a forma de indenização a respeito dos referidos bens. Na falta de tal acordo, a indenização será calculada pelos critérios já ajustados na concessão ou, na omissão destes, por avaliação realizada por empresa de auditoria independente (art. 42, §§ 3º a 6º, Lei 8.987/95, com a redação da Lei nº 11.445/2007).

A Lei nº 9.074, de 7/7/1995, fez aditamento no que toca a essas situações

anteriores à vigência da Lei nº 8.987/95. Para evitar elevado grau de subjetivismo e eventual desvio de finalidade por parte de administradores, estabeleceu que em todos esses casos deverá o concedente observar alguns aspectos. São eles:

a) garantia da continuidade na prestação do serviço;
b) prioridade para conclusão das obras paralisadas ou em atraso;
c) aumento da eficiência dos concessionários;
d) amplo atendimento ao mercado, incluindo-se as populações de baixa renda ou áreas de baixa densidade demográfica; e
e) uso racional dos bens coletivos, incluindo-se os recursos naturais.[1172]

21. Controle dos Serviços Concedidos

Em virtude do projeto de desestatização (ou *privatização*, como alguns ainda o denominam), diante do qual o Estado se afasta da execução, por si ou por suas entidades, de serviços públicos e atividades econômicas, bem como da estratégia relativa ao novo papel destinado ao Estado pelo processo de reforma administrativa, muitos serviços públicos, antes prestados por entidades estatais, passaram a ser executados sob regime contratual de concessão, forma, como já vimos, de descentralização de atividades administrativas por delegação negocial.

A ampliação dos serviços concedidos, desse modo, provocou a necessidade de ser reforçado o controle sobre sua execução. Anteriormente, quando o serviço público era executado por empresas governamentais, ao próprio Estado incumbia o controle; conquanto fossem elas pessoas privadas, o controle não deixava de ser, em sentido lato, de caráter interno: o Estado criador exercia controle sobre suas criaturas. Nas concessões, todavia, os concessionários são pessoas privadas *sem qualquer vínculo com o Estado* no que tange à sua estrutura e organização. Cuida-se, em última instância, de pessoas da iniciativa privada, cuja particularidade, entretanto, é a de executar serviços públicos.

Como a *execução* do serviço passou a empresas da iniciativa privada, mas a *titularidade* do serviço continuou sendo do Estado, foi necessário instituir sistema específico para manter o controle estatal, agora de modo mais particularizado, sobre os concessionários e os serviços públicos concedidos.

O sistema instituído, como já antecipamos no tópico relativo à desestatização,

[1173] foi o de reservar a certas entidades típicas do Estado o controle sobre determinados segmentos de serviços concedidos. Vieram a lume, assim, as *agências reguladoras*, sob a forma de autarquias, cuja destinação prioritária consiste no exercício do controle estatal sobre os numerosos serviços já atualmente prestados sob o regime de concessão. Na esfera federal, por exemplo, destacam-se a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, controladora do setor elétrico, e a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, fiscalizadora do setor de telecomunicações.[1174] Certamente, outras agências reguladoras poderão ser instituídas, à medida que for ampliado o regime concessional para a prestação de outros serviços públicos.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a exemplo da União Federal, também têm criado suas autarquias reguladoras para o mesmo tipo de controle. [1175]

22. Concessão Florestal

Com o objetivo de regular a *gestão de florestas públicas* para a produção sustentável, foi promulgada a Lei nº 11.284, de 02.03.2006, com intuito protetivo no que tange aos ecossistemas, solo, água, biodiversidade e valores culturais associados e, enfim, do próprio patrimônio público natural.

Nos termos da lei são *florestas públicas* aquelas, naturais ou plantadas, que se localizam nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou das pessoas da administração indireta (art. 3º, I). Tendo em vista que entre estas podem estar pessoas de direito privado (caso das sociedades de economia mista e empresas públicas, por exemplo), é de se considerar que, nesse aspecto, a lei inovou, considerando patrimônio público as florestas que se situam em áreas do domínio daquelas entidades. Cuida-se, pois, de exceção ao caráter dos bens de tais pessoas – bens privados, como qualificados no art. 98 do Cód. Civil.

Para a administração da floresta, que a lei denominou de *manejo florestal sustentável* (art. 3º, VI), através do qual se podem obter benefícios econômicos, sociais e ambientais, inclusive mediante a utilização de produtos madeireiros, com respeito aos instrumentos de sustentação do ecossistema, a lei instituiu a figura da *concessão florestal*, que permitirá a gestão das florestas pelo setor privado sob controle

do Estado.

Concessão florestal, desse modo, é o contrato administrativo de concessão pelo qual o concedente delega onerosamente ao concessionário (pessoa jurídica, em consórcio ou não) o serviço de gestão das florestas públicas e, por conseguinte, o direito de praticar o manejo florestal sustentável para a exploração de produtos e serviços em área previamente demarcada (art. 3º, VII). Tal como sucede nas concessões em geral, o concessionário exercerá sua atividade por sua conta e risco e deverá demonstrar aptidão para seu desempenho.

A natureza jurídica do referido instituto é a de *contrato administrativo* (art. 7º), com *prazo determinado*, incluindo-se, no sistema geral, como *concessão comum*, e, dentro desta, como *concessão de serviços públicos simples*, eis que, em regra, a delegação se cinge à prestação do serviço de gestão da floresta. Quer dizer: a delegação é eminentemente de *atividade*, de modo que só eventualmente, e por exceção, haverá para o concessionário florestal a obrigação de realizar algum tipo de obra. Por outro lado, a delegação se caracteriza pela *onerosidade* (art. 3º, VII), cabendo ao concessionário remunerar o concedente pela outorga, o que difere das concessões em geral, em que a onerosidade existe apenas na relação concessionário-usuário, e não na relação concessionário-concedente.

O *objeto* da concessão reside na exploração de produtos e serviços florestais, devidamente especificados, em determinada unidade de manejo da floresta pública (art. 14). Para evitar o uso indevido das florestas, a lei vedou a outorga de alguns direitos a elas inerentes, como, entre outros, a titularidade imobiliária, a exploração de recursos hídricos, minerais, pesqueiros ou da fauna silvestre e o acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa e desenvolvimento.[1176]

A *disciplina jurídica* que regula a concessão florestal é basicamente a que consta da lei e do edital de licitação. A lei alude também a *"normas pertinentes"* (art. 7º), de onde se pode inferir que incidem supletivamente as normas da lei geral das concessões – a Lei nº 8.987/95. Por outro lado, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão criar sua própria legislação suplementar e, quando já a tiverem, deverão adequá-la às peculiaridades da gestão prevista na Lei nº 11.284/2006, lei geral no caso.[1177]

Instaurou-se certa polêmica sobre a exigência, ou não, de *prévia lei federal* para autorizar a concessão florestal. Houve entendimento de que a Lei nº 11.284/2006

seria inconstitucional por violar o art. 49, XVII, da CF, que exige aprovação do Congresso Nacional "*para alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares*", sendo, pois, inviável o planejamento das concessões pelo Poder Executivo.[1178] Não nos parece procedente a impugnação. Primeiro, porque o mandamento constitucional alude à *concessão de domínio,* que implica a transferência de propriedade, e não à *concessão para uso e exploração,* como é o caso da concessão florestal. Depois, é diferente o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico à propriedade pública, de um lado, e a seus acessórios, de outro, o que se observa claramente no art. 176, da CF, a propósito da exploração das riquezas minerais do subsolo.[1179]

O *processo de outorga* da concessão florestal deve observar certas exigências. Primeiramente, o concedente deverá expedir *ato administrativo* em cujo conteúdo se demonstre a conveniência da delegação; exigível, então, na hipótese a *motivação* da vontade administrativa. Só depois será providenciada a *licitação*, obrigatória no processo, com a necessária publicação do edital (art. 12).[1180] É neste que serão especificados o objeto da concessão e a unidade de manejo (ou seja, o perímetro) em que será exercida a gestão florestal. Como já acentuado anteriormente, a licitação observará as regras da Lei nº 11.284 e supletivamente as da lei geral – a Lei nº 8.666/93 – inclusive quanto aos princípios previstos neste diploma.[1181] A modalidade será a de *concorrência* e a lei veda a declaração de inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93.[1182]

IV. Permissão de Serviços Públicos

1. Conceito e Objeto

Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas.

A Lei nº 8.987/95 assim a definiu: *"delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco"* (art. 2º, IV).

No que concerne ao objeto, aplica-se aqui o mesmo que dissemos a propósito

das concessões. Mediatamente, a permissão indica uma diretriz administrativa no sentido de ser executado certo serviço de modo descentralizado. O objeto imediato consiste na execução em si do serviço visando a alcançar os reclamos oriundos da comunidade.

2. Natureza Jurídica

A permissão, em toda a doutrina clássica, sempre teve a natureza jurídica de *ato administrativo*, indicando o consentimento que a Administração dispensava a determinada pessoa física ou jurídica para executar serviço público de forma descentralizada. Essa era, aliás, a marca que a distinguia da concessão de serviço público, qualificada como *contrato administrativo*.

A Constituição vigente, no entanto, referindo-se à prestação descentralizada de serviços, previu, no art. 175, parágrafo único, a edição de lei para o fim de dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, aludindo também ao fato de que deveria levar em conta *o caráter especial de seu contrato*. A expressão suscitou dúvida em sua interpretação, porque, da forma como foi mencionada no dispositivo, parecia alcançar tanto a concessão quanto a permissão.

Para alguns intérpretes, teria havido impropriedade da lei, porque, a considerar-se ambas como contrato, desapareceria fatalmente a única distinção de relevo entre os dois institutos.[1183] Outros, entretanto, numa visão mais literal do mandamento constitucional, preferiram advogar o entendimento de que, a partir da Constituição de 1988, a permissão de serviço público haveria de ter a natureza jurídica de *contrato administrativo*.

Regulamentando a norma constitucional, a Lei nº 8.987/95 dispôs que a permissão deveria ser formalizada mediante *contrato de adesão* (art. 40), realçando, assim, o aspecto da bilateralidade do instituto, própria da figura do contrato. A opção se nos afigurou infeliz e só aumentou a confusão entre os estudiosos e administradores públicos, porque, na prática, desapareceu a diferença entre tais delegações. Como já foi dito, outrora qualificamos a permissão como ato administrativo, mas, tendo em vista o absurdo adotado pela lei, somos forçados a nos render à caracterização nela estabelecida, qual seja, a de contrato administrativo de adesão. O direito é lógica e precisão científica, e nada lhe é mais devastador do que a incongruência e a irrazoabilidade.

Em suma, temos que a natureza jurídica da permissão de serviço público, *ex vi legis*, é a de *contrato administrativo de adesão*.[1184]

3. Diferença entre Concessão e Permissão

Vimos que a marca diferencial entre a concessão e a permissão de serviço público se situava na natureza jurídica, ou seja, enquanto aquela era contrato administrativo, esta exibia a natureza de ato administrativo. A fisionomia contratual era, pois, inadequada para a permissão, como registrava a doutrina em quase unanimidade.[1185]

Com o advento da Lei nº 8.987/95, porém, ficou quase impossível identificar qualquer diferença entre os institutos. Analisando o art. 40 da Lei, que atribuiu à permissão o caráter de contrato de adesão, muitos autores se insurgiram contra tal caracterização, considerando-a um equívoco e uma contradição do legislador. [1186] Seja como for, a lei foi peremptória quanto à natureza jurídica da permissão, de modo que, com toda a sua erronia e as críticas que merece, não há como deixar de considerá-la de caráter contratual.

A incoerência da lei (e também do art. 175, parágrafo único, da CF) foi tão flagrante que dividiu o próprio STF. Em ação direta de inconstitucionalidade, na qual se discutia a questão relativa à forma de delegação do serviço móvel celular, prevista na Lei nº 9.295/96, a Corte decidiu, pela apertada maioria de seis a cinco, que o art. 175, parágrafo único, da CF, *afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta*.[1187] Significa que, a despeito de inúmeras vozes discordantes dentro do próprio Tribunal, a maioria do STF considerou que atualmente a concessão e a permissão de serviços públicos têm a mesma natureza jurídica: *contrato administrativo*.

Conclui-se, então, que ambos os institutos: 1) são formalizados por contratos administrativos; 2) têm o mesmo objeto: a prestação de serviços públicos; 3) representam a mesma forma de descentralização: ambos resultam de delegação negocial; 4) não dispensam licitação prévia; e 5) recebem, de forma idêntica, a incidência de várias particularidades desse tipo de delegação, como supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária etc.[1188]

Com todos esses pontos de identidade, caberia a indagação: qual a diferença, então, entre a concessão e a permissão de serviço público?

Perpassando o texto legal relativo às definições dos institutos (art. 2º, II e IV), deparamo-nos com dois pequenos (e insignificantes) pontos distintivos, mas únicos, segundo nos parece, para traçar a linha demarcatória.

Primeiramente, enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica. Extrai-se, portanto, que não há concessão com pessoa física, nem permissão com consórcio de empresas. A diferença, pois, se encontra na natureza do delegatário, o que, deve registrar-se, é de uma irrelevância a toda a prova.

Em segundo lugar, consta no conceito de permissão (art. 2º, IV), que esse ajuste estampa delegação *a título precário*, ressalva que não se encontra na definição do negócio concessional (art. 2º, II). Parece, assim, que o legislador considerou a permissão (mas não a concessão) como dotada de *precariedade*, qualidade, aliás, que também consta do art. 40 da Lei. Mas, o que será essa precariedade, não existente para a concessão e atribuída somente à permissão? A resposta é praticamente impossível. *Precariedade* é um atributo indicativo de que o particular que firmou ajuste com a Administração está sujeito ao livre desfazimento por parte desta, sem que se lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos.

Não cremos que essa seja a situação jurídica do permissionário diante do contrato que celebrou com o Poder Público visando à execução de serviço público. A conclusão, diga-se de passagem, emana do próprio art. 40, parágrafo único, da Lei, que admite a incidência na permissão de regras inerentes à concessão. Ora, como em relação a esta, o desfazimento unilateral do contrato pela Administração por razões de interesse público a obriga a indenizar o concessionário, o mesmo é de se esperar que ocorra com o permissionário, que, afinal, está prestando o mesmo serviço público que o concessionário poderia executar. Portanto, não está na ausência do direito indenizatório a precariedade apontada na lei.

Por outro lado, caso se pretenda entender que a precariedade tem o sentido de poder o permitente (Poder Público) rescindir unilateralmente o contrato de permissão, também aí não se constataria qualquer grande diferença, porque, como vimos, o contrato de concessão também se sujeita à encampação, nome que a lei dispensou àquele tipo de rescisão (art. 37).

Por conseguinte, a ressalva *"a título precário"* não traduz marca distintiva convincente.

Poder-se-ia objetar com o fato de que a lei considerou a permissão *contrato de adesão*, o que não fez em relação ao pacto concessional. Mas a objeção não seria aceitável. O contrato de adesão se caracteriza pelo fato de que uma das partes já apresenta à outra previamente a completa pactuação do ajuste, impedindo a existência da pré-negociabilidade entre elas. Ora, a adesão, de fato, incide tanto para o concessionário quanto para o permissionário, vez que, no curso da licitação, já estarão predefinidas várias cláusulas do futuro contrato, não somente no edital, como na própria minuta do contrato, disponível ao momento do procedimento licitatório.[1189] E a tais cláusulas prefixadas não resta ao concessionário ou permissionário senão aderir.

Por tudo quanto foi exposto, não fica difícil concluir como estão mal disciplinados os institutos. Tão difícil quanto identificar alguma diferença de relevo entre eles. Até mesmo o sentido adotado anteriormente, de que a concessão se destinaria a serviços públicos que implicassem investimentos mais vultosos, enquanto a permissão seria apropriada para delegação de serviços menos dispendiosos – até mesmo essa anterior distinção, repita-se, fica hoje comprometida diante da disciplina normativa vigente.

Realmente, como concluiu o mais alto Pretório, é mais lógico admitir-se que entre a permissão e a concessão não mais se vislumbrem diferenças do que tentar identificar pontos distintivos incongruentes, inócuos e não convincentes.

4. A Permissão Condicionada

A doutrina sempre reconheceu, além da *permissão simples*, a denominada *permissão condicionada* (ou *contratual)*. Enquanto naquela cabia à Administração inteira avaliação sobre a permanência ou revogação do ato, sem direitos para o permissionário, nesta última o poder permitente estabelecia várias regras regulamentadoras do serviço e algumas normas criadoras de limitações para si próprio, instituindo, em consequência, uma série de direitos para o permissionário.

Esse conjunto de limitações impostas ao permitente constituía as condições a serem observadas na permissão, tornando esta mais aproximada a um negócio contratual do que a um ato administrativo unilateral. Por esse motivo é que alguns autores a denominaram de *permissão contratual* e reconheciam que, com esse tipo de delegação, ficavam frágeis as distinções entre a permissão condicionada e a

concessão. Resultava daí que alguns serviços, delegados por permissão, melhor o seriam através de concessão.[1190]

A matéria hoje perdeu o interesse no caso de serviços públicos. Tendo a Lei nº 8.987/95 atribuído à permissão a natureza de negócio contratual e, por outro lado, obrigando à fixação das regras a serem observadas pelas partes, onde há direitos e obrigações para ambas, verifica-se que a antiga permissão condicionada ou contratual é atualmente um verdadeiro contrato administrativo.

Desse modo, não há mais que falar em permissão simples quando o objeto da atividade for a execução de serviços públicos.

5. Referências Constitucionais

A Carta da República não deixou de fazer referência ao instituto da permissão de serviço público. Como dissemos quando do estudo das concessões, o art. 175 da CF deixou o registro de que a prestação indireta de serviços públicos é feita através dos institutos da *concessão* ou da *permissão.* Enfatizamos, por oportuno, que, mesmo antes de editada a Lei das Concessões e Permissões a que alude o dispositivo, o instituto já vinha há muito servindo à execução descentralizada de serviços públicos.

Há exemplos de serviços, mencionados na Constituição, que podem ser executados por permissão. É o caso dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e outros serviços de telecomunicações; serviços de energia elétrica; navegação aérea, aeroespacial; serviços de transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário; serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XI e XII). Na competência municipal, é expressa a previsão da permissão para os serviços públicos de interesse local (art. 30, V).

Em relação ao art. 21, XXIII, "b" e "c", da CF, com a alteração processada pela E.C. 49/2006, pelo qual ficou autorizada, *"sob regime de permissão"*, a comercialização e utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais, bem como a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, já manifestamos anteriornente o entendimento de que as hipóteses não ensejam *permissão de serviço público* (que é contrato administrativo), mas sim consentimento para atividade privada, o que deveria ocorrer pelos atos de *licença* ou *autorização*, conforme o regime

que a lei regulamentadora venha a adotar.[1191]

6. Responsabilidade Civil

Tanto quanto ocorre na concessão, o permissionário sujeita-se à responsabilidade civil *objetiva*, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. Com efeito, são destinatários desse mandamento tanto as pessoas de direito público quanto *as de direito privado prestadoras de serviços públicos*. E nesta última categoria inserem-se, sem dúvida, os permissionários de serviços públicos.

Havendo dano em decorrência do serviço, portanto, o permissionário tem a obrigação de repará-lo independentemente da perquirição do elemento *culpa* por parte de seu agente. Quanto ao mais, aplica-se aqui o que dissemos sobre a responsabilidade civil dos concessionários.[1192]

7. Aplicação de Regras Idênticas às das Concessões

Não são muito profundas as diferenças que alinhavam a fisionomia das concessões e permissões, como tem sido verificado no estudo dos institutos. Assim sendo, não causa espécie que a lei tenha determinado para sua disciplina algumas de suas regras, também incidentes sobre as concessões.[1193]

Para evitar inúteis repetições, mencionaremos tais regras, com a sugestão de que outros elementos sejam verificados nos respectivos tópicos destinados às concessões.

A primeira delas é a *mutabilidade*, ou seja, pode o permitente alterar as condições de execução do serviço em virtude de reclamos de ordem administrativa.

Depois, a *política tarifária*. Também o permissionário tem o direito de ver fixadas as tarifas de modo a manter a linha de equilíbrio econômico-financeiro da permissão. Como esta é classificada como *contrato* pela lei, haverá inevitável vinculação do Poder Público à previsão dos custos e dos lucros do permissionário.

A *fiscalização* é poder jurídico intrínseco a quem delega o serviço. Tem, pois, o permitente o poder (e, por isso, o *dever*) de verificar se a comunidade destinatária dos serviços os tem recebido a contento. Se não os tem, é porque o permissionário se desviou do objetivo de interesse público a que se comprometeu quando se propôs a prestar o serviço. E nesse caso a Administração deverá tomar as medidas necessárias para recompor a situação que propicie o benefício coletivo.

Imprescindível, por outro lado, é que o Poder Público permitente realize

licitação para a escolha do permissionário, como exigido, inclusive, pela Constituição (art. 175). Tendo em vista que a permissão se configurava tradicionalmente como ato administrativo, e não como contrato, não são raras as notícias de que algumas permissões têm sido conferidas sem o referido certame. Se assim for efetivada, a contratação é nula, não apenas por ofensa ao aludido mandamento constitucional, como também pelo desrespeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, sobretudo porque, em regra, tal conduta visa a beneficiar determinadas pessoas, com evidente desvio de finalidade. Além disso, deve o administrador responsável ser punido em ação de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92. Esse tipo de fraude tem sido, inclusive, tentado pela conversão de atos administrativos precários em permissão de serviços públicos – fato que o Judiciário tem corretamente coibido.[1194]

Por fim, incidem também as regras pertinentes aos encargos do concedente e do concessionário e aquelas que espelham os direitos dos usuários. O usuário é um só, seja o serviço prestado por concessão ou permissão. Desse modo, todos os direitos a ele reconhecidos modernamente hão de ser reconhecidos pelas pessoas a quem se tenha outorgado a permissão.

8. Extinção

8.1. Termo Final do Prazo

A permissão pode ter prazo determinado. Não se trata evidentemente da permissão simples, mas sim da permissão condicionada, pois que o Estado, embora não obrigado, admite o exercício da atividade permitida por tempo determinado, que, em princípio, promete respeitar. É, como já dito, cláusula de autolimitação do poder permitente.[1195]

Estabelecido prazo para o desempenho da atividade permitida, a permissão extingue-se *pleno iure* com o advento do termo final, sem necessidade de qualquer aviso antecedente. A eficácia do ato, quando este foi instituído, já fora antevista com aquele prazo, e, assim, cumprido este, é de considerar-se que a vontade administrativa não desejava projetar-se por outro período.

8.2. Anulação

Ocorre a anulação quando o contrato de permissão tem algum vício de

legalidade. Como o contrato administrativo deve observar alguns requisitos para ser considerado válido, sua invalidação deve ser proclamada se ausente qualquer deles.

Os efeitos da invalidação são *ex tunc,* isto é, retro-operantes, alcançando o momento em que foi celebrado o contrato. Por outro lado, a invalidação pode ser decretada na via administrativa (autotutela) ou na judicial.

Por força do art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, aplicam-se à permissão as regras pertinentes estabelecidas para a concessão.

8.3. Encampação[1196]

Vimos que o art. 37 da Lei nº 8.987/95 contempla a *encampação* como forma extintiva da concessão, estatuindo como pressuposto o intuito de a Administração retomar o serviço delegado por razões de interesse público. Trata-se, portanto, de típica *rescisão administrativa unilateral do contrato* tendo por fundamento a valoração que faz o concedente da necessidade e da conveniência de ser retomado o serviço. São razões administrativas, inteiramente legítimas, a menos que o desfazimento contratual seja inspirado em abuso de poder.

Se o Poder Público pode proceder à encampação em contratos de concessão, poderá fazê-lo também em relação às permissões. O interesse na retomada do serviço tanto pode surgir num como noutro contrato. Assim, incide normalmente o art. 40, parágrafo único, que estende à permissão as regras sobre a concessão.

Os bens do permissionário, com a encampação, continuam, em regra, na sua propriedade. É o que acontece normalmente com os ônibus de empresa permissionária de transportes coletivos. No entanto, se a tarifa for fixada para reembolsar o permissionário dos gastos efetuados para a aquisição dos bens necessários à execução do serviço, deverão eles ser transferidos para o permitente, sob o manto dos mesmos princípios que regem o instituto da *reversão* nas concessões.

Entretanto, não havendo cláusula que indique a cobertura do capital do permissionário pela tarifa, só é lícito ao Poder Público transferir os bens daquele mediante indenização que lhe repare todos os prejuízos.[1197] Fora daí, a hipótese seria a de confisco.

Por fim, deve ser dito que a encampação produz efeitos *ex nunc,* ou seja, a partir do ato que determinou a rescisão contratual. Emana daí que devem ser

respeitados todos os efeitos produzidos durante a vigência do contrato.

8.4. Caducidade

A declaração de caducidade, prevista para a concessão no art. 38 do Estatuto, parece-nos também aplicável às permissões.

De fato, é de todo previsível que o permissionário não esteja cumprindo as normas legais e regulamentares pertinentes à prestação do serviço. Tal ocorrendo, tem o permitente o poder-dever de sanar a irregularidade, adotando o mesmo procedimento aplicável às concessões, ou seja, as regras previstas no art. 38 e parágrafos do Estatuto das Concessões.

Poder-se-ia objetar com o argumento de que o permitente teria instrumento mais efetivo – a encampação. A objeção, porém, em nosso entender não procederia. Na encampação, o Poder Público tem interesse administrativo na retomada do serviço permitido; na caducidade, entretanto, há situação fática – o inadimplemento – que admite o contraditório e a ampla defesa por parte do permissionário. E, além disso, não se pode perder de vista que o permissionário está executando um serviço público.

Soma-se, ainda, o disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, segundo o qual seus preceitos são aplicáveis às permissões. Sendo assim, no caso de inadimplemento do permissionário, deve o permitente declarar a caducidade da permissão.

8.5. Desfazimento por Iniciativa do Permissionário (Rescisão)

A lei silenciou sobre a hipótese em que o descumprimento de cláusulas legais e regulamentares se origina de conduta atribuída ao permitente. Como vimos, a lei denominou de *rescisão* a forma de desfazimento da concessão por iniciativa do concessionário, quando a inadimplência é da parte do concedente.

Caso se considerasse a permissão um ato administrativo, o termo *rescisão* não seria apropriado.[1198] Tratando-se, no entanto, de contrato administrativo, a hipótese é mesmo a de rescisão, tal como ocorre com as concessões. Não obstante, ainda que cabível a rescisão, o certo é que o desfazimento do contrato nesse caso é realmente da iniciativa do permissionário.

O pressuposto é o mesmo que vimos anteriormente: o descumprimento por

parte do Poder Público. Embora silente a lei a respeito, entendemos que somente é possível essa forma de desfazimento através da *via judicial*, a símile do que ocorre para a rescisão de concessões (art. 39). Fundamo-nos em que na permissão o objeto é o mesmo da concessão, ou seja, a prestação de serviço público. Desse modo, não pode a coletividade sujeitar-se ao exclusivo arbítrio do permissionário, no sentido de paralisar a execução do serviço. Vale aqui o princípio da continuidade do serviço, que o permissionário está obrigado a respeitar. Se impossível a continuidade, deve obter autorização judicial, através da tutela cautelar, para não mais prosseguir na execução da atividade.

V. Concessão Especial de Serviços Públicos (Parcerias público-privadas)

1. Introdução

A Lei nº 11.079, de 30.12.2004, instituiu normas gerais sobre licitação e o que denominou na ementa de *"contratação de parceria público-privada"* no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Embora o projeto inicial (Projeto de Lei nº 2.546, do Poder Executivo) tivesse silenciado sobre o enquadramento de tal tipo de contratação dentro do sistema geral de contratos, a lei acabou por considerar a parceria público-privada como contrato administrativo de concessão (art. 2º), admitindo duas modalidades, como veremos a seguir: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Em virtude de tal caracterização e, ainda, pela referência expressa que a lei fez às concessões comuns, reguladas pela Lei nº 8.987/95, admitindo, inclusive, a aplicação subsidiária de algumas das normas desse diploma, entendemos melhor caracterizá-las como *concessões especiais*, para distingui-las das concessões comuns, categoria clássica, que acabamos de examinar. Portanto, nos termos da lei, a contratação de parceria público-privada nada mais é do que modalidade especial dos contratos de concessão.

Por questão de método e para observar uniformidade em termos de sistema, incluímos o estudo dessa nova modalidade contratual dentro do presente capítulo, especificamente destinado às concessões e permissões de serviços públicos.

A disciplina encontra-se estampada em *lei federal*, fundada no mandamento

previsto no art. 22, XXVII, da vigente Constituição, segundo o qual, como já vimos, ficou atribuída à União Federal competência legislativa para editar *normas gerais* sobre contratação e licitação com incidência sobre todos os entes federativos. O citado dispositivo é, aliás, o mesmo fundamento em que se apoiaram as Leis nºs 8.987/95 (Lei das Concessões) e 8.666/93 (Estatuto de Contratos de Licitações).

O *âmbito de incidência* das normas gerais é o mesmo desses diplomas: incidem sobre todas as pessoas federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e as entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), sendo estendidas também a fundos especiais (o que retrata impropriedade técnica, porque fundos não têm personalidade e sempre integram a estrutura de alguma das pessoas governamentais) e a outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos. É o que dispõem o art. 1º e parágrafo único da Lei nº 11.079/2004.

Não obstante, no que se refere a parcerias público-privadas contratadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei fixa limites para tais despesas, considerando a receita corrente líquida da pessoa federativa. Somente se forem observados tais limites é que a União poderá conceder-lhes garantia e realizar transferência voluntária de recursos. Em consequência, a lei exige que aqueles entes, antes da contratação, encaminhem ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional as informações indicativas do cumprimento dos aludidos limites.[1199]

Repete-se aqui a advertência já feita anteriormente: a futura lei que constituir o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, prevista no art. 173, § 1º, da CF, poderá conter normas específicas para tais entidades e, conforme o caso, até mesmo derrogadoras de dispositivos inseridos na disciplina ora em comento, isso porque, tanto quanto esta, será lei federal, promulgada com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição – mandamento, aliás, que alude expressamente ao citado art. 173.

Além das normas gerais, aplicáveis a todas as pessoas federativas, a Lei nº 11.079/2004 estabeleceu algumas *normas específicas* direcionadas apenas à União Federal (arts. 14 a 22). É no campo de incidência de semelhantes normas que Estados, Distrito Federal e Municípios podem editar sua própria legislação. A competência da União para editar normas gerais não impede que os demais entes

federativos instituam legislação suplementar. É o que consignam os arts. 24, § 2º, e 30, II, da CF.[1200]

As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como, entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, e apresentam como justificativa dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a *falta de disponibilidade de recursos financeiros* e a *eficiência da gestão do setor privado.*

Se semelhante modelo será frutífero ou não, só o tempo dirá – o tempo e também a forma como irá conduzir-se a Administração na aplicação do instituto. De qualquer modo, apesar de alguns aspectos confusos na disciplina jurídica, é mais uma das tentativas que ultimamente se têm apresentado para que o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado.

De qualquer modo, procuraremos comentar o instituto sem qualquer passionalismo nem ideologia política, mas, ao revés, levando em consideração o direito positivo em si, ou seja, o conjunto das normas que regulam as parcerias, inclusive buscando harmonizá-las com os parâmetros estabelecidos na Constituição. Não podemos deixar de considerar, da mesma forma, o desiderato do legislador: a execução e a melhor gestão dos serviços públicos.

2. Conceito e natureza jurídica

A Lei nº 11.079/2004, ao contrário do que ocorria com o projeto de lei do Executivo, não definiu nem o contrato de concessão especial, nem a parceria público-privada. Limitou-se a estabelecer que *"parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa"* (art. 2º).

Aqui é imperioso comentar a questão do *nomen juris* do instituto. A ementa da lei refere-se a "*contratação de parceria público-privada"* , mas no art. 2º se qualifica a parceria como contrato administrativo de concessão. A lei ficou confusa nesse ponto. A correta denominação deveria ser a de "*contrato de concessão especial de serviços públicos*", para distinguir tal ajuste, como vimos, da concessão comum. A expressão "*contrato de parceria"* é tecnicamente imprópria. Primeiramente, há inegável contradição nos termos: onde há contrato (tipicamente considerado) não há

parceria em seu sentido verdadeiro. Além disso, o denominado "*parceiro privado*" nada mais é do que uma pessoa comum do setor privado, que, como tal, persegue lucros e vantagens na execução do serviço ou da obra pública. Quanto a isso, aliás, nenhuma diferença tem ela em relação às pessoas concessionárias na concessão comum. O que caracteriza a verdadeira parceria, isto sim, é a cooperação mútua, técnica e financeira, com objetivos comuns (e não contrapostos, como ocorre nos contratos em geral) e sem fins lucrativos, conforme sucede nos *convênios* e nos contratos de gestão firmados com organizações sociais, previstos na Lei nº 9.637/98. A divulgação da expressão, todavia, tornou-a conhecida dessa forma; assim, ao que tudo indica, será esse negócio jurídico conhecido como *"contrato de parceria público-privada"*, ou simplesmente *"parcerias público-privadas"* (*PPPs*). A referência que fizemos, portanto, a tais expressões (e o faremos sem abdicar de nossa crítica) será apenas em virtude de serem elas empregadas na lei.

Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada ser conceituado como *o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.*

O conceito procura abranger os elementos básicos do instituto. Trata-se de acordo de natureza contratual, já que resultante da manifestação volitiva da Administração e do concessionário privado. A delegação implica o serviço de implantação e gestão de empreendimentos públicos normalmente de grande vulto. Dependendo da natureza do serviço, pode ocorrer que sua execução reclame eventual realização de obras e fornecimento de bens; ainda assim, o objeto básico é o serviço de interesse público a ser prestado. O dispêndio, total ou parcial, com a prestação do serviço incumbe à pessoa privada, que será devidamente ressarcida no curso do contrato. Aliás, se o contrato não prevê a contraprestação pecuniária do concedente ao concessionário, não será concessão especial (ou parceria público-privada, como diz a lei), e sim concessão comum, sendo regulada pela Lei nº 8.987/95. (art. 2º, § 3º).[1201] Por fim, riscos e ganhos são compartilhados, indicando responsabilidade solidária entre as partes.

A *natureza jurídica* desse tipo de ajuste é a de *contrato administrativo de concessão de*

serviço público, como, aliás, emana da própria lei (art. 2º). Tendo em vista que a lei se refere à concessão *comum*, regulada pela Lei nº 8.987/95, há que se considerar a delegação em foco como *concessão especial*, para distingui-la daquela outra modalidade.

Incidem sobre tais contratos o princípio da desigualdade das partes e as cláusulas exorbitantes peculiares aos contratos administrativos previstos nas Leis nºs 8.666/93 e 8.987/95, entre elas a alteração e a rescisão unilateral do contrato e a aplicabilidade de sanções administrativas.

3. Modalidades e incidência normativa

Os contratos de concessão especial de serviços públicos comportam duas *modalidades:* a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa.*

A *concessão patrocinada* se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado (art. 2º, § 1º).

A segunda modalidade é a *concessão administrativa*, assim considerada a prestação de serviço "*de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens"* (art. 2º, § 2º). Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente. Poderão os recursos para pagamento, contudo, ter origem em outras fontes.[1202] Embora haja entendimentos que contestem esse tipo de remuneração exclusiva do Poder Público ao concessionário (*tarifa-zero*), domina o pensamento de que, tratando-se de modalidade especial de concessão, inexiste vedação constitucional para sua instituição, o que realmente nos parece acertado.[1203]

Quanto à *incidência normativa*, a Lei nº 11.079/2004, embora seja o diploma básico da disciplina jurídica do instituto, fez distinção no que tange à disciplina suplementar (*incidência normativa subsidiária*) a ser adotada conforme a modalidade de concessão.

As concessões patrocinadas sujeitam-se à aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 (lei geral das concessões), que regula as concessões comuns de serviços

públicos, bem como de outras leis que sejam correlatas ao referido diploma.

No que concerne às concessões administrativas, a Lei nº 11.079 especificou, para aplicação suplementar (adicionalmente, como disse a lei), alguns dispositivos das Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95. Da primeira lei, incidem os arts. 21 (disponibilização aos participantes da licitação de estudos, projetos, obras e despesas ou investimentos efetuados pelo concedente, obrigando o vencedor ao ressarcimento conforme o previsto no edital); 23 (cláusulas essenciais do contrato); 25 (responsabilidade do concessionário por prejuízos causados ao concedente, usuários ou terceiros); 27 a 39 (anuência do concedente para transferência da concessão ou do controle societário do concessionário; encargos do poder concedente e do concessionário; intervenção no serviço; extinção da concessão). Incide, ainda, o art. 31 da Lei nº 9.074/95.[1204]

Os contratos de concessão (comum) de serviços públicos continuam regidos pela Lei nº 8.987/95 (lei geral das concessões e permissões) e pela legislação pertinente, não se lhes aplicando as disposições da Lei nº 11.079. Da mesma forma, os contratos administrativos em geral, não classificados como contratos de concessão, seja qual for a modalidade desta, sujeitam-se à disciplina exclusiva da Lei nº 8.666/93 (estatuto dos contratos e licitações).

4. Objeto

Conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da lei das parcerias, o objeto da concessão patrocinada é a *concessão de serviços públicos ou de obras públicas*, tal como previsto na lei geral das concessões. Nessa hipótese, a destinatária dos serviços e obras é a coletividade, cabendo aos usuários pagar ao concessionário a respectiva tarifa pela utilização do serviço.

Registre-se, no entanto, que o objeto básico da concessão é o *serviço público*, ainda que de cunho administrativo interno. Já foi dito ser imprópria tecnicamente a expressão *"concessão de obra pública"*, porque obra não se concede, e sim se contrata. Concede-se, isto sim, o "*serviço*", a "*atividade*", o *"uso"*. Assim, quando a lei se refere a tal expressão, deve considerar-se que, mesmo sendo a obra o foco do contrato, o contratado recebe em concessão a prestação de um serviço a ser executado em função da obra por ele realizada. Relembramos, inclusive, que essa é a ideia prevista na Lei nº 8.987/95, quando contemplou a *concessão de serviço público precedida da*

execução de obra pública.

Na concessão administrativa, o objeto é a *prestação de serviços*, sendo a Administração Pública a usuária direta ou indireta, ainda que seja necessária a execução de obras ou o fornecimento e a instalação de bens (art. 2º, § 2º). Alguns estudiosos advogam o entendimento de que o objeto é complexo, envolvendo necessariamente a prestação de um serviço e a execução de uma obra (ou uma concessão de uso).[1205] Outros sustentam inexistir necessariedade do objeto complexo, podendo o contrato alvejar somente a prestação do serviço, doutrina que nos parece mais consentânea com o texto legal.[1206]

Na verdade, a lei ficou confusa quanto ao objeto da concessão administrativa. Na concessão patrocinada, é fácil entender a sua lógica, pois que afinal se assemelha à concessão comum, desta se diferenciando apenas em virtude de o concessionário receber também recursos oriundos do Poder Público, e não somente dos usuários. No entanto, na concessão administrativa a lei deixou margem a dúvidas. De logo, fala-se em *prestação de serviços* sem qualquer especificação quanto à sua natureza. Ademais, diz-se que os serviços se destinam à Administração como *usuária direta ou indireta.* Mas o que significa ser "usuário direto ou indireto" do serviço?

A expressão é vaga e de difícil inteligência. Ao que parece a lei pretendeu dar em concessão uma série de atividades tipicamente administrativas, para as quais precisará de investimentos do setor privado. Na justificativa do projeto de lei do Executivo, foi dito que as parcerias público-privadas permitiriam um amplo leque de investimentos, *"suprindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica".*[1207] Nota-se, pois, que o sistema pretende admitir a contratação de variada gama de serviços públicos de *natureza administrativa,* única hipótese em que se pode entender o fato de ser a Administração usuária direta ou indireta desses mesmos serviços.

Conquanto semelhantes em face do mesmo objeto, e ainda que em ambos a Administração seja usuária do serviço, o contrato de concessão administrativa de serviços não tem perfil idêntico ao do contrato de serviços regulado pela Lei nº 8.666/93. Neste, o particular contratado limita-se à prestação do serviço, cabendo à Administração pagar o respectivo preço em dinheiro; naquele, o concessionário presta o serviço mas se lhe exige que faça investimento na atividade, obrigando-se a Administração a uma contraprestação pecuniária que pode variar de espécie, como

reza o art. 6º da Lei nº 11.079.

Como se trata de delegação da gestão de determinada atividade de infraestrutura administrativa, a concessão administrativa reclama que se confira ao concessionário certo grau de *autonomia empresarial* para que a atividade possa ser desenvolvida com maior eficiência e as metas devidamente alcançadas. Deve caber-lhe, pois, definir os meios e as estratégias inerentes ao poder de gestão atribuído por essa modalidade de concessão. Por tal motivo é que a lei (art. 2º, § 4º, III) vedou a contratação direcionada apenas ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública, casos que seriam regidos normalmente pelo estatuto dos contratos e licitações.[1208]

Por tais elementos é que, com a devida vênia, dissentimos daqueles doutrinadores que identificam a concessão administrativa com o contrato de prestação de serviços.[1209] Pode-se admitir que haja semelhanças entre eles e até mesmo suspeitar que esse novo tipo de contratação venha a fracassar, mas inexiste total identidade no que tange à fisionomia jurídica de tais negócios.[1210]

Verifica-se, pois, que a concessão administrativa constitui mero pretexto para atrair investimento do setor privado e, como o concessionário é pessoa privada e persegue lucros, fica no espírito do intérprete séria dúvida sobre a dimensão da contraprestação a que estará sujeita a Administração no caso de contratação dessa espécie.

5. Características e diretrizes

Relegando a segundo plano os traços diferenciais secundários, pode-se considerar que os contratos de concessão especial sob o regime de parceria público-privada apresentam três características básicas que os distinguem dos demais contratos administrativos.

A primeira delas reside no *financiamento do setor privado*. Esse aspecto indica que o Poder Público não disponibilizará integralmente (até porque não os tem) recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar. Caberá, pois, ao parceiro privado a incumbência de fazer investimentos no setor da concessão, seja com recursos próprios, seja através de recursos obtidos junto a outras entidades do setor público ou privado. Talvez esse seja o ponto que mais de perto justifique a ideia de parceria, como está na titulação do ajuste.[1211]

A outra característica consiste no *compartilhamento dos riscos*, assim entendido o fato de que o Poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro privado no caso da eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência tenha tido como causa fatos imprevisíveis, como o caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e a imprevisão em virtude de álea econômica extraordinária.[1212] Daí a necessidade de eficiente controle sobre o objeto da contratação: se a gestão do empreendimento, a cargo do parceiro privado, for desastrosa, o Estado concedente arcará, juntamente com aquele, com as consequências advindas da má execução do contrato.

Por fim, é aspecto marcante da concessão especial a *pluralidade compensatória* fixada como obrigação do Estado em favor do concessionário pela execução da obra ou do serviço. De fato, em tal sistema é admitida contraprestação pecuniária de espécies diversas, além do pagamento direto em pecúnia, que é a forma comum de quitação. A lei admite a cessão de créditos não tributários e a outorga de certos direitos da Administração, fora outros que lei estabelecer.[1213]

Por enquadrar-se como contrato administrativo, a concessão especial sob regime de parceria deverá ser celebrado com amparo em certas *diretrizes* (art. 4º), sendo estas consideradas as linhas a serem observadas quando a Administração elaborar seus projetos para tais espécies de ajuste. Algumas delas, aliás, são de tamanha obviedade que sequer mereceriam referência expressa no texto legal.

Entre estas últimas estão, por exemplo, a eficiência na execução das obras e serviços públicos (art. 4º I), o respeito aos interesses dos destinatários do objeto do contrato e dos parceiros privados (art. 4º, II) e a transparência de procedimentos e decisões (art. 4º, V) – todas elas elementos naturais dos contratos da Administração.

Afora essas, deve a Administração levar em conta a *indelegabilidade de funções exclusivas do Estado* (art. 4º, III), como a jurisdicional, as de regulação e as decorrentes do exercício do poder de polícia. Tais atividades não comportam delegação a pessoas do setor privado, impondo-se que sejam sempre executadas por entes dotados de potestade pública (*jus imperii)*. Não será lícito, assim, celebrar contrato de concessão para que parceiro privado fiscalize exercício de profissões ou exerça o controle (regulação) atribuído às agências reguladoras. A menção à função jurisdicional era dispensável: nunca houve cogitação no sentido de delegá-la a entes privados. A ter-se que mencioná-la, o mesmo deveria ter sido feito relativamente à

função legiferante do Estado, tão obviamente indelegável quanto a jurisdicional.

A lei aponta também como diretriz a *repartição objetiva dos riscos* (art. 4º, VI). Já vimos que esse aspecto constitui uma das características das parcerias público-privadas. Trata-se de fórmula para não afastar eventuais parceiros privados se fosse apenas seu o risco do empreendimento. Desse modo, os projetos administrativos devem considerar esse nível de igualdade no que toca aos riscos e, naturalmente, a possíveis prejuízos.

A *responsabilidade fiscal* é outra diretriz e incide tanto na etapa de celebração como na de execução do serviço ou da obra (art. 4º, IV). O êxito, porém, da observância de semelhante diretriz depende muito da forma pela qual os órgãos públicos desempenharão a função de controle. Este há de ser interno, quando relacionado às receitas e despesas públicas, e externo, na verificação do desempenho do concessionário e das metas a serem alcançadas.

Finalmente, a lei inclui no rol das diretrizes a *sustentabilidade financeira* dos projetos de parceria (art. 4º, VII). Significa que cabe à Administração prover-se de reserva dos custos que ficarão a seu cargo e das vantagens socioeconômicas decorrentes do objeto contratual, indicando-se quais os benefícios que poderão advir da implantação ou da gestão do empreendimento a ser executado pelo parceiro privado. Em outras palavras, é necessário que seja previamente verificada a relação custo-benefício do empreendimento projetado.

6. Cláusulas essenciais, não essenciais e vedações

As concessões especiais sob regime de parceria público-privada apresentam-se com dois grupos de *cláusulas essenciais*. O caráter de essencialidade tem o sentido de que a ausência ou distorção de semelhantes cláusulas provoca a nulidade do contrato. Têm, por conseguinte, intrínseca relação com a validade do pacto concessional.

O primeiro grupo, objeto de remissão pela Lei nº 11.079, é constituído pelas mesmas cláusulas que constam no art. 23 da Lei nº 8.987/95, que já comentamos no tópico pertinente relativo às concessões comuns. Para evitar repetição, remetemos o leitor ao aludido tópico.

O segundo é o que se encontra na relação do art. 5º da Lei 11.079: são as cláusulas essenciais adicionais.

No que tange a estas últimas, é obrigatório que no instrumento contratual conste a previsão da repartição de riscos entre concedente e concessionário, inclusive diante da ocorrência de fatos imprevisíveis (art. 5º III); semelhante previsão, aliás, compatibiliza-se com a diretriz fixada na lei nesse mesmo sentido (art. 4º, VI).

Há regra essencial quanto ao prazo contratual: a vigência do contrato não será inferior a cinco, nem superior a trinta e cinco anos, já considerada eventual prorrogação (art. 5º, I). Significa que o contrato só admite prorrogação se o prazo total não ultrapassar aquele limite. A fixação do prazo fica a critério da Administração; nesse ponto, portanto, exerce atividade discricionária. Cabe-lhe, entretanto, observar o princípio da proporcionalidade: o prazo deve ser compatível com a amortização dos investimentos efetuados.

Obrigatórias são, ainda, as cláusulas que prevejam a remuneração e a atualização dos valores contratuais e as que indiquem os meios de preservação da atualidade da prestação dos serviços (art. 5º, IV e V). Se a atualização dos valores contratuais se sujeitar a fórmulas e índices objetivos, a aplicação do reajuste será automática; desse modo, dispensada estará a Administração da prática de ato homologatório do reajuste. No caso de rejeitar a atualização, deve o órgão concedente apresentar sua justificativa expressa para o fato e publicar o respectivo ato na imprensa oficial até o prazo de quinze dias contado da apresentação da fatura.[1214]

Outras cláusulas essenciais são: a) a definição dos fatos que indiquem a inadimplência pecuniária do concedente (art. 5º, VI); b) as penalidades aplicáveis às partes no caso de inadimplemento, sempre observado o postulado da proporcionalidade em relação à gravidade da falta (art. 5º, II); c) as garantias de execução do contrato pelo parceiro privado compatíveis com a natureza e a extensão do objeto contratual (art. 5º, VIII); d) os critérios de avaliação de desempenho do concessionário (art. 5º, VII); e) o compartilhamento com a Administração de ganhos econômicos do concessionário se houver redução do risco de crédito de financiamentos por ele obtidos (art. 5º, IX); f) a vistoria de bens reversíveis, ou seja, daqueles que, utilizados pelo parceiro privado, venham a ser transferidos para o patrimônio do parceiro público, sendo admitida a retenção de pagamento para o fim de sanar eventuais irregularidades (art. 5º, X).

Além das cláusulas obrigatórias, a lei admite a inclusão no contrato de *cláusulas não essenciais*, isto é, aquelas cuja ausência não implica a nulidade da concessão. A inserção no contrato depende da avaliação de conveniência a cargo da entidade concedente.

Uma delas é a previsão dos requisitos que conduzem o concedente a autorizar a transferência do controle da sociedade de propósito específico (a que executa o contrato, como veremos adiante) para seus financiadores, quando necessária reengenharia financeira e a continuidade da prestação do serviço (art. 5º, § 2º, I). No caso, não se aplica o art. 27, § 1º, I, da Lei nº 8.987/95, segundo o qual o pretendente, para obter a autorização do poder concedente, deverá cumprir as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal indispensáveis à assunção do serviço. Todavia, existe entendimento segundo o qual seria inconstitucional o art. 5º, § 2º, I, sob o fundamento de que estaria violando o art. 37, XXI, da CF, que contempla tais requisitos.[1215] Ousamos divergir desse entendimento. Primeiramente, o mandamento constitucional só considera os citados requisitos quando "*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"* , que é o que ocorre com a transferência do controle da sociedade. Demais disso, essa é exatamente uma das formas de compartilhamento dos riscos previsto na lei para os parceiros. (art. 5º, III). Não vemos, pois, qualquer eiva de inconstitucionalidade no dispositivo.

Facultativa é também a cláusula que preveja a possibilidade de que o empenho seja emitido diretamente em nome dos financiadores do projeto quando se tratar de obrigações pecuniárias a cargo da Administração (art. 5º, § 2º, II). Aqui a lei pretendeu afastar um pouco a burocracia do processo de empenho e garantir ao investidor o recebimento de seus créditos.

Por último, é legítimo que o contrato contenha cláusula que contemple a possibilidade de serem pagas indenizações aos financiadores do projeto na hipótese de extinção antecipada da concessão. A eles podem ser assegurados ainda pagamentos efetuados pelos fundos e empresas governamentais garantidores da contratação. (art. 5º, § 2º, III). Objetiva-se nesse aspecto criar um ponto de atração para os financiadores, reduzindo-lhes o risco de prejuízos decorrentes do empreendimento.

São previstas na lei situações que constituem as *vedações* relativamente à

parceria público-privada (art. 2º, § 4º). Tais vedações representam os pressupostos negativos do contrato: se inobservados, o contrato estará fadado à invalidação por vício de legalidade.

Em primeiro lugar, tem-se *vedação quanto ao valor:* é vedada a contratação quando o valor do contrato for inferior a vinte milhões de reais (art. 2º, § 4º, Lei 11.079). *A contrario sensu*, se envolver quantia inferior, deverá ser celebrado contrato de obra ou de serviço (Lei 8.666/93), ou contrato de concessão comum (Lei 8.987/95). Esse limite aplica-se de forma geral a todos os entes federativos. Sustentam alguns que se trata de norma geral de direito financeiro, e não de norma geral de contratação.[1216] De fato, é tênue, no caso, a linha limítrofe, mas, a nosso ver, é norma sobre contratação, visto que, sendo esta o objeto principal, a fixação do limite mínimo lhe é elemento acessório. Por tal motivo, está dentro da competência da União legislar sobre a matéria (art. 22, XXVII, CF).

Depois, a lei contempla *vedação quanto ao tempo*: o contrato não pode ser celebrado por período inferior a cinco anos. Esse prazo mínimo é previsto em dois dispositivos: art. 2º, § 4º, II, e art. 5º, I, da lei. Note-se que no art. 2º, § 4º, específico das vedações, não se previu o limite máximo de vigência do contrato, ou seja, trinta e cinco anos. Esse limite, como vimos, está previsto apenas no art. 5º, I, que trata das cláusulas essenciais do contrato.

Por último, é prevista *vedação quanto ao objeto*: o contrato não pode ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Justifica-se a vedação pelo fato de que, se o ajuste tiver como único objeto referidas atividades, estará ele enquadrado como contrato normal de serviços, compras e obras, regulado pela Lei nº 8.666/93.

7. Contraprestação e garantias

No comentário deste tópico, merece ser lembrado que a *contraprestação pecuniária* do poder concedente é elemento característico da parceria público-privada. Nesse sentido é expresso o art. 2º, § 3º, da Lei 11.079. Contudo, vale a pena destacar que a ideia de *contraprestação pecuniária* encerra dois sentidos: o primeiro é o que indica que o poder concedente efetuará o pagamento ao parceiro privado diretamente em dinheiro; o segundo reside em que o caráter de pecuniariedade pode ser *indireto*, vale dizer, pode a contraprestação ser efetuada

através de mecanismo jurídico que, por sua vez, se converta ulteriormente em pecúnia. Este último é que é o sentido que se encontra no art. 6º da lei, que trata da matéria.

Seja qual for a forma pela qual se apresente, porém, a contraprestação só pode ser efetuada quando já estiver disponível o serviço prestado pelo parceiro privado. Resulta daí que a antecipação do pagamento pode configurar improbidade administrativa (Lei 8.429/92). Por outro lado, sendo o serviço dividido em etapas, será lícito efetuar a contraprestação relativamente àquela que já se revelar fruível pela Administração. Aqui, a contraprestação será parcial e corresponderá à parte do serviço que já tiver sido executada e disponibilizada para o poder concedente. [1217]

Vigora para as parcerias público-privadas o princípio da *variabilidade remuneratória*: pode o contrato conter cláusula pela qual a remuneração seja vinculada ao desempenho do concessionário. Mas, para tanto, será imperioso que o contrato estabeleça de forma clara e precisa as metas e os padrões de qualidade e disponibilidade do objeto do ajuste (art. 6º, parágrafo único). Tal previsão nos parece razoável, mas dependerá, a nosso ver, da fixação de parâmetros objetivos no contrato, porque somente assim poderão os parceiros pleitear, um perante o outro, o reconhecimento de seus direitos quanto à remunerabilidade pactuada.

A forma normal de contraprestação pecuniária a ser efetuada pelo parceiro público é a *ordem bancária*. Indica-se aqui que o valor devido ao concessionário estará disponibilizado em estabelecimento bancário.[1218]

Admite-se, ainda, a *cessão de créditos não tributários*, como é caso, por exemplo, de créditos derivados de indenizações devidas por terceiros. Outro instrumento é a *outorga de direitos em face da Administração Pública* (art. 6º, III). A dicção da lei nesse caso resultou fluida e imprecisa. É de supor-se, no entanto, que o legislador se tenha referido a direitos que tenham o caráter de conversibilidade em pecúnia, ou que ao menos estampem a representação de determinado valor. Talvez possa enquadrar-se na hipótese a outorga onerosa do direito de construir, instrumento urbanístico previsto na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), pelo qual o interessado recebe consentimento para edificar além do coeficiente de aproveitamento básico do local. Como o interessado deve efetuar uma contrapartida, e tendo esta valor econômico, pode ser dispensada para que o

respectivo valor sirva como contraprestação do Poder Público, outorgando-se, porém, o direito ao parceiro privado.

Outro mecanismo é a *outorga de direitos sobre bens públicos dominicais* (art. 6º, IV). Insere-se nessa modalidade a renda obtida em decorrência da locação ou da concessão de bens públicos (que serão mesmo necessariamente dominicais). Em consequência, não servem como contraprestação os rendimentos oriundos do uso de bens de uso comum do povo e de bens de uso especial. Por fim, poderá a lei prever outros instrumentos que formalizem a contraprestação do poder concedente.

A parceria público-privada evidencia clara preocupação em evitar que o concessionário, a cujo cargo ficaram os investimentos no serviço ou na obra pública, sofra prejuízos ou corra riscos diante de eventual inadimplemento do poder concedente ou até mesmo em virtude fatos imprevisíveis. Por tal motivo, a lei consignou as *garantias* que podem ser contratadas relativamente às obrigações contraídas pela Administração Pública (art. 8º).

Uma dessas garantias é a *vinculação de receitas* (art. 8º, I). Como é sabido, a Constituição veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV), mas o próprio dispositivo consigna algumas hipóteses em que a vinculação é admissível. Uma delas é a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, matéria passível de ser prevista na lei orçamentária anual, nos termos do art. 165, § 8º, da CF. Por conseguinte, havendo previsão no contrato, é legítimo que o concedente ofereça como garantia ao parceiro privado recursos vinculados à arrecadação de impostos.

Para alguns autores, o dispositivo se revela inconstitucional, argumentando-se com o fato de que a exceção contemplada no art. 167, IV, da CF, não visa a garantir credores, mas sim a preservar o equilíbrio entre a dívida pública e o valor da receita antecipada, com isso prevenindo-se desequilíbrio orçamentário.[1219] Com o devido respeito a tão abalizadas opiniões, não vislumbramos incongruência com o texto constitucional. Este limita-se a considerar não vedada a vinculação no caso de *"prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita"*. Ora, como ensina autorizada doutrina, tais operações visam a cobrir eventual déficit de caixa, *"quando as receitas tributárias arrecadadas se mostram ainda insuficientes para atender as despesas iniciais"*, fato que permite ao Executivo garantir a operação de crédito por

antecipação da receita.[1220] Nesse aspecto, parece-nos deva ter-se em vista o aspecto específico da parceria público-privada, na qual a contraprestação pelo investimento feito pelo concessionário é o compartilhamento dos riscos e a garantia de recebimento de seu crédito.

Podem ainda ser ajustadas outras formas de garantia, como: a) contratação de seguro-garantia com empresas não controladas pelo ente estatal; b) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras fora do controle do Poder Público; c) criação ou utilização de fundos especiais, conforme previsto em lei; d) garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada especificamente para tal objetivo; e) outros instrumentos a serem adotados em lei.[1221]

Quanto ao *fundo garantidor* (FGP – Fundo Garantidor de Parcerias) – mecanismo pelo qual optou o governo federal, conforme consta dos arts. 16 a 22 da lei, e que enseja algumas vantagens para o parceiro privado – há interpretação segundo a qual ocorreria contrariedade ao art. 165, § 9º, II, da CF, pelo qual se exige *lei complementar* para a instituição e funcionamento de fundos, e ao art. 71, da Lei nº 4.320/64 (normas gerais de direito financeiro), que proíbe que fundos possam ser objeto de garantia de dívidas pecuniárias.[1222]

A impugnação, porém, não procede. O dispositivo constitucional tem cunho genérico e refere-se ao estabelecimento de normas gerais sobre fundos, e não à instituição de fundo específico, sendo, pois, legítima a instituição deste por lei ordinária. Por outro lado, o dispositivo da Lei 4.320/64 apenas impõe que as receitas dos fundos se vinculem a objetivos predeterminados, nada impedindo, portanto, que entre tais objetivos esteja o de garantir dívidas contraídas para a execução de parcerias público-privadas.[1223]

É de se reconhecer, contudo, que o fundo ora referido constitui figura de certo modo anômala, já que tem natureza privada e responde com seus bens e direitos pelas obrigações que venha a contrair (art. 16, §§ 1º e 5º, da lei). Entretanto, é despido de personalidade jurídica própria e se configura como verdadeira *universalidade jurídica de bens e direitos* ou, se se preferir, de *patrimônio de afetação*. O intento da lei, no entanto, ficou claro: em virtude do sistema de parceria, deve conferir-se ao credor maior facilidade no recebimento de seu crédito, o que não ocorre nos contratos comuns da Administração.[1224] Assinale-se, por fim, que tal

sistema não poderia aplicar-se a fundos de natureza pública, eis que a regência nesse caso sofre o influxo de normas de direito público.

8. Sociedade de propósito específico

Embora o projeto de lei do Executivo sobre as parcerias público-privadas não tenha feito a previsão, a Lei nº 11.079/2004 contemplou a instituição da *sociedade de propósito específico*, conferindo-lhe a incumbência de *implantar e gerir o projeto de parceria*, como reza o art. 9º. Pretendeu o legislador colocar em apartado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato, de outro. A providência, de fato, permitirá melhor forma de controle do poder concedente sobre as atividades, o desempenho e as contas do parceiro privado.

Não obstante, a lei não se revelou suficientemente clara quanto ao momento de instituição da referida sociedade. O art. 9º emprega a expressão "*Antes da celebração do contrato*", e só. Ao que parece, a precedência diz respeito apenas ao contrato, mas não à licitação. Nesta participará normalmente a pessoa jurídica já existente. Aquela que vencer o certame, então, terá que cumprir obrigação pré-contratual, qual seja, a de instituir a sociedade de propósito específico. É a conclusão que se afigura mais lógica. O edital de licitação, no entanto, deverá fixar prazo para que o licitante vencedor cumpra tal obrigação, pois que seria inócua a existência desta sem prazo-limite para o cumprimento. O certo é que, descumprida essa obrigação, o poder concedente não poderá celebrar o contrato com a sociedade primitiva. Dentro do sistema licitatório, caberá à Administração convocar o participante que ficou na ordem de classificação imediatamente inferior.

Permite a lei que a sociedade de propósito específico assuma a forma de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima, de modo a propiciar a negociação de valores mobiliários no mercado (art. 9º, § 2º). Trata-se, contudo, de faculdade legal, de onde se infere que a referida sociedade poderá constituir-se com capital fechado. Esta enseja *constituição por subscrição particular*, originando-se de deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública.[1225] A companhia aberta resulta de *constituição por subscrição pública*, de iniciativa dos denominados *fundadores* (aqueles que desejam captar recursos no mercado para a implementação da sociedade), e pressupõem a observância de procedimento

específico previsto em lei para sua instituição.[1226] Esta última não vincula os sócios através de contrato propriamente dito, mas sim por ato plurilateral; na subscrição pública, os subscritores apenas aderem ao empreendimento. Por isso, são consideradas *sociedades institucionais*, e não *contratuais,* como são aquelas em que está presente a *affectio societatis*.*[1227]*

No caso de transferência do controle da sociedade de propósito específico, necessária será a autorização expressa da Administração, devendo o edital e o contrato fixar os critérios para esse fim (art. 9º, § 1º). Exige-se, todavia, a observância do art. 27, § 1º, da Lei nº 8.987/95, segundo o qual deve o pretendente ao controle da sociedade preencher os requisitos relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, que o habilitem à execução do contrato, bem como assumir o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

A lei veda que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante nesse tipo de sociedade.[1228] Em consequência, a sociedade de propósito específico não poderá adotar a forma de sociedade de economia mista, nem a de sociedade de mera participação estatal em que o Poder Público seja detentor da maioria do capital com direito a voto. Ou seja: a lei quis afastar qualquer ingerência de órgãos públicos no controle dessas sociedades.

Admissível se afigura, porém, a aquisição da maioria do capital votante por instituição financeira controlada pelo Poder Público, em decorrência do inadimplemento de contratos de financiamento (art. 9º, § 5º). Por força de semelhante ressalva, se a referida instituição financeira se enquadrar na categoria de sociedade de economia mista ou empresa pública, e houver previsão legal expressa nessa direção, constituir-se-á *sociedade de economia mista ou empresa pública subsidiária* (ou de segundo grau).[1229] Sem a previsão legal, entretanto, a assunção da maioria do capital votante renderá ensejo à formação de sociedade de mera participação do Estado, com a condição especial de ser titular da parte majoritária do capital social com direito a voto.

9. Licitações

9.1. Introdução

Já examinamos no capítulo próprio as regras gerais incidentes sobre as

licitações públicas para a contratação de serviços, obras e compras na Administração Direta e Indireta, previstas na Lei nº 8.666/93 (Estatuto de Contratos e Licitações).[1230] Tais normas – é bom destacar – aplicam-se sobre as contratações em geral, ainda que o tipo de contrato não esteja previsto no referido diploma legal.

A Lei nº 11.079/2004 – tal como ocorreu com a Lei nº 8.987/95, para as concessões comuns – contemplou algumas normas específicas para os contratos de concessão especial (as parcerias público-privadas). Tais normas, todavia, não excluem as normas gerais sobre o certame licitatório.

Por via de consequência, cabe sublinhar inicialmente que as normas consignadas na Lei 11.079 serão as de *aplicabilidade primária*. Não obstante, incidem, em caráter de *aplicabilidade subsidiária*, as normas da Lei nº 8.666/93 (a lei mais genérica sobre o assunto) e da Lei nº 8.987/95, que, por tratar das concessões em geral, se configura também como lei geral relativamente à Lei 11.079, que regula especificamente as parcerias público-privadas.[1231]

9.2. Modalidade e condições

A *modalidade* de licitação que deve preceder o contrato de concessão especial é a *concorrência* (art. 10), que, como já visto, é a modalidade empregada para contratos de grande vulto e que, por isso mesmo, exige maior rigor no processo seletivo. [1232] Logicamente, o procedimento, como veremos adiante, se sujeita a algumas especificidades adequadas às parcerias público-privadas, mas o que a lei assinalou*, a contrario sensu*, é que não poderá ser adotada modalidade diversa, como a tomada de preços, o convite ou o pregão.

Como a concessão especial apresenta lineamento jurídico próprio, a lei reguladora impôs a presença de certas *condições* para a instauração do processo licitatório.

A primeira delas é a *autorização da autoridade competente* (art. 10, I), fundada em estudos técnicos que indiquem: a) a conveniência e oportunidade administrativas e as razões que justifiquem a opção pelo regime de parceria público-privada; b) a subsistência das metas de resultados fiscais, compensando-se os efeitos da contratação através do aumento da receita ou da redução da despesa nos períodos subsequentes;[1233] c) a observância dos limites e condições estabelecidos na lei de

responsabilidade fiscal.[1234]

Faz-se necessário, ainda, que o objeto do contrato esteja previsto no plano plurianual relativo ao período de execução do ajuste (art. 10, V). Deve a Administração identificar a estimativa do *impacto orçamentário-financeiro* provocado pelo empreendimento, cabendo ao ordenador de despesa declarar que as obrigações decorrentes do contrato se compatibilizam com a lei de diretrizes orçamentárias e que estão contempladas na lei orçamentária anual (art. 10, II e III). Para tanto, deve ser feita a estimativa do fluxo de recursos públicos necessários ao cumprimento do objeto do contrato e ao adimplemento das obrigações assumidas pela Administração (art. 10, IV). Todas essas exigências constituem condições – nem sempre de fácil implementação, como se pode verificar – para que se inicie a licitação com vistas à contratação da parceria.[1235]

Outra condição é a realização de *consulta pública* para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão, devendo a Administração providenciar a devida publicação, indicando todos os elementos que demonstrem a necessidade da contratação e fixando prazo para recebimento de sugestões, críticas e observações sobre o propósito governamental (art. 10, VI).

Constitui, ainda, condição a obtenção de *licença ambiental* (ou as diretrizes para a obtenção) com vistas ao empreendimento alvitrado (art. 10, VII). Tratando-se de empreendimento de vulto, será relevante a aludida licença: só através dela se poderá verificar se o meio ambiente não estará sujeito a danos fatais e irreversíveis. Na verdade, de nada adianta resolver um problema com o serviço ou a obra pública e ao mesmo tempo criar outro com a destruição do sistema ecológico. Daí a exigência da *sustentabilidade* do empreendimento, prevista no art. 4º, VII, da Lei 11.079.

Por fim, é exigível *autorização legislativa específica* quando o Poder Público pretender celebrar *concessão patrocinada*, em que caiba à Administração o pagamento de mais de 70% da remuneração a ser paga ao concessionário.[1236]

9.3. Edital

Na qualidade de instrumento convocatório e representando o documento fundamental de regência da licitação, o *edital* sempre haverá de sujeitar-se a exigências especiais previstas na lei. Na verdade, esse ato reflete o conjunto de

normas que regulam as relações entre o Poder Público e os participantes da licitação. Na Lei nº 8.666/93, os requisitos básicos estão no art. 40 e na Lei nº 8.987/95 se encontram entre os arts. 14 a 22.

A Lei nº 11.079 indicou alguns elementos específicos apropriados ao regime da parceria público-privada e fez remissão a dispositivos de ambos aqueles diplomas.

Diz o art. 11 que o edital "conterá" a minuta do contrato. A dicção da lei está mal colocada. A minuta do contrato não se insere nos termos do edital; considera-se integrante dele, mas sua apresentação formal se faz pela anexação da minuta ao edital. É exatamente assim a previsão da Lei nº 8.666/93 (art. 40, § 2º, III).

Aplicam-se, no que couber, algumas normas do processo de licitação previsto na Lei nº 8.987/95. A mais importante delas é o art. 18, que exibe o elenco geral dos requisitos. É admitida a participação de empresas em consórcio (art. 19, Lei nº 8.987) e a disponibilização aos interessados de estudos, projetos, obras, serviços e investimentos já efetuados pelo concedente, podendo ser previsto o ressarcimento de despesas pelo licitante vencedor se o edital assim estabelecer (art. 21, Lei nº 8.987). A outra remissão é ao art. 15, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.987: recusa a propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente descompassadas em relação aos fins da licitação e preferência à proposta oferecida por empresa brasileira no caso de haver igualdade de condições.

O edital deve assinalar a garantia de proposta do licitante. Para evitar abusos por parte do concedente, inviabilizando a participação de algum interessado, a lei fez remissão ao art. 31, III, da Lei 8.666/93, pelo qual a garantia tem que estar limitada a um por cento do valor estimado do objeto da contratação.

Se houver garantias a serem oferecidas pela Administração ao parceiro privado, como permite o art. 8º da Lei 11.079, deverão estar também especificadas no edital.[1237]

Por fim, e consolidando tendência já existente, como assinalamos no decorrer desta obra,[1238] faculta-se a adoção, entre outros mecanismos privados, da *arbitragem* como instrumento de solução de conflitos relacionados à execução do contrato.[1239] O instituto da arbitragem é regulado pela Lei nº 9.307, de 23.9.96, e visa a que conflitos sejam resolvidos por um juízo arbitral, fora, portanto, dos órgãos judiciais. O emprego desse mecanismo pode dar-se de duas formas: a *cláusula*

compromissória, pela qual as partes já deixam ajustado no contrato que eventuais litígios serão dirimidos pelo regime de arbitragem, e o *compromisso arbitral*, em que os interessados resolvem submeter litígio (após sua ocorrência) ao referido regime. Como o dispositivo em foco já prevê no edital a adoção da arbitragem e a esta adere o licitante, a hipótese melhor se enquadra como *cláusula compromissória*, uma vez que, já de antemão, os interessados pactuam voltados para a arbitragem na solução de possível litígio que venha a surgir em decorrência do contrato ou a este relacionado.[1240] Na verdade, é inegável que o instituto resulta da expansão do *princípio do consensualismo* na Administração Pública.[1241]

É verdade que respeitável doutrina advoga ser inconstitucional a previsão de arbitragem, tendo em conta que o interesse público, objeto da concessão, espelha bem indisponível *(res extra commercium)*.[1242] Assim, porém, não entendemos. Se é verdade que a lei da arbitragem veda a aplicação do instituto a direitos indisponíveis, não é menor verdade, por outro lado, que podem surgir variados conflitos de natureza meramente patrimonial entre o concedente e o concessionário, todos passíveis de solução pelo referido método. Soma-se a isso o fato de que outros diplomas previram o instituto, denunciando a moderna tendência de admissibilidade do *princípio do consensualismo* na Administração, como registramos acima.[1243] Na verdade, sequer seria exigível que a lei indicasse as hipóteses de aplicação da arbitragem,[1244] bastando, isso sim, verificar caso a caso a natureza do litígio e dos interesses conflitantes. Havendo incidência abusiva do sistema, o efeito será a anulação da decisão arbitral.

9.4. Procedimento

A Lei 11.079 apresenta alguns aspectos procedimentais singulares, que deverão ser adotados na licitação para a contratação da parceria (art. 12). Apesar disso, foi clara a lei em fazer remissão às normas da Lei 8.666/93, como as regras básicas a serem adotadas no certame. Assim, as normas apontadas na lei da parceria terão caráter complementar.

Primeiramente, será lícito que a Administração faça prévia aferição da *qualificação técnica* das propostas apresentadas, sendo desclassificados os interessados que não obtiverem pontuação mínima. Nesse caso, serão excluídos da licitação (art. 12, I).

Os *critérios* de julgamento são os mesmos previstos para as concessões comuns (art. 15, I a V, da Lei 8.987/95), já vistos anteriormente. A Lei 11.079, todavia, admite mais dois critérios: 1º) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração; 2º) melhor proposta decorrente da combinação do critério anterior com o de melhor técnica, conforme os pesos mencionados no edital (art. 12, II, "a" e "b").

A *formalização* das propostas econômicas deve ser definida no edital. Mas a lei admite duas modalidades. Na primeira a proposta será apenas escrita e apresentada em envelope lacrado; na segunda se permite o oferecimento da proposta por escrito, seguindo-se lances em viva voz (art. 12, III, "a" e "b"). Pode adotar-se, portanto, o *sistema de oralidade* previsto para a modalidade de pregão. Há, porém dois mecanismos formais em relação aos lances em viva voz (cuja quantidade, aliás, não pode ser limitada). Em primeiro lugar, devem ser oferecidos na ordem inversa de classificação das propostas escritas; significa que o primeiro lance deve ser oferecido pelo último colocado no certame; o segundo, pelo penúltimo, e assim por diante. Depois, é permitido restringir o universo dos que vão participar dos lances em viva voz, para o fim de admitir-se somente a participação daqueles que tiverem oferecido proposta escrita no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta.

Preocupou-se o legislador em deixar bem claras as razões de aferição das propostas técnicas, tanto para qualificação como para julgamento. Por isso, exigiu-se o regime de *motivação*, em que a Administração deve fundamentar os atos de aferição com base nos elementos definidos objetivamente no edital.[1245] Com efeito, quanto mais objetivos forem os parâmetros de avaliação da proposta técnica, mais assegurado estará o direito dos licitantes e menos viável será o cometimento de abusos administrativos.

Contempla, ainda, a lei a possibilidade de se adotar o regime de *inversão* das fases de habilitação e julgamento (art. 13), este sendo precedente àquela, tal como também sucede na modalidade de pregão. Em nosso entender, a lei não deveria ter previsto a *faculdade*, mas sim a *obrigatoriedade* da inversão. É muito mais lógico julgar primeiramente as propostas, para só depois verificar a documentação exclusivamente do vencedor. Se o vencedor for inabilitado, examinar-se-ão os documentos do licitante que ficou em segundo lugar, e assim sucessivamente. No sistema clássico, perdem-se horas examinando os documentos de habilitação para,

ao final, ser escolhido apenas um vencedor; tal sistema contraria a modernidade e refoge a qualquer padrão da razoabilidade.

Divulgado o resultado final, o objeto do contrato será adjudicado ao vitorioso no certame. A este será, então, assegurada a execução do contrato em conformidade com os aspectos técnico e econômico que constaram de sua proposta. A lei não se referiu ao ato de homologação, mas, em virtude da natureza do contrato de concessão especial, o ato de resultado final do processo licitatório, oriundo da comissão de licitação, deve sujeitar-se à homologação da autoridade superior competente, porque a esta é que compete verificar aspectos de legalidade e mérito relativos à licitação e ao futuro contrato. Só depois da homologação é que, enfim, deve ser praticado o ato de adjudicação, ou seja, o ato de conferir-se ao vencedor o direito à execução do contrato.

VI. Autorização

Alguns autores referem-se aos chamados *serviços autorizados,* como é o caso de HELY LOPES MEIRELLES, para quem tais atividades servem *"para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória".*[1246]

Com o respeito que nos merecem esses autores, ousamos dissentir dessa linha de pensamento. Na verdade, não há autorização *para a prestação de serviço público.* Este ou é objeto de concessão ou de permissão. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu *exclusivo ou predominante interesse,* não se caracterizando a atividade como serviço público.

Não nos parece possível conceber dois tipos diversos de atos para o mesmo objeto. Também não nos convence que a diferença se situe na natureza do serviço público, vale dizer, se é estável ou instável, ou se é emergencial ou não emergencial, como parece pretender aquele grande mestre. Se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por permissão. Alguns autores exemplificam a autorização invocando a atividade de portar arma ou a de derivar água de rio público.[1247] Ora, com a devida vênia, tais atividades são realmente autorizadas, mas estão longe de considerar-se serviço público; cuida-se, isto sim, de atividades de interesse privado, que precisam de consentimento estatal pela necessidade de ser exercido, pela Administração, o seu poder de polícia. Por isso é que o Poder

Público, nesses casos, confere autorização.[1248]

Costuma-se fazer remissão ao art. 21, XII, da CF, para justificar a dita autorização de serviço público. Assim, porém, não nos parece. O art. 21 da CF dá competência à União Federal para *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão,* algumas atividades, como os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, navegação, transportes etc. Essas atividades, contudo, nem sempre são típicos serviços públicos; algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo grupamento social. Desse modo, a única interpretação cabível, em nosso entender, para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são os institutos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizatário.[1249]

É certo que pode haver equívoco na rotulação dos consentimentos estatais. Cumpre, entretanto, averiguar a sua verdadeira essência. Ainda que rotulada de *autorização*, o ato será de *permissão* se alvejar o desempenho de serviço público; ou, ao contrário, se rotulado de *permissão,* será de *autorização* se o consentimento se destinar à atividade de interesse do particular.

Além disso, há o argumento que consideramos definitivo: a Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos.

A conclusão, desse modo, é a de considerar inaceitável a noção dos denominados *serviços públicos autorizados.* A atividade, quando for *autorizada,* há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas.[1250]

Há autores, todavia, que admitem a autorização de serviços públicos sob regime privado, distinguindo-os dos prestados sob regime de direito público. E o fazem, entre outros motivos, pela menção à *autorização*, ao lado da permissão e da concessão, feita pela Constituição.[1251] Ousamos, com a vênia devida, dissentir desse entendimento. Em nosso entender, ou a atividade se caracteriza efetivamente

como serviço público – hipótese em que poderá este ser prestado por concessão ou por permissão (mas não por autorização) – ou se tratará de atividade meramente privada e, aí sim, poderá ser outorgada a autorização. Além disso, se o serviço é público, somente o regime de direito público poderá regulá-lo em seu perfil fundamental.

Na prática, existem certas atividades que encerram alguma dúvida sobre se devem ser consideradas serviços de utilidade pública ou atividades de mero interesse privado, dada a dificuldade em se apontar a linha demarcatória entre ambos. Há mesmo atividades que nascem como de interesse privado e, ao desenvolver-se, passam a caracterizar-se como serviços públicos. A atividade de transporte de passageiros, por exemplo, às vezes suscita dúvida, e isso porque há serviços públicos e serviços privados de transporte de pessoas. É o caso de *vans* que conduzem moradores para residências situadas em local de mais difícil acesso em morros. Ou ainda o serviço de táxis. Trata-se, em nosso entender, de atividades privadas e, por isso mesmo, suscetíveis de *autorização*.[1252] E, sendo autorização, não será realmente para nenhum serviço público, já que este se configura como objeto de *permissão*.[1253]

Particularmente em relação às *vans* de passageiros, também denominadas de *"peruas"*, é forçoso reconhecer a dificuldade de enquadrar sua atividade – que é a de transportar, em cada veículo, pequeno número de passageiros nos núcleos urbanos – como serviço público ou atividade meramente privada. Situa-se, com efeito, em posição que fica num meio termo entre o transporte coletivo de passageiros, inegavelmente serviço público, e o serviço de táxi, que, atendendo a pessoas de modo individualizado, melhor se configura como atividade privada. Embora consideremos esse tipo de transporte mais bem enquadrado como atividade privada (ao menos da forma como se iniciou junto à população, em que o atendimento era mais individualizado), entendemos deva ele submeter-se à regulamentação e controle pelo Poder Público, o que, em regra, não vem ocorrendo nas cidades, principalmente metrópoles, em que se tem desenvolvido notoriamente, ocupando espaço que o transporte coletivo regular não vinha conseguindo preencher em benefício da população. A regulamentação e o controle da atividade, bem como a oferta do serviço em caráter mais genérico, ensejam – é forçoso reconhecer – sua maior assemelhação com a natureza dos serviços públicos. A total anarquia dessa

atividade tem causado conhecidos conflitos, como os relacionados a emprego e desemprego, responsabilidade dos transportadores, segurança dos passageiros, excesso de veículos nos centros urbanos, desavenças entre donos de *"peruas"* e empresários e empregados de empresas de ônibus etc, tudo a demandar urgentemente a intervenção regulamentadora e o rigoroso controle dos órgãos administrativos competentes.[1254]

Por todos esses aspectos, a nosso ver, somente se o serviço de transporte de passageiros pelas *vans* sofrer regulamentação e controle nos moldes do que ocorre com os ônibus, passando, então, a ser oficialmente serviço público, é que será objeto de *contrato de permissão de serviço público*, sujeitando-se, em consequência, à Lei nº 8.987/95. Fora daí, o consentimento estatal dar-se-á por *autorização*.

VII. Súmulas

Súmulas Vinculantes

Súmula Vinculante nº 27: *Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente nem opoente.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 356: *É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.*

Súmula 357: *A pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefonia fixa para celular.*

Súmula 407: *É legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.*

Súmula 412: *A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no CC.*

Capítulo IX -

Administração Direta e Indireta

I. Noções Introdutórias

1. Federação e Autonomia

Federação é a forma de Estado em que, ao lado do poder político central e soberano, vicejam entidades políticas internas componentes do sistema, às quais são conferidas competências específicas pela Constituição.

Para a concepção do regime federativo, foi considerada, com realce, a noção de soberania, tudo para que se pudesse distinguir federação e confederação: nesta, seriam soberanos todos os membros, e naquela, apenas o Estado em si detinha soberania.[1255]

De fato, na confederação a aliança se forma entre vários Estados soberanos, resultando daí um vínculo caracterizado pela fragilidade e instabilidade. Na federação, ao contrário, os entes integrantes do regime se associam numa união indissolúvel, como forma de dar à unidade resultante preponderância sobre a pluralidade formadora.

Diversamente do Estado unitário, no qual o poder político é centralizado e insuscetível à formação de membros integrantes dotados de relevância, a federação distingue o poder político central dos poderes atribuídos aos entes integrantes. Embora se possa identificar inúmeras características, pode-se apontar três como as básicas para o contorno juspolítico da federação:

1) a descentralização política;
2) o poder de autoconstituição das entidades integrantes; e
3) a participação das vontades dos entes integrantes na formação da vontade nacional.[1256]

Decorre do sistema federativo o princípio da *autonomia* de seus entes

integrantes na organização político-administrativa do Estado.[1257] A autonomia dos entes integrantes demonstra que são eles dotados de independência dentro dos parâmetros constitucionais e que as competências para eles traçadas na Constituição apontam para a inexistência de hierarquia entre eles. Gozam, pois, do que se denomina de *poder de autodeterminação.*[1258]

Como se pode observar, são indissociáveis as noções de federação e autonomia das pessoas federativas nos termos pautados na Constituição Federal, e é a autonomia que atribui aos entes da federação os poderes de autoconstituição, autogoverno, autolegislação e autoadministração.

2. Poderes e Funções. A Função Administrativa

Na organização político-administrativa da República brasileira, são três os Poderes políticos instituídos pela Constituição: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, todos harmônicos e independentes, como apregoa o art. 2º da Carta vigente. A tripartição de Poderes abrange também os Estados-membros, mas nos Municípios vigora a bipartição de Poderes, porque em sua estrutura orgânica se apresentam apenas o Executivo e o Legislativo.

Ao examinarmos o tema inicial relativo à Administração Pública, chegamos a mencionar que os Poderes políticos da nação têm funções típicas – aquelas naturais, próprias e para as quais foram instituídos – e atípicas, assim consideradas as funções que, conquanto impróprias, foram expressamente admitidas na Constituição.[1259] Típicas, como sabemos, são as funções legislativa, administrativa e jurisdicional, quando atribuídas, respectivamente, aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Relevante função do Estado moderno, a *função administrativa* é dentre todas a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os de toda a coletividade. Por isso, tem sido vista como residual. Na verdade, excluída a função legislativa, pela qual se criam as normas jurídicas, e a jurisdicional, que se volta especificamente para a solução de conflitos de interesses, todo o universo restante espelha o exercício da função administrativa. Só por aí já é fácil verificar a amplitude da função.

Não custa relembrar, nesta parte introdutória, que a função administrativa é desempenhada em todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo todos os órgãos que, gerindo os interesses estatais e

coletivos, não estejam voltados à legislação ou à jurisdição.

3. Administração Pública

A expressão *administração pública*, como já vimos, admite mais de um sentido. No sentido *objetivo*, exprime a ideia de *atividade, tarefa, ação,* enfim a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar. No sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função.

No presente Capítulo, vamos considerá-la sob o sentido *subjetivo,* porque a análise do tema envolve basicamente o conjunto de órgãos de que se vale o Estado para atingir os fins colimados. É, portanto, o Estado-sujeito, o Estado-pessoa que vamos estudar como Administração Direta e Indireta.[1260]

4. Organização Administrativa: Centralização e Descentralização

A organização administrativa resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se calca em três situações fundamentais: *a centralização, a descentralização e a desconcentração.*[1261]

A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional. Pela descentralização, ele o faz indiretamente, isto é, delega a atividade a outras entidades. Na desconcentração, desmembra órgãos para propiciar melhoria na sua organização estrutural.

Exatamente nessa linha distintiva é que se situam a centralização e a descentralização. Quando se fala em centralização, a ideia que o fato traz à tona é o do desempenho *direto* das atividades públicas pelo Estado-Administração. A descentralização, de outro lado, importa sentido que tem correlação com o exercício de atividades de modo *indireto*.[1262]

Nessa linha de raciocínio, pode-se considerar a existência de uma administração centralizada e de uma administração descentralizada, ambas voltadas para o cumprimento das atividades administrativas. Por via de consequência, já é oportuno observar, nestas notas introdutórias, que a denominada administração

direta reflete a administração centralizada, ao passo que a administração indireta conduz à noção de administração descentralizada.

5. Princípios Regedores da Administração Pública

A Administração Pública – já estudamos o assunto – é regida por vários princípios jurídicos, uns de nível constitucional e outros inseridos nas diversas leis que cuidam da organização dos entes federativos.

Em nível constitucional, sempre é relevante observar que os princípios se impõem a todas as esferas federativas, abrangendo a administração direta e a indireta. Não há, portanto, qualquer restrição quanto à esfera de aplicação nos princípios administrativos constitucionais básicos – a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência (art. 37, *caput,* da CF, com a redação da EC 19/98). A Constituição proclama, além desses, outros princípios específicos, que se aplicam a situações particulares no cumprimento, pelo Estado, de sua função administrativa, como é o caso do concurso público, da prestação de contas, da responsabilidade civil e outros do gênero. Tais princípios serão examinados no curso deste Capítulo.

Em relação à União, vale a pena lembrar que seu estatuto organizacional relaciona cinco princípios que devem nortear a atividade na Administração Federal: o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle.[1263] Realmente, esses são princípios que visam à melhor operacionalização dos serviços administrativos, possibilitando que os órgãos estejam entrosados para evitar superposição de funções; que autoridades transfiram algumas funções de sua competência a outros agentes, impedindo o assoberbamento de expedientes e a morosidade das decisões. Indispensável também é que não haja improvisos, mas que, ao revés, sejam projetadas as ações administrativas de modo a serem atendidas as prioridades governamentais.[1264] Por fim, é preciso que se ramifiquem as competências, tornando os órgãos e pessoas fiéis executores das políticas administrativas.

São esses princípios – especialmente o da descentralização – que fundamentam a divisão da administração em direta e indireta.

II. Administração Direta

1. Conceito

Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. Em outras palavras, significa que *"a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público"*. [1265]

A noção envolve alguns aspectos importantes. O primeiro consiste em considerarmos, nesse caso, o Estado como pessoa administrativa.[1266] Depois, é mister lembrar que a Administração Direta é constituída por *órgãos* internos dessas mesmas pessoas; tais órgãos são o verdadeiro instrumento de ação da Administração Pública, pois que a cada um deles é cometida uma competência própria, que corresponde a partículas do objetivo global do Estado. Por fim, vale destacar o objetivo dessa atuação: o desempenho das múltiplas funções administrativas atribuídas ao Poder Público em geral.

A centralização é, como vimos, inerente à Administração Direta do Estado e dela indissociável. Relembremos, então, o tema da natureza da função.

2. Natureza da Função

Neste ponto, o que tem relevância é a noção de que a Administração Direta do Estado desempenha atividade *centralizada*.

A atividade centralizada é aquela exercida pelo Estado diretamente. Quando se fala em *Estado* aqui, estão sendo consideradas as diversas pessoas políticas que compõem nosso sistema federativo – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Tais pessoas exercem, por elas mesmas, diversas atividades internas e externas. Para concretizar tal função, valem-se elas de seus inúmeros *órgãos* internos, que, como já vimos, constituem os compartimentos ou células integrantes daquelas pessoas, dotados de competência própria e específica para melhor distribuição do trabalho e constituídos por *servidores públicos*, que representam, como vimos, o elemento humano dos órgãos.

Existem numerosas atividades a cargo da administração direta. A função básica de organização interna, a lotação de órgãos e agentes, sua fiscalização e supervisão, para exemplificar, quase sempre é desempenhada diretamente. Por isso, a organização de tais pessoas comporta tantos componentes internos, como os

Ministérios, as Secretarias, as Coordenadorias etc.

Podemos, pois, fixar a orientação de que, quando o Estado executa tarefas através de seus órgãos internos, estamos diante da administração direta estatal no desempenho de atividade centralizada.

Há certas funções centralizadas que, por sua relevância, merecem referência constitucional. O art. 37, XXII, da CF, com a redação da EC 42/2003 (reforma tributária), considerou as *administrações tributárias* dos entes federativos como *atividades essenciais* ao funcionamento do Estado, devendo ser exercidas por servidores de carreiras específicas. A essa função serão destinados recursos prioritários, exigindo-se que seja integrada a atuação dos entes federativos, com transmissão recíproca de dados cadastrais e informações fiscais.

3. Abrangência

O Estado, como se sabe, tem três Poderes políticos estruturais – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. São eles os seus órgãos diretivos, incumbidos que estão de levar a cabo as funções que permitem conduzir os destinos do país. Apesar de sua qualidade de poderes políticos, não se lhes exclui o caráter de *órgãos;* são os órgãos fundamentais e independentes, é verdade, mas não deixam de ser órgãos internos das respectivas pessoas federativas.

O Executivo é o Poder incumbido do exercício da atividade administrativa em geral, mas o Legislativo e o Judiciário também têm essa incumbência quando precisam organizar-se para desempenhar atividades de apoio necessárias às funções típicas a seu cargo – a normativa e a jurisdicional. Essas atividades de apoio são de caráter administrativo.

Por outro lado, no sistema interno de organização, esses Poderes também contêm, em sua estrutura, diversos órgãos e agentes, necessários à execução da função de apoio.

Significa dizer que a Administração Direta do Estado *abrange todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja a de exercer a atividade administrativa*, e isso porque, embora sejam estruturas autônomas, os Poderes se incluem nessas pessoas e estão imbuídos da necessidade de atuarem *centralizadamente* por meio de seus órgãos e agentes.

Não há dúvida, assim, de que é bastante abrangente o sentido de

Administração Direta.

4. Composição

Como a Administração Direta é própria das pessoas políticas da federação, temos que considerá-la em conformidade com os níveis componentes da nossa forma de Estado.

Na *esfera federal,* temos que a Administração Direta da União, no Poder Executivo, se compõe de órgãos de duas classes distintas: a Presidência da República e os Ministérios. A Presidência da República é o órgão superior do Executivo e nele se situa o Presidente da República como Chefe da Administração (art. 84, II, da CF). Nela se agregam ainda vários órgãos tidos como essenciais (v.g. a Casa Civil e a Secretaria-Geral), de assessoramento imediato (v.g. a Assessoria Especial e o Advogado-Geral da União) e de consulta (Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional). Os Ministérios são os outros órgãos administrativos, todos de grande porte, cada um deles destinado a determinada área de atuação administrativa, como a saúde, a justiça, as comunicações, a educação, o desporto etc. Em sua estrutura interna, existem centenas de outros órgãos, como as secretarias, os conselhos, as inspetorias, os departamentos e as coordenadorias, entre outros. Cabe aos Ministros auxiliar o Presidente da República na direção da administração, conforme consta do mesmo art. 84, II, da Constituição.[1267]

Os Poderes Legislativo e Judiciário têm sua estrutura orgânica definida em seus respectivos atos de organização administrativa. O Legislativo tem o poder constitucional de dispor sobre sua organização e funcionamento, bem como de elaborar seu regimento interno.[1268] O Judiciário, da mesma forma, tem capacidade auto-organizatória em relação a cada um de seus Tribunais. Seus atos de organização se encontram nas leis estaduais de divisão e organização judiciárias e em seus regimentos internos.[1269]

Na *esfera estadual,* temos organização semelhante à federal, guardando com esta certo grau de simetria. Assim, teremos a Governadoria do Estado, os órgãos de assessoria ao Governador e as Secretarias Estaduais, com os vários órgãos que as compõem, correspondentes aos Ministérios na área federal. O mesmo se passa com o Legislativo e Judiciário estaduais.

Por fim, a Administração Direta na *esfera municipal* é composta da Prefeitura, de

eventuais órgãos de assessoria ao Prefeito e de Secretarias Municipais, com seus órgãos internos. O Município não tem Judiciário próprio, mas tem Legislativo (Câmara Municipal), que também poderá dispor sobre sua organização, a símile do que ocorre nas demais esferas.[1270]

5. Contratos de Gestão

Com vistas a possibilitar a implantação da reforma administrativa na Administração Pública, a Emenda Constitucional nº 19/98 contemplou a criação de novo mecanismo funcional – os *contratos de gestão*.

Segundo o texto contido no § 8º do art. 37, introduzido pela referida Emenda, 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*, tendo por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade. Trata-se de verdadeiro contrato de gerenciamento, constituindo objeto do ajuste o exercício de funções diretivas por técnicos especializados, fato que poderá ensejar uma administração mais eficiente e menos dispendiosa dos órgãos e pessoas da Administração.

A norma não se classifica como de eficácia plena, pois que é prevista a criação de lei que disponha sobre a disciplina desse regime, especialmente sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e a remuneração do pessoal.

O texto suscita algumas dúvidas sobre sua aplicabilidade, mas, por tudo o que pretendia o Governo implantar para a reforma administrativa do Estado, tais contratos parecem enquadrar-se na categoria daqueles que têm por objeto a prestação de serviços profissionais especializados. A intenção governamental foi, sem dúvida, a de terceirizar a administração gerencial, orçamentária e financeira, que nunca revelou os resultados esperados pela sociedade enquanto executada por agentes integrantes dos quadros da própria Administração.[1271]

A Lei nº 9.649, de 27/5/98, previu a hipótese de contratos de gestão a serem celebrados entre autarquias qualificadas como agências executivas e o respectivo Ministério supervisor (art. 51, II).[1272] Trata-se de figura realmente esdrúxula e que ainda não foi examinada com profundidade pelos estudiosos. Surpreende primeiramente o fato de que a lei se tenha referido à contratação *com Ministério*: este

se configura como mero órgão integrante da União Federal; não tem personalidade jurídica própria e, portanto, não tem aptidão para figurar como contratante. Pessoa jurídica, sim, é a União Federal. Desse modo, deve entender-se que o contrato será celebrado entre a agência executiva e a União Federal, representada esta pelo Ministério que supervisiona a agência.

Causa maior espécie ainda o fato de haver contratação: a uma, porque tais agências, como autarquias que são, integram a Administração Indireta da própria União; a duas, porque a atividade que constitui objeto da gestão já estará necessariamente contemplada na respectiva lei, e se há previsão na lei desnecessária é a celebração de contrato. A relação, por conseguinte, não é contratual, mas de vinculação entre entidade descentralizada e a pessoa federativa à qual se vincula. Aliás, toda autarquia, a rigor, tem a seu cargo a gestão da atividade que a lei mencionou como sendo seu objetivo institucional, e até agora passou longe qualquer concepção que pudesse relacioná-la à Administração Direta por meio de contrato. Cuida-se, enfim, de inovação que refoge à técnica organizacional da Administração Pública e que só serve para aumentar a confusão que reina na organização administrativa em geral.

O que a sociedade tem perseguido atualmente – desapontada com os velhos métodos da organização administrativa – é a adoção de novas técnicas e modernos instrumentos formadores da *administração gerencial* (*public management*), que não só atende aos anseios da Administração como também corresponde às expectativas do interesse da coletividade.[1273]

III. Administração Indireta

1. Conceito

Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.

O conceito, que procuramos caracterizar com simplicidade para melhor entendimento, dá destaque a alguns aspectos que entendemos relevantes. Primeiramente, a indicação de que a administração indireta é formada por *pessoas jurídicas*, também denominadas por alguns e até pelo Decreto-lei nº 200/67, de

entidades (art. 4º, II).

Depois, é preciso não perder de vista que tais pessoas não estão soltas no universo administrativo. Ao contrário, ligam-se elas, por elo de vinculação, às pessoas políticas da federação, nas quais está a respectiva administração direta.

Por fim, o objetivo de sua instituição – a atuação estatal descentralizada – como já vimos e tornaremos a ver logo a seguir.

2. Natureza da Função

O grande e fundamental objetivo da Administração Indireta do Estado é a execução de algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas.[1274] Quando não pretende executar determinada atividade através de seus próprios órgãos, o Poder Público transfere a sua titularidade ou a mera execução a outras entidades, surgindo, então, o fenômeno da delegação.

Quando a delegação é feita por contrato ou ato administrativo, já vimos que aparecem como delegatários os concessionários e os permissionários de serviços públicos. Quando é a lei que cria as entidades, surge a Administração Indireta.

Resulta daí que a Administração Indireta é o próprio Estado executando algumas de suas funções *de forma descentralizada*. Seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho, o certo é que tais atividades são exercidas *indiretamente* ou, o que é o mesmo, *descentralizadamente.*

O critério para a instituição de pessoas da Administração Indireta com vistas ao desempenho de funções descentralizadas é de ordem administrativa. Com efeito, o Estado é o exclusivo juiz da conveniência e da oportunidade em que deve ser descentralizada esta ou aquela atividade e, em consequência, criada (ou extinta) a entidade vinculada. Mas não há dúvida de que, criada essa entidade, a atividade a ser por ela exercida será *descentralizada.*

3. Abrangência

No que se refere à abrangência do sentido da Administração Indireta, pouca coisa temos a acrescentar ao que já mencionamos no mesmo tópico, quando do exame da Administração Direta.

Por força da autonomia conferida pela Constituição, todas as entidades federativas podem ter a sua Administração Indireta. Desde que seja sua a

competência para a atividade e que haja interesse administrativo na descentralização, a pessoa política pode criar as entidades de sua Administração descentralizada. Por conseguinte, além da federal, temos a Administração Indireta de cada Estado, do Distrito Federal e, quando os recursos o permitirem, dos Municípios.

Sempre que se faz referência à Administração Indireta do Estado, a ideia de vinculação das entidades traz à tona, como órgão controlador, o Poder Executivo. Entretanto, o art. 37 da Constituição alude à administração direta, indireta e fundacional de *qualquer dos Poderes* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim dizendo, poder-se-ia admitir a existência de entidades de administração indireta vinculadas também às estruturas dos Poderes Legislativo e Judiciário, embora o fato não seja comum, por ser o Executivo o Poder incumbido basicamente da administração do Estado.[1275]

4. Composição

Enquanto a Administração Direta é composta de órgãos internos do Estado, a Administração Indireta se compõe de *pessoas jurídicas,* também denominadas de *entidades*.

De acordo com o art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas, como faz questão de consignar a lei, de *personalidade jurídica própria*:

a) as autarquias;
b) as empresas públicas;
c) as sociedades de economia mista; e
d) as fundações públicas.[1276]

É correto, pois, afirmar que, se encontrarmos uma dessas categorias de entidades, estaremos diante de uma pessoa integrante de alguma Administração Indireta, seja ela da União, seja dos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Com essa qualificação, estará ela, com toda a certeza, vinculada à respectiva Administração Direta. Esse é o ponto principal do tema em foco, com a ressalva das situações anômalas que vez ou outra aparecem, mais em decorrência da

desordem administrativa do que de um sistema lógico que deve presidir a Administração Pública.

Impõe-se ainda um comentário. A circunstância de que a entidade se enquadra numa das categorias jurídicas acima confere certeza suficiente e indiscutível para ser considerada como integrante da Administração Indireta da respectiva pessoa federativa, e isso independentemente de prestar serviço público ou exercer atividade econômica de natureza empresarial. Não é o fim a que se destina a entidade que a qualifica como participante da Administração Indireta, mas sim a natureza de que se reveste. Talvez *de lege ferenda* pudessem ser excluídas as pessoas com objetivos empresariais, objetivos normalmente impróprios aos fins desejáveis do Estado, mas não foi esse o sistema adotado pela Constituição e legislação pátrias.[1277]

Não custa observar que a Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, determinou que estes se personificassem, constituindo *associação pública* ou pessoa jurídica de direito privado. A mesma lei, no art. 16, alterou o art. 41, IV, do Código Civil, que se refere às autarquias como pessoas jurídicas de direito público, acrescentando a expressão "*inclusive as associações públicas*". Resulta daí, por conseguinte, que, enquadrando-se como autarquias, as associações públicas passam a integrar a Administração Indireta das pessoas federativas que participam do consórcio público. Essa, aliás, é a norma do art. 6º, § 1º, da citada lei.[1278]

5. Administração Fundacional

Antes da Constituição de 1988, a expressão *administração fundacional* não era empregada nem na doutrina nem no direito positivo. A divisão clássica da Administração consistia apenas na administração direta e indireta. A Constituição, no entanto, dispondo sobre os princípios administrativos, resolveu mencioná-la no art. 37, aludindo à administração direta, indireta *ou fundacional*.

A referência constitucional à expressão provocou logo algumas divergências entre os estudiosos. Alguns autores entenderam ter sido criado um novo segmento na Administração.[1279] Outros entenderam que na expressão *administração fundacional* não estariam as fundações privadas instituídas pelo Estado.[1280] Outros sequer fizeram comentários sobre a nova expressão.[1281]

Com o respeito que nos merecem todos esses estudiosos, entendemos, em

primeiro lugar, que foi imprópria a expressão empregada na Constituição. A uma, porque a atuação do Estado só se faz de duas maneiras: de forma direta ou de forma indireta; quando atua por meio de suas fundações, só pode estar agindo de forma indireta, não havendo *tertium genus*. Desse modo, na expressão *administração indireta,* já se tem que incluir necessariamente as atividades executadas por fundações. A duas, porque as fundações nada têm de tão especial que façam por merecer uma categoria à parte; ao contrário, estão elas no mesmo plano que as outras categorias da Administração Indireta – as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Assim sendo, a única interpretação que nos parecia razoável diante do impróprio texto constitucional residia na ideia de que a Administração é Direta ou Indireta, incluindo-se nesta a atividade exercida pelas fundações instituídas pelo Estado, nominando-se, então, esse grupo de pessoas como administração fundacional.

Consideramos, portanto, que nenhum segmento especial foi criado pela Constituição, como entendemos, por outro lado, que na expressão *administração fundacional* devem estar inseridas todas as fundações criadas pelo Estado, seja qual for a sua natureza, visto que nenhum indício restritivo foi denunciado pelo Constituinte.

Felizmente, porém, a inusitada impropriedade foi corrigida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que, dando nova redação ao *caput* do art. 37 da CF, consignou apenas as expressões "administração direta e indireta", alteração que conduz à conclusão de que as fundações públicas nada mais são do que outra das categorias integrantes da Administração Indireta estatal.

6. Entidades Paraestatais

O termo *paraestatal* tem formação híbrida, porque, enquanto o prefixo *para* é de origem grega, o vocábulo *status* é de origem latina. *Paraestatal* significa *ao lado do Estado, paralelo ao Estado.* Entidades paraestatais, desse modo, são aquelas pessoas jurídicas que atuam ao lado e em colaboração com o Estado.[1282]

Não obstante, vários são os sentidos que leis, doutrinadores e tribunais têm emprestado à expressão, o que não só deixa dúvidas ao intérprete quando com ela se depara, como também imprime indesejável imprecisão jurídica, que em nada

contribui para a ciência do Direito.

Há juristas que entendem serem entidades paraestatais aquelas que, tendo personalidade jurídica de direito privado (não incluídas, pois, as autarquias), recebem amparo oficial do Poder Público, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as entidades de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos), como o SESI, SENAI, SESC, SENAC etc.[1283] Outros pensam exatamente o contrário: entidades paraestatais seriam as autarquias.[1284] Alguns, a seu turno, só enquadram nessa categoria as pessoas colaboradoras que não se preordenam a fins lucrativos, estando excluídas, assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.[1285] Para outros, ainda, paraestatais seriam as pessoas de direito privado integrantes da Administração Indireta, excluindo-se, por conseguinte, as autarquias, as fundações de direito público e os serviços sociais autônomos.[1286] Por fim, já se considerou que na categoria se incluem além dos serviços sociais autônomos até mesmo as escolas oficializadas, os partidos políticos e os sindicatos, excluindo-se a administração indireta.[1287] Na prática, tem-se encontrado, com frequência, o emprego da expressão *empresas estatais,* sendo nelas enquadradas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Há também autores que adotam o referido sentido.[1288]

Essa funda divergência acaba levando o estudioso, sem dúvida, a não empregar a expressão, por ser destituída de qualquer precisão jurídica.[1289] Na verdade, justifica-se integralmente essa posição. Com muito maior razão, não deveria utilizá-la a lei, como o faz, por exemplo, o art. 327, § 1º, do Código Penal, que considera funcionário público aquele que exerce função em entidade paraestatal.[1290] Seja como for, a expressão, a nosso ver, e tendo em vista o seu significado, deveria abranger *toda pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle.* Estariam, pois, enquadradas como *entidades paraestatais* as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos.

Na verdade, sequer as *autarquias* deveriam, a rigor, estar excluídas da categoria das paraestatais, como sustentam alguns estudiosos. A despeito de serem pessoas de direito público, não estão *no interior* (já que não são *órgãos*), mas sim *ao lado* do ente federativo, e, tanto quanto as demais entidades, estão sujeitas à vinculação estatal e

desempenham funções do interesse do Estado, em perfeita sintonia com suas metas. Para uma compreensão lógica, em nosso entender, ou a pessoa caracteriza-se como *estatal*, se for integrante do próprio Estado, como é o caso das pessoas federativas, ou, não sendo assim, terá ela que qualificar-se como *paraestatal*, por atuar em direta colaboração com o Estado por força de vínculo jurídico formal.

Fizemos menção ao tema em virtude da divergência que seu sentido acarreta. Mas, como não tem significação precisa dentro da ciência jurídica, evitaremos aludir à expressão no decorrer desta obra.

7. Princípios da Administração Indireta

Todos os princípios administrativos de caráter genérico que vimos estudando incidem sobre a administração indireta. Sem dúvida, hão de aplicar-se os princípios fundamentais da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, porque o texto do art. 37, *caput,* da Constituição Federal, faz expressa referência àquela modalidade de administração.

Não obstante, há três postulados que merecem destaque nesta parte de nosso estudo porque dizem respeito particularmente à administração indireta. São esses que examinaremos a seguir.

7.1. Princípio da Reserva Legal

Este princípio tem por objetivo a indicação de que todas as pessoas integrantes da Administração Indireta de qualquer dos Poderes, seja qual for a esfera federativa a que estejam vinculadas, só podem ser instituídas por lei.

Nesse exato sentido, o disposto no art. 37, XIX, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98:

> *"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".*

A nova redação do dispositivo, no entanto, deixou dúvidas quanto à sua parte final, ausente no texto anterior. Estabeleceu a norma que caberá à lei complementar definir as áreas de atuação *neste último caso*, sem esclarecer se esta expressão se refere à instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, ou se

está aludindo apenas à categoria das fundações. Ao que parece, o mandamento refere-se apenas às fundações, e isso porque o art. 173, § 1º, da CF, também alterado pela referida Emenda, já indica que empresas públicas e sociedades de economia mista terão como objeto explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Ora, sendo assim, não seria coerente admitir lei complementar para delinear áreas de atuação dessas entidades. Seja como for, entretanto, fica difícil entender por que razão o Constituinte previu lei complementar para definir áreas de atuação de fundações, quando basta lei ordinária para autorizar sua instituição.

De qualquer modo, porém, o mandamento significa que tais entidades só podem ingressar no mundo jurídico se houver manifestação dos Poderes Legislativo e Executivo no processo de formação da lei instituidora, cabendo a este último o poder de iniciativa da lei, por se tratar de matéria de caráter estritamente organizacional da Administração Pública.[1291]

Avulta notar, por fim, que o princípio da reserva legal se aplica também à hipótese de instituição de pessoas *subsidiárias* das empresas públicas e sociedades de economia mista.[1292] A exigência tem por fim evitar que, uma vez criadas as entidades primárias, possam elas, abusivamente, instituir, a seu exclusivo critério, esse tipo de pessoas de natureza derivada, com o risco de ficarem sem qualquer tipo de controle e de provocarem dispêndio para o erário público. Desse modo, só se torna possível criar tais pessoas subsidiárias se também houver lei autorizadora, tal como acontece com as entidades primárias.

Não é necessário, entretanto, que haja uma lei autorizadora específica para que seja criada cada subsidiária, como sustentam alguns. A Constituição não permite essa interpretação tão restrita. Nada impede que a lei instituidora da entidade primária, ou lei subsequente, já preveja a instituição de futuras subsidiárias. O Supremo Tribunal Federal vem em socorro desse pensamento e decidiu que, uma vez instituída sociedade de economia mista (art. 37, XIX, CF) e delegada à lei que a criou permissão para a constituição de subsidiárias, as quais podem majoritária ou minoritariamente associar-se a outras empresas, *o requisito da autorização legislativa (CF, art. 37, XX) acha-se cumprido, não sendo necessária a edição de lei especial para cada caso.* [1293] Parece-nos certíssimo o entendimento, sobretudo se for considerado que ao intérprete não é lícito criar restrições onde a Constituição não o faz.

7.2. Princípio da Especialidade

Não é qualquer atividade cometida aos órgãos da Administração Direta que se torna objeto do processo de descentralização. Ao Estado cabe a avaliação do que deve continuar a ser executado centralizadamente ou do que deve ser transferido a outra pessoa.

O princípio da especialidade aponta para a absoluta necessidade de ser expressamente *consignada na lei* a atividade a ser exercida, descentralizadamente, pela entidade da Administração Indireta. Em outras palavras, nenhuma dessas entidades pode ser instituída com finalidades genéricas, vale dizer, sem que se defina na lei o objeto preciso de sua atuação.

Somente as pessoas políticas têm a seu cargo funções genéricas das mais diversas naturezas, como definido no sistema de partilha constitucional de competências. Tal não pode ocorrer com as pessoas da Administração Indireta. Estas *só podem atuar, só podem despender seus recursos nos estritos limites determinados pelos fins específicos para os quais foram criadas.*[1294]

7.3. Princípio do Controle

Controle é o conjunto de meios através dos quais pode ser exercida função de natureza fiscalizatória sobre determinado órgão ou pessoa administrativa. Dizer-se que órgão ou entidade estão sujeitos a controle significa constatar que só podem eles atuar dentro de determinados parâmetros, ou seja, nunca podem agir com liberdade integral.

Diante disso, pode afirmar-se que toda pessoa integrante da Administração Indireta é submetida a controle pela Administração Direta da pessoa política a que é vinculada. E nem poderia ser de outra maneira. Se é a pessoa política que enseja a criação daquelas entidades, é lógico que tenha que se reservar o poder de controlá-las. Por esse motivo é que tais entidades figuram como se fossem satélites das pessoas da federação.

O princípio do controle, também denominado de *tutela administrativa,* se distribui sobre quatro aspectos:

1) *controle político,* pelo qual são os dirigentes das entidades da Administração Indireta escolhidos e nomeados pela autoridade competente da

Administração Direta, razão por que exercem eles função de confiança (relação *intuitu personae*);

2) *controle institucional,* que obriga a entidade a caminhar sempre no sentido dos fins para os quais foi criada;
3) *controle administrativo,* que permite a fiscalização dos agentes e das rotinas administrativas da entidade; e
4) *controle financeiro,* pelo qual são fiscalizados os setores financeiro e contábil da entidade.

A forma pela qual os órgãos governamentais exercem o controle pode variar conforme a lei de organização administrativa federal, estadual, distrital ou municipal. Como regra, porém, tem-se adotado o sistema de controle através de Ministérios ou de Secretarias, o que é bastante razoável, porque cada um desses órgãos, dotados de competência específica em certas áreas, fica encarregado de fiscalizar o grupo de pessoas da administração indireta que executem atividades correlatas àquela competência.[1295]

A União Federal adotou essa sistemática, denominando-a de *supervisão ministerial.* Dispõe o Decreto-lei nº 200/67 que *todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente,* excetuando-se apenas aqueles órgãos (e não pessoas) que prestem assessoria direta ao Presidente da República. É oportuno lembrar que, apesar da expressão *"supervisão ministerial"*, a entidade descentralizada pode ser vinculada a órgãos equiparados a Ministérios, como Gabinetes e Secretarias ligadas à Presidência da República.[1296]

Alerte-se, porém, que, a despeito da vinculação das entidades a Ministérios e Secretarias, órgãos do Poder Executivo, como é obviamente a regra geral, nada impede que, embora excepcionalmente, possam ser vinculadas à direção administrativa dos Poderes Legislativo e Judiciário, desde que sua instituição obedeça aos requisitos estabelecidos na Constituição. Até mesmo à Administração do Ministério Público é admissível a vinculação das referidas entidades.[1297]

O controle funda-se no fato normalmente conhecido como *relação de vinculação,* através do qual se pode averbar que toda pessoa da administração indireta é *vinculada* a determinado órgão da respectiva administração direta. São todas, pois, entidades vinculadas. A observação é feita para o fim de distinguir-se a *relação de*

vinculação, fixada entre pessoas, e a *relação de subordinação,* apropriada para o controle entre órgãos internos das pessoas administrativas.

8. Categorias Jurídicas

Já vimos que, enquanto a Administração Direta se constitui de órgãos, a Administração Indireta se compõe de entidades dotadas de personalidade jurídica própria.

Essas entidades estão agrupadas em quatro categorias, cada uma delas apresentando pessoas jurídicas com algumas particularidades específicas que as tornam distintas das demais. São elas: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Como um dos aspectos distintivos mais marcantes reside no *objeto* da entidade, que deve ser compatível com sua natureza jurídica, o art. 26 da EC nº 19/98, relativa à reforma do Estado, dispôs que *"no prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da administração indireta terão seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas"*. Nesse prazo, por conseguinte, deveria o Poder Público adequar a natureza jurídica de suas entidades descentralizadas ao objeto que com elas seja compatível.

Para melhor exame dessas categorias, vamos estudá-las em tópicos separados, nos quais procuraremos apontar os principais aspectos de sua fisionomia jurídica.

IV. Autarquias

1. Introdução

1.1. Terminologia

O termo *autarquia* significa *autogoverno* ou *governo próprio,* mas no direito positivo perdeu essa noção semântica para ter o sentido de *pessoa jurídica administrativa com relativa capacidade de gestão dos interesses a seu cargo*, embora sob controle do Estado, de onde se originou.

Na verdade, até mesmo em relação a esse sentido, o termo está ultrapassado e não mais reflete uma noção exata do instituto. Existem, como se verá, outras categorias de pessoas administrativas que também procedem à gestão de seus interesses, fato que também as colocaria como autarquias. Por isso, é importante

observar, desde logo, que não se deve fazer qualquer ligação entre a terminologia e o perfil jurídico da autarquia, devendo-se apenas considerar que se trata de uma modalidade de pessoa administrativa, instituída pelo Estado para o desempenho de atividade predeterminada, dotada, como ocorre com cada uma dessas pessoas, de algumas características especiais que as distinguem de suas congêneres.

1.2. Autarquia e Autonomia

A despeito da imprecisão de que se revestem os vocábulos quando tentam caracterizar institutos jurídicos, autarquia e autonomia têm significados diversos.

Autonomia é figura de conotação mais política, porque indica que alguns entes podem criar sua própria administração e estabelecer sua organização jurídica, como observava ZANOBINI.[1298] Não se trata de uma pessoa instituída pelo Estado; é, com efeito, uma parcela do próprio Estado. Em determinadas situações, as pessoas autônomas têm capacidade política, significando a possibilidade de eleger os seus próprios representantes. Melhor exemplo de entes autônomos é o das pessoas integrantes de uma federação, como no caso do Brasil. Estados, Distrito Federal e Municípios são, todos eles, autonomias, no sentido de que, nos termos da Constituição Federal, dispõem de todas aquelas prerrogativas e peculiaridades. O art. 18 da Constituição, aliás, emprega o termo *autônomos* quando se refere a tais entidades políticas.

Outro é o sentido de autarquia. Aqui a conotação não é de caráter político, mas sim administrativo. O Estado, quando cria autarquias, visa a atribuir-lhes algumas funções que merecem ser executadas de forma descentralizada. Daí não poderem criar regras jurídicas de auto-organização, nem terem capacidade política. Sua função é meramente administrativa. Por tal motivo é que se pode afirmar que, enquanto a autonomia é o próprio Estado, a autarquia é *apenas uma pessoa administrativa criada pelo Estado.*

1.3. Autarquias Institucionais e Territoriais

A doutrina costuma distinguir as autarquias denominadas de *institucionais*, e aquelas consideradas como *territoriais.*

As chamadas autarquias territoriais correspondem a desmembramentos geográficos em certos países, normalmente com regime unitário (ou de

centralização política), aos quais o poder central outorga algumas prerrogativas de ordem política e administrativa, permitindo-lhes uma relativa liberdade de ação. Não chegam a ser verdadeiras autonomias, mas têm a seu cargo algumas funções privativas conferidas pelo Estado. Esse, aliás, foi o sentido inicial do termo *autarquia*.[1299] Costuma-se considerar como integrantes dessa categoria os nossos Territórios, entes despidos de autonomia, que executam, por delegação, algumas funções próprias de Estado (art. 33, CF).

As autarquias institucionais nascem como pessoas jurídicas criadas pelo Estado para se desincumbirem de tarefas para as quais a lei as destinou. Contrariamente àquelas outras, não correspondem a áreas geográficas. Trata-se de meras pessoas administrativas sem delegação política estatal, limitando-se, por isso, a perseguir os objetivos que lhes foram impostos.

Essa é a razão por que apenas as autarquias institucionais integram a Administração Indireta do Estado, e este, através delas e das demais pessoas vinculadas, buscará alcançar os objetivos e as diretrizes administrativas previamente traçados.

2. Conceito

Como todas as categorias de pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, as autarquias têm sua própria fisionomia, apresentando algumas particularidades que as distinguem das demais. Basicamente, são elementos necessários à conceituação das autarquias os relativos à personalidade jurídica, à forma de instituição e ao objeto, os quais, pelo fato mesmo de integrarem o conceito, serão analisados adiante em separado.

À luz desses elementos, pode-se conceituar autarquia como *a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.*

Vejamos alguns exemplos de autarquias mais conhecidas, vinculadas à União Federal: o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social; o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária; a Comissão Nacional de Energia Nuclear; o Banco Central do Brasil; a Comissão de Valores Mobiliários; o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; o DNOCS – Departamento Nacional de Obras contra as Secas e outras tantas.

Estados e Municípios também têm suas próprias autarquias.[1300]

3. Referências Normativas

A vigente Constituição fez menção, por mais de uma vez, à administração indireta do Estado.[1301] Fez também várias referências às autarquias, às vezes empregando a expressão *entidades autárquicas.[1302]* Em nenhum momento, porém, afirma, de forma peremptória, que elas integram a Administração Indireta. À luz, portanto, do quadro constitucional, apenas se pode inferir, através de interpretação sistemática e lógica de seus textos, a relação jurídica pela qual as autarquias se inserem como categoria dentro do sistema administrativo descentralizado do Estado.

Foi o legislador federal que definiu essa relação. O Decreto-lei nº 200, de 25/2/1967, conhecido como o Estatuto da Reforma Administrativa Federal, não somente ofereceu a conceituação de autarquia, como também disse claramente que essa categoria era integrante da Administração Indireta.[1303]

A sistemática adotada no modelo federal serviu de inspiração para as demais pessoas da federação, muitas das quais editaram leis de organização de sua Administração, dividindo-a em Direta e Indireta e inserindo nesta as categorias contempladas na lei federal.

4. Personalidade Jurídica

Ao caracterizar a autarquia, consignou o referido Decreto-lei nº 200/67 ser ela *"o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".*

Veja-se que o legislador não qualificou o tipo de personalidade jurídica que deveria ser atribuído à categoria, e nesse ponto se encontra uma das falhas da conceituação legal. Limitou-se apenas a dizer que o serviço teria personalidade jurídica, o que não seria, de fato, nenhuma novidade. Mais preciso foi o Decreto-lei nº 6.016, de 22/11/1943, que, dispondo sobre a imunidade dos bens, rendas e serviços das autarquias, deixou expressa a menção de que tais entidades eram pessoas de direito público.[1304]

Entretanto, nenhuma dúvida há, em tempos atuais, a despeito da omissão do Decr.-lei nº 200/67, de que as autarquias são realmente *pessoas jurídicas de direito*

público. A qualificação, aliás, foi confirmada pelo novo Código Civil que, relacionando as pessoas jurídicas de direito público, inseriu expressamente as autarquias (art. 41, IV). Apesar de dotadas de função exclusivamente administrativa (o que as coloca em plano diverso das pessoas de direito público integrantes da federação brasileira, estas possuidoras de capacidade política), sua personalidade jurídica de direito público lhes atribui todas as pertinentes prerrogativas contidas no ordenamento jurídico vigente.

Note-se, porém, que esse perfil, longe de ser um modelo de precisão – opinião, de resto, também perfilhada por alguns estudiosos – só seria obrigatório dentro do regime administrativo da União Federal, haja vista que consta de diploma legal para ela voltado especificamente.[1305] A prática, porém, tem mostrado que as demais pessoas federativas abraçaram a referida conceituação, o que, em nosso entender, é extremamente salutar, para impedir a caótica situação de haver um sentido diverso do instituto, conforme o Estado ou o Município a que pertencer a autarquia. Ao menos, pode-se estar tranquilo de que idêntico é o sentido de autarquia, bem como de seus elementos peculiares, tanto no norte, como no sul, o que é ótimo para a uniformização jurídica pertinente.[1306]

Por último, vale fazer uma rápida observação sobre o início da personalidade jurídica das autarquias. Sendo pessoas jurídicas de direito público, não incide sobre elas a disciplina prevista no Código Civil. Com efeito, a regra aí prevista, qual seja, a de que a existência legal das pessoas jurídicas começa com a inscrição, no registro próprio, de seus contratos, atos constitutivos ou estatutos, se irradia apenas sobre as pessoas de direito privado.[1307] Para as pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias, a regra tem estreita conexão com o princípio da legalidade, visto que, sendo criadas por lei, têm o início de sua existência no mesmo momento em que se inicia a vigência da lei criadora. É, portanto, com o início da vigência da lei criadora que tem início a personalidade jurídica das autarquias.

5. Criação, Organização e Extinção

Vimos anteriormente que a vigente Constituição, ao contrário das anteriores, decidiu estabelecer para a criação das pessoas da Administração Indireta o princípio da reserva legal: todas elas, inclusive as autarquias, devem ser criadas por lei.[1308]

A lei de criação da autarquia deve ser da iniciativa privativa do Chefe do

Executivo. De acordo com regra constitucional,[1309] cabe ao Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública, sendo essa regra aplicável também a Estados e Municípios.[1310] Além disso, a criação de pessoas administrativas é matéria própria de administração pública, razão por que ninguém melhor do que o Chefe do Executivo para aferir a conveniência e a necessidade de deflagrar o processo criativo.

Para a extinção de autarquias, é também a lei o instrumento jurídico adequado. As mesmas razões que inspiraram o princípio da legalidade, no tocante à criação de pessoas administrativas, estão presentes no processo de extinção. Trata-se, na verdade, de irradiação do princípio da simetria das formas jurídicas, pelo qual a forma de nascimento dos institutos jurídicos deve ser a mesma para sua extinção. Ademais, não poderia ato administrativo dar por finda a existência de pessoa jurídica instituída por lei, já que se trata de ato de inferior hierarquia.[1311]

A organização das autarquias é delineada através de ato administrativo, normalmente decreto do Chefe do Executivo. No ato de organização são fixadas as regras atinentes ao funcionamento da autarquia, aos órgãos componentes e à sua competência administrativa, ao procedimento interno e a outros aspectos ligados efetivamente à atuação da entidade autárquica.

6. Objeto

Ao fixar os contornos jurídicos das autarquias, o Decreto-lei nº 200/67 consignou que seriam elas destinadas a executar *atividades típicas da administração pública,* expressão que, é fácil notar, suscita dúvidas a respeito de seu sentido. A noção de *atividades típicas* é extremamente fluida e variável no tempo e no espaço: em determinado momento, por exemplo, certa atividade pode não ser considerada própria da Administração, e depois passar a sê-lo.

Em nosso entender, porém, o legislador teve o escopo de atribuir às autarquias a execução de *serviços públicos de natureza social e de atividades administrativas,* com a exclusão dos serviços e atividades de cunho econômico e mercantil, estes adequados a outras pessoas administrativas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.[1312] Um serviço de assistência a regiões inóspitas do país ou um serviço médico podem ser normalmente prestados por autarquias, mas o

mesmo não se passa, por exemplo, com a prestação de serviços bancários ou de fabricação de produtos industriais, atividades próprias de pessoas administrativas privadas.

7. Classificação

Variam entre os autores as fórmulas de classificação das autarquias, e o fato se justifica pelas diferentes óticas sob as quais se procede à análise dessas pessoas administrativas. Parece-nos, no entanto, pouco didático que nos estendamos sobre o tema, abordando aspectos de pequeno interesse.

Por essa razão, preocupamo-nos em apontar três fatores que de fato demarcam diferenças entre as autarquias. São eles:

1) o nível federativo;
2) o objeto; e
3) a natureza (regime jurídico).

Vejamos essas diferenças.

7.1. Quanto ao Nível Federativo

Esta classificação leva em conta o círculo federativo responsável pela criação da autarquia.

Neste caso, as autarquias podem ser *federais, estaduais, distritais e municipais,* conforme instituídas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Anote-se, no entanto, que as regras gerais previstas na Constituição para essa categoria aplicam-se a todas elas, independentemente da esfera federativa de onde se tenham originado. Os aspectos especiais que acarretam variação entre elas não se prendem ao nível federativo, mas sim à pessoa federativa em si mesma, já que cada uma destas tem autonomia para estabelecer os objetivos, os planos de cargos e salários dos servidores, a organização etc.

Em virtude da autonomia de que são titulares, na forma do art. 18, da CF, cada uma das pessoas federativas tem competência para instituir suas próprias

autarquias, que ficarão vinculadas à respectiva Administração Direta. Todavia, não são admissíveis autarquias interestaduais ou intermunicipais. Se há interesse de Estados e de Municípios para executar serviços comuns, devem os interessados, por si mesmos ou por pessoas descentralizadas, como é o caso de autarquias, celebrar convênios ou consórcios administrativos, constituindo essa forma de cooperação a *gestão associada* prevista no art. 241 da Constituição, tudo, é óbvio, dentro do âmbito das respectivas competências constitucionais. Esta é que deve ser a solução, e não a criação de autarquia única (ou outra pessoa descentralizada) para interesse de diversos entes. Semelhante hipótese provocaria deformação no sistema de administração direta e indireta, segundo o qual cada pessoa descentralizada *é vinculada apenas ao ente federativo responsável por sua instituição*, e não simultaneamente a várias pessoas federativas. Inexiste, por conseguinte, vinculação pluripessoal.

Com esse correto entendimento, o STF julgou injurídica a criação de entidade considerada autarquia interestadual de desenvolvimento porque "*não há a possibilidade de criação de autarquia interestadual mediante a convergência de diversas unidades federadas*", além do fato de que a matéria relacionada a desenvolvimento, planejamento e fomento regional se insere na competência da União Federal.[1313]

7.2. Quanto ao Objeto

Dentro das atividades típicas do Estado, a que estão preordenadas, as autarquias podem ter diferentes objetivos, classificando-se em:

a) *autarquias assistenciais:* aquelas que visam a dispensar auxílio a regiões menos desenvolvidas ou a categorias sociais específicas, para o fim de minorar as desigualdades regionais e sociais, preceito, aliás, inscrito no art. 3º, III, da CF. Exemplos: a SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste e a SUDAM – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia;[1314] o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;

b) *autarquias previdenciárias:* voltadas para a atividade de previdência social oficial. Exemplo: o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social);

c) *autarquias culturais:* dirigidas à educação e ao ensino. Exemplo: a UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro);

d) *autarquias profissionais* (ou *corporativas*): incumbidas da inscrição de certos

profissionais e de fiscalizar sua atividade. Exemplo: OAB (Ordem dos Advogados do Brasil); CRM (Conselho Regional de Medicina); CREA (Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura), e outras do gênero.

e) *autarquias administrativas:* que formam a categoria residual, ou seja, daquelas entidades que se destinam às várias atividades administrativas, inclusive de fiscalização, quando essa atribuição for da pessoa federativa a que estejam vinculadas. É o caso do INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial); BACEN (Banco Central do Brasil); IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis);

f) *autarquias de controle:* enquadram-se nesta categoria as recém-criadas *agências reguladoras*, inseridas no conceito genérico de *agências autárquicas,* cuja função primordial consiste em exercer controle sobre as entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos (descentralização por delegação negocial), como é o caso da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e da ANP (Agência Nacional do Petróleo). Sobre tais entidades, remetemos aos comentários feitos adiante, no nº 15 deste tópico.

g) *autarquias associativas*: são as denominadas *"associações públicas"*, ou seja, aquelas que resultam da associação com fins de mútua cooperação entre entidades públicas, formalizada pela instituição de *consórcios públicos*, sendo estes regulados, como já vimos anteriormente no capítulo relativo aos contratos administrativos, pela Lei nº 11.107/2005.

No que toca às *autarquias profissionais*, algumas observações se tornam necessárias.

A Lei nº 9.649, de 27.05.98, que teve o escopo de reorganizar a administração federal, passou a estabelecer que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas seriam exercidos em *caráter privado*, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa (art. 58). Consignava, ainda, que os conselhos de fiscalização teriam personalidade jurídica de direito privado, sem vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração Pública (art. 58, § 2º). Sua organização e estrutura seriam fixadas por decisão interna do plenário (art. 58, § 1º)

e os litígios de que fizessem parte seriam deduzidos perante a Justiça Federal (art. 58, § 8º). Todos esses dispositivos foram declarados inconstitucionais – decisão evidentemente acertada – já que inviável é a delegação, a entidade privada, de atividade típica do Estado, ainda mais quando se sabe que nela está incluído o exercício do poder de polícia, de tributação e de punição, no que tange a atividades profissionais regulamentadas. Assim, ofendidos foram os arts. 5º, XIII; 22, XXVI; 21, XXIV; 70, parágrafo único; 149 e 175 da CF.[1315]

É importante, também, assinalar que tem havido algumas controvérsias e dúvidas a respeito do regime jurídico da *OAB – Ordem dos Advogados do Brasil*. Decidiu-se, entretanto, que tal autarquia não integra a Administração Indireta da União, configurando-se como entidade independente; assim, não está vinculada a qualquer órgão administrativo, nem se sujeita ao respectivo controle ministerial. Além do mais, é entidade que não pode ser comparada às demais autarquias profissionais, porque, além de seu objetivo básico – de representação da categoria dos advogados – tem ainda função institucional de natureza constitucional. Por outro lado, seu pessoal é regido pela CLT, mas não se submete ao art. 37, II, da CF, que exige prévia aprovação em concurso público para a contratação dos servidores. [1316]

Complementando semelhante regime jurídico, restou decidido que as contribuições pagas pelos inscritos não têm natureza tributária, sendo que o título executivo extrajudicial previsto no art. 46, parág.único, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), se submete ao processo de *execução comum*, regulado pelo Código de Processo Civil; não se lhe aplica, por conseguinte, a Lei nº 6.830/80, que rege o processo de execução fiscal. Por outro lado, a entidade não se sujeita às normas da Lei nº 4.320/64 (direito financeiro), nem ao controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial exercido pelo Tribunal de Contas da União.[1317]

Sem dúvida, trata-se de *regime especial*, diverso do adotado para as autarquias em geral. Não é idêntico, com certeza, ao adotado para as agências reguladoras – autarquias de regime especial, de que trataremos logo adiante – mas é inegável que ostenta caráter de excepcionalidade em relação ao sistema autárquico comum.

Ninguém discute que a OAB é instituição de grande importância e expressivo reconhecimento social, tendo já prestado relevantes serviços à nação em prol da

democracia e dos direitos da cidadania. Merece, portanto, todo o respeito por parte da sociedade. Mas, afirmar-se, como afirmou o STF, que se trata de entidade ímpar, não comparável às demais instituições fiscalizadoras de profissões, constitui discriminação em relação a estas últimas, já que o objetivo nuclear de todas é o mesmo – a regulamentação e a fiscalização do exercício de profissões. Outra anomalia é o fato de não integrar a Administração Indireta.[1318] Se presta serviço público indelegável, como foi reconhecido pela mais alta Corte, e exercendo poderes especiais de Estado, como o poder de polícia, não se compreende qual a sua real posição no sistema de governo, sem que esteja integrada na administração descentralizada do governo federal.

Da mesma forma, causa espécie que não se submeta ao controle do Tribunal de Contas, posição da qual dissentimos, com a devida vênia daqueles que a defendem. As contribuições pagas pelos profissionais licenciados pela autarquia têm caráter compulsório e caracterizam-se como *dinheiros públicos*, o que torna aplicável o art. 71, II, da CF, pelo qual cabe àquele Tribunal "*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta*". Frequentemente, ouvem-se reclamações de advogados pela ausência de prestação de contas da entidade, ou ao menos de sua divulgação, fato que ofenderia o princípio da publicidade e da transparência. Em se tratando de instituição de grande densidade democrática, e situando-se fora do controle da Administração Pública e do Tribunal de Contas, ou seja, fora do controle do Estado enfim, deve esperar-se que a entidade proceda ao detalhamento de sua situação financeira e à devida divulgação desta aos membros da categoria profissional contribuinte.

Quanto ao pessoal, entendemos legítima a adoção do regime trabalhista, previsto no art. 58, § 3º, da Lei 9.649/98, enquanto esta se mostrava eficaz.[1319] Entretanto, com a suspensão da eficácia do art. 39 da CF pelo STF,[1320] retornou o antigo dispositivo, que previa exatamente o regime jurídico único. Como as autarquias profissionais são sujeitas a regime jurídico de direito público,[1321] deverão adotar doravante o regime estatutário, que é o aplicável basicamente aos servidores da União.

Causa estranheza, portanto, o entendimento segundo o qual apenas a OAB pode ter seus servidores sob regime celetista, ao passo que as demais autarquias profissionais (os Conselhos) devem sujeitar-se ao regime estatutário previsto na Lei

nº 8.112/90.[1322] Cuida-se de tratamento jurídico discriminatório para entidades com idêntica situação jurídica, e isso sem qualquer suporte normativo. É exatamente esse tipo de solução que aumenta a confusão e causa perplexidade aos estudiosos.

Contudo, dissentimos frontalmente da dispensa de concurso público para o recrutamento de pessoal. Em nosso entender, tal orientação ofende o princípio da moralidade administrativa e, especificamente, o art. 37, II, da CF, que exige o procedimento concursal. Com tal tipo de imunidade, não deixa de passar pelo pensamento das pessoas a indagação sobre como é feita a contratação do pessoal da autarquia, ou a dúvida sobre se esta respeita, efetivamente, o sistema do mérito e o princípio da igualdade de oportunidades.[1323]

Enfim, a OAB merece tratamento respeitoso, mas não discriminatório. Talvez valesse a pena pesquisar a opinião e o sentimento de todos os advogados a ela vinculados, pois é provável que percebam que há algo de esdrúxulo no regime ora dispensado a essa autarquia tão relevante, reconhecida e democrática.

7.3. Quanto ao Regime Jurídico (Autarquias de Regime Especial)

A despeito de não abonarmos esta classificação, como adiante explicaremos, permitimo-nos apresentá-la não somente em virtude da referência feita por algumas leis, como também em homenagem a alguns especialistas que a têm acolhido quando aludem ao regime das autarquias.

É sob esse aspecto que se admite a classificação de dois grupos de autarquias quando se leva em conta o seu regime jurídico: a) *autarquias comuns* (ou *de regime comum)*; b) *autarquias especiais* (ou *de regime especial*). Segundo a própria terminologia, é fácil distingui-las: as primeiras estariam sujeitas a uma disciplina jurídica sem qualquer especificidade, ao passo que as últimas seriam regidas por disciplina específica, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias.

Foi a Lei nº 5.540, de 28/11/1968, que, ao dispor sobre a organização do ensino superior, estabeleceu que as universidades e estabelecimentos de ensino, quando oficiais, se constituiriam em *autarquias de regime especial* ou em fundações de direito público. Contudo, não definiu o que seria esse regime especial, limitando-se exclusivamente a consignar que esse regime obedeceria às *"peculiaridades"* indicadas

na disciplina legal.[1324] Acolhendo essa qualificação, alguns doutrinadores adotaram o entendimento de que o regime especial se caracterizaria pelas regalias que a lei conferisse à autarquia, houvesse ou não referência em dispositivo legal. [1325] Note-se, entretanto, que nem sempre se aceitou inteiramente essa categoria, e isso ficou claro quando se tentou extrair em seu favor situações jurídicas sem amparo na Constituição.[1326]

AGÊNCIAS REGULADORAS – A qualificação legal expressa voltou à tona mais recentemente quando da instituição das autarquias de controle ou, se se preferir, das agências reguladoras. Realmente, houve menção expressa em várias leis. A Lei nº 9.427, de 26/12/1996, declara que a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) é *"autarquia sob regime especial"* (art. 1º); a Lei nº 9.472, de 16/7/1997, reza que a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) é autarquia submetida a *"regime autárquico especial"* (art. 8º); a Lei nº 9.478, de 6/8/1997, qualifica a ANP (Agência Nacional do Petróleo) como sujeita ao *"regime autárquico especial"* (art. 7º); a Lei nº 9.782, de 26/1/1999, refere-se à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) como sendo autarquia *"sob regime especial"* (art. 3º).

Diante de tão reiteradas referências legais, seria de perguntar-se: quais os elementos definidores das autarquias de regime especial? Sem embargo de os autores não traçarem linhas rigorosamente idênticas a respeito de tais elementos, podemos dizer, numa visão geral, que corresponderiam às seguintes prerrogativas: 1º) poder normativo técnico; 2º) autonomia decisória; 3º) independência administrativa; 4º) autonomia econômico-financeira.[1327]

O *poder normativo técnico* indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo *(ius novum).*[1328] Semelhante poder tem suscitado alguns questionamentos, inclusive quanto à sua constitucionalidade. Não vemos, porém, qualquer óbice quanto à sua instituição, de resto já ocorrida em outros sistemas jurídicos. O que nos parece inafastável é a verificação, em cada caso, se foi regular o exercício do poder ou, ao contrário, se foi abusivo, com desrespeito aos parâmetros que a lei determinou.[1329] Consequentemente, o poder normativo técnico não pode deixar

de submeter-se a *controle administrativo e institucional.*[1330]

Esse fenômeno, de resto já conhecido em outros sistemas jurídicos, tem sido denominado de *deslegalização* (ou *deslegificação*, como preferem alguns), considerando que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na respectiva lei. Na verdade, não há, como supõem alguns estudiosos (equivocadamente, a nosso ver), transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão-somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei. Por conseguinte, nenhuma ofensa estará sendo perpetrada ao princípio da reserva legal contemplado em âmbito constitucional.[1331] Em nosso entender, trata-se de exigência dos tempos modernos e, por refletir inovação, não surpreende a reação oposta por alguns setores jurídicos, costumeira em semelhantes situações.[1332] O que se exige, isto sim, é que as escolhas da Administração regulatória tenham suporte em elementos concretos e suscetíveis de aferição.[1333]

A *autonomia decisória* significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem as entidades sob seu controle, se desencadeiam e se dirimem através dos próprios órgãos da autarquia. Em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia.

A competência decisória da agência abrange tanto os conflitos surgidos no âmbito de concessionários, permissionários ou outras sociedades empresariais entre si (todas evidentemente sob seu controle), como também aqueles decorrentes da relação entre tais pessoas e os usuários dos serviços e atividades por elas executados.[1334] No caso de irresignação contra decisão administrativa final, firmada pela instância máxima da entidade, deve o interessado buscar no Judiciário a satisfação de seu interesse.[1335]

A despeito desse aspecto especial das citadas entidades, tem havido entendimento no sentido da possibilidade de os Ministérios exercerem poder revisional, de ofício ou por provocação (recurso hierárquico impróprio), sobre os atos das agências quando ultrapassados os limites de sua competência ou contrariadas políticas públicas do governo central.[1336] Semelhante controle traduz uma forma de supervisão ministerial, inadequada para as agências em virtude

de sua peculiar fisionomia de ser dotada de maior independência quanto a suas ações. Embora tenham que estar necessariamente vinculadas à Administração Direta (normalmente, a um Ministério ou Secretaria Estadual ou Municipal), não podem sofrer o mesmo tipo de controle a que se submetem as demais pessoas da administração indireta.[1337] Tal entendimento demonstra que os órgãos governamentais ainda não aceitaram inteiramente esse novo regime nem se conformaram com a redução de seu poder em face da maior autonomia outorgada às agências.

Quanto à *independência administrativa*, assim se entende o fato de que alguns de seus dirigentes têm investidura a termo,[1338] ou seja, são nomeados para prazo determinado fixado na lei, não ficando à mercê de critério político do Ministério supervisor, nem da usual e condenável prática da descontinuidade administrativa, tão prejudicial às metas que as instituições buscam alcançar.[1339] Assim, têm eles alguma estabilidade em seus cargos, sobretudo porque são nomeados pelo Presidente da República, mas sua investidura depende de aprovação do Senado Federal.[1340]

Semelhante situação funcional tem rendido ensejo a alguma divergência quanto à caracterização dos dirigentes das agências reguladoras. Sustenta-se, por exemplo, que estariam inseridos na categoria dos *agentes políticos*, já que, entre suas funções, está a de implementar políticas públicas.[1341] Ousamos, *concessa venia*, dissentir desse entendimento. Ainda que lhes seja assegurada relativa estabilidade, ocupam, na verdade, cargos em comissão, com a peculiaridade de ser a investidura a tempo certo. Sua função é eminentemente administrativa, porque, seja como for, atuam dentro dos parâmetros fixados na lei. Desse modo, parece-nos devam ser considerados *agentes administrativos*, alojados na categoria dos *servidores públicos comuns de regime especial*, cujo regime jurídico, com escora em lei, em nada se assemelha ao dos agentes políticos, que tem suporte básico na Constituição.[1342]

Finalmente, a *autonomia econômico-financeira* demonstra que essas autarquias têm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos, visando aos fins a que a lei as destinou.[1343]

Daí a instituição das *taxas de regulação*, das quais são contribuintes as pessoas jurídicas que executam as atividades sob controle da agência. O tributo em foco caracteriza-se realmente como *taxa*, visto que: 1º) o fato gerador é o exercício do

poder de polícia, no caso a fiscalização do setor (art. 145, II, CF); 2º) é compulsória a prestação pecuniária e não constitui sanção de ato ilícito (art. 3º, Código Tributário Nacional); 3º) é instituída por lei (as leis de regulação), além de ser cobrada mediante atividade vinculada (o mesmo art. 3º do CTN); 4º) visa a custear os serviços de regulação prestados pela agência. A base de cálculo é a receita auferida pelo concessionário, e em relação a tal aspecto não há vulneração do art. 145, § 2º, da CF – que veda que as taxas tenham a mesma base de cálculo dos impostos – tendo em vista que a lei utiliza o faturamento apenas como critério para a incidência de taxas fixas.[1344]

De todas essas linhas, pode-se constatar que a doutrina aponta, como característica básica das autarquias de regime especial, o fato de a lei lhes ter aquinhoado com certas prerrogativas especiais, tornando-as uma categoria diversa daquela em que se encontram as autarquias de regime comum.[1345] Mas, como antecipamos, não nos convencemos de que essa classificação tenha precisão científica, clareza compreensível e real utilidade prática.

Primeiramente não se nos afigura acertado que a lei atribua a certas autarquias a qualificação de *autarquias sob regime especial* ou outra análoga. A vigente Constituição refere-se às entidades autárquicas em várias passagens, mas em nenhuma delas se vislumbra o menor indício de que possa haver regimes jurídicos autárquicos de natureza diversa – um comum e outro especial. Ao contrário, o que resulta do quadro normativo constitucional é a total submissão de *todas as autarquias* aos lineamentos nele traçados, não havendo ensejo para admitir-se qualquer prerrogativa em favor de umas não extensivas a outras do mesmo gênero.

Em segundo lugar, sempre foi pacífico o entendimento de que o regime jurídico infraconstitucional das autarquias seria aquele definido em sua própria lei instituidora. Em outras palavras, a lei teria o condão de *particularizar o regime jurídico* para a autarquia por ela instituída. Logicamente, essa particularização do regime jurídico sempre pôde proporcionar diversidade em relação a alguns aspectos do ente autárquico, o que decorreria principalmente dos objetivos institucionais a que se destinasse.

Desse modo, parece-nos, com a devida vênia aos que têm pensamento diverso, que a só circunstância de a autarquia ser agência controladora e ainda o fato de ter certa (e não total) independência normativa, decisória, administrativa e

financeira não bastam para dar ensejo à criação de uma nova categoria de autarquias, ainda mais quando tais especificidades nada mais são do que a *particularização legal do regime jurídico* dessas entidades, o que não constitui qualquer novidade de realce no que concerne ao tema. Quer dizer: os elementos apontados na respectiva legislação são insuficientes para que se possa admitir a bipolarização desses entes, considerando-se um grupo como autarquias de regime especial e outro como autarquias de regime comum.[1346] O que importa, afinal, é que todas elas estão sujeitas à mesma disciplina constitucional. Fora daí, como já dissemos anteriormente, é procurar trazer confusão em tema de singela simplicidade e, o que é pior, sem qualquer utilidade prática efetiva.

8. Patrimônio

A questão do patrimônio diz respeito à caracterização dos bens em públicos e privados. A classificação se encontrava no art. 65 do antigo Código Civil, que dispunha: *"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"*. O legislador, ao criar a norma, teve o evidente intuito de classificar como públicos apenas os bens pertencentes às pessoas integrantes da federação, qualificando os demais como privados.

Ocorre que a norma datava de 1916, e a partir de então o sistema jurídico-administrativo sofreu profundas mudanças. Uma delas foi a criação desse tipo especial de pessoas jurídicas – as autarquias, que, embora sem integrar a organização política do Estado, estão a ele vinculadas, ostentando personalidade jurídica de direito público. Adaptando-se a norma do Código Civil a essas alterações, considerou a doutrina, a nosso ver com razão, que o intuito da lei, mais do que proteger os bens das pessoas federativas, foi o de qualificar como bens públicos aqueles integrantes do patrimônio das pessoas administrativas de direito público. Assim, pacificou-se o entendimento de que os bens das autarquias são considerados como bens públicos.

O novo Código Civil, no entanto, dirimiu qualquer dúvida que ainda pudesse haver quanto à natureza dos bens de autarquias. Alterando os termos da classificação do Código de 1916, passou a dispor no art. 98: *"São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são*

particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". Observa-se, assim, que o critério para a qualificação de bem público deixou de ser o fato de pertencer a pessoa da federação para ser aquele que pertence a qualquer pessoa de direito público. Por via de consequência, a natureza dos bens de autarquias é a de bens públicos.

Em decorrência dessa qualificação, os bens das autarquias abrigam os mesmos meios de proteção atribuídos aos bens públicos em geral, destacando-se entre eles a impenhorabilidade e a imprescritibilidade, como, aliás, já decidiu a mais alta Corte. [1347] Por outro lado, não é livre para o administrador autárquico a sua alienação; como ocorre com os bens públicos em geral, é necessário que o administrador obedeça às regras legais reguladoras dessa especial atividade administrativa, qual seja, a alienabilidade dos bens públicos.

Outros aspectos sobre bens públicos serão estudados no Capítulo XVI desta obra.

9. Pessoal

De acordo com o art. 39, em sua redação primitiva, as pessoas federativas ficaram com a obrigação de instituir, no âmbito de sua organização, *regime jurídico único* para os servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas. O objetivo do legislador foi o de manter planos de carreira idênticos para esses setores administrativos, acabando com as antigas diferenças que, como é sabido, por anos, e anos provocaram inconformismos e litígios entre os servidores.

Entretanto, muitas foram as interpretações dadas ao dispositivo, no que toca ao regime jurídico único. A consulta aos estudiosos demonstra que cada um teve seu próprio entendimento, o que se explica pelo fato de que o texto não transmitiu a necessária clareza e definição. O regime jurídico único, todavia, foi extinto pela EC nº 19/98, que, alterando o art. 39 da CF, suprimiu a norma que contemplava o aludido regime. A respeito, veja-se o estudo a ser desenvolvido no Capítulo destinado aos servidores públicos (Capítulo XI).

Sob a égide do novo art. 39 da CF, e uma vez extinto o regime jurídico único, desapareceu a vinculação entre os regimes jurídicos da Administração Direta e das autarquias, o que possibilitou que estas pudessem ter seu pessoal regido pelo regime estatutário ou trabalhista, em conformidade com o que estabelecesse a lei instituidora.

Ocorre que o novo art. 39 da CF teve sua eficácia suspensa por decisão do STF,[1348] com efeitos *ex nunc*, ensejando o retorno da norma anterior e, por conseguinte, do regime jurídico único. Assim, voltou também toda a celeuma relativa à aplicação da norma. Em nosso entendimento, porém, o regime único está a indicar que as autarquias devem adotar o mesmo regime estabelecido para os servidores da Administração Direta, isto é, ou todos os servidores serão estatutários ou todos serão trabalhistas.[1349]

10. Controle Judicial

As autarquias, conquanto dotadas de personalidade jurídica de direito público, praticam, como todas as demais pessoas dessa categoria, atos administrativos típicos e atos de direito privado.

Os atos de direito privado são controlados no Judiciário pelas vias comuns adotadas na legislação processual, tal como ocorre com os atos jurídicos normais praticados por particulares. Assim, por exemplo, se uma autarquia adquire uma área pertencente a um particular, o contrato aí celebrado se regulará pelas normas relativas à compra e venda, previstas no Código Civil.

Os atos administrativos, porém, sujeitando-se a algumas características especiais, são controlados no Judiciário tanto pelas vias comuns (ação de indenização, ação de anulação de ato etc.), quanto pelas especiais, como é o caso do mandado de segurança ou da ação popular. De fato, se um ato praticado por agente autárquico viola direito líquido e certo de terceiro, é considerado ato de autoridade para fins de controle de legalidade por mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF).

É preciso ressalvar, porém, os elementos do ato autárquico que resultam de valoração sobre a conveniência e a oportunidade da conduta. Tais elementos, como ocorre com os atos administrativos em geral, revelam o regular exercício da função administrativa e são privativos dos agentes administrativos, estando, por conseguinte, excluídos de apreciação judicial.

11. Foro dos Litígios Judiciais

As autarquias *federais* são referidas no art. 109, I, da CF, dispositivo pertinente à competência da Justiça Federal. Desse modo, as autarquias, nos litígios comuns, sendo autoras, rés, assistentes ou oponentes, têm suas causas processadas e julgadas na Justiça Federal. Uma ação de indenização ou de anulação de contrato, tendo por

parte, por exemplo, o Banco Central ou o INCRA, deve correr nessa Justiça. A despeito de alguma hesitação dos estudiosos, OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, em nosso entender, também se sujeita à Justiça Federal: a uma porque, embora seja uma entidade *sui generis*, tem a natureza jurídica de *autarquia*, como vimos anteriormente; a duas, porque sua função institucional consiste no controle e fiscalização de profissão, matéria intimamente ligada à União Federal – pessoa dotada de competência privativa para legislar sobre as "*condições para o exercício de profissões"*, como registra o art. 22, XVI, da Constituição.[1350]

Nas causas em que litigam usuários-consumidores e concessionárias de serviços públicos, intervindo *agência reguladora* (que é autarquia federal) na qualidade de litisconsorte passiva necessária, assistente ou opoente, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, como já assinalamos anteriormente. [1351] É o caso, por exemplo, de demanda entre usuário e empresa de telefonia, quando intervém a ANATEL naquelas situações. Não havendo esse tipo de intervenção, o foro será o da Justiça Estadual.

A mesma Justiça Federal é o foro competente para processar e julgar mandados de segurança contra agentes autárquicos. Aqui a regra se encontra no art. 109, VIII, da CF, que faz menção a *ato de autoridade federal*, que é como se consideram os atos daqueles agentes.

A despeito dessas regras gerais, há a previsão de foro específico para as causas relativas à falência, a acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho.[1352] Assim, se uma autarquia federal, por exemplo, tem crédito para com empresa privada com falência decretada, sua habilitação e postulações deverão ser promovidas no juízo falimentar, que se situa dentro da organização da Justiça Estadual.

Além disso, se autarquia federal, em ação de execução que tramita perante a Justiça Estadual, postula preferência de crédito, subsiste essa competência, não sendo o feito, consequentemente, deslocado para a Justiça Federal. É o que já consagrou o STJ em verbete sumular.[1353]

Quanto às autarquias *estaduais e municipais,* os processos em que figuram como partes ou intervenientes terão seu curso na Justiça Estadual comum, sendo o juízo indicado pelas disposições da lei estadual de divisão e organização judiciárias. Nas comarcas maiores, haverá decerto varas próprias de competência fazendária, nelas

tramitando os processos de interesse de autarquias; nas menores, porém, em que, por exemplo, haja um juízo único, é neste que correrá ação intentada contra autarquia municipal.

Vejamos a questão dos litígios *trabalhistas* (ou, melhor, dos litígios decorrentes da *relação de trabalho* genericamente considerada). Já vimos que o regime dos servidores autárquicos, uma vez extinto o regime jurídico único, anteriormente previsto no art. 39 da CF, pode ser *estatutário* ou *trabalhista.* Sendo estatutário, o litígio classifica-se como de natureza *comum,* de modo que eventuais demandas devem ser processadas e julgadas nos juízos fazendários, os mesmos, aliás, onde tramitam os litígios de natureza estatutária dos servidores da Administração Direta (Justiça Federal ou Estadual, conforme o caso). Se, ao contrário, o litígio decorrer de contrato de trabalho firmado entre a autarquia e o servidor, terá ele a natureza de litígio trabalhista (em sentido estrito), devendo ser solvido na Justiça do Trabalho, seja federal, estadual ou municipal a autarquia.[1354] A mesma Justiça trabalhista será competente quando o litígio tiver origem em fato ocorrido anteriormente à eventual transferência do servidor trabalhista para o regime estatutário por imposição legal.[1355]

12. Atos e Contratos

Já se disse que alguns atos e contratos de autarquias podem ser de natureza privada e, como tais, regulados pelo direito privado.

Essa, porém, não é a regra. Os atos das autarquias são, como regra, típicos atos administrativos, revestindo-se das peculiaridades próprias do regime de direito público ao qual se submetem. Devem conter todos os requisitos de validade (competência, finalidade etc.) e são privilegiados pela imperatividade, presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e exigibilidade. Sua extinção pode dar-se pela invalidação ou pela revogação, tudo exatamente como vimos no Capítulo dedicado aos atos administrativos. Vimos também que, tratando-se de atos de autoridade pública, são eles sujeitos à aferição de legalidade por mandado de segurança ou ação popular.[1356]

O mesmo se pode dizer a propósito dos contratos. Fora daqueles contratos típicos do direito privado (compra e venda, permuta, doação etc.), os ajustes firmados por autarquias se caracterizam como contratos administrativos, que, como

já tivemos a oportunidade de estudar, apresentam alguns princípios que favorecem o Poder Público. Tais contratos regem-se pela Lei nº 8.666/93 e alterações subsequentes e devem ser obrigatoriamente precedidos de licitação, como estabelece o art. 2º da lei, calcado no art. 22, XXVII, da CF, ressalvados, logicamente, os casos nela mesma excepcionados.[1357]

13. Responsabilidade Civil

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Sem qualquer dúvida, as autarquias, que têm personalidade jurídica de direito público, estão enquadradas na norma. Sua posição no que toca à responsabilidade civil, aliás, é a mesma em que estão as próprias pessoas da federação.

A regra contida no referido dispositivo vem sendo repetida desde a Constituição de 1946[1358] e consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, aquela que independe da investigação sobre a culpa na conduta do agente. Significa dizer que, se um fato administrativo originário de uma autarquia provocar prejuízos a terceiro, mesmo que não se identifique culpa individual do agente autárquico, tem o prejudicado direito à reparação dos prejuízos, resultado da responsabilidade civil objetiva da autarquia.

O mesmo dispositivo, todavia, admite que a entidade civilmente responsável, no caso a autarquia, exerça direito de regresso contra o servidor que diretamente provocou o dano, mas a responsabilidade civil deste só se configurará se houver a comprovação de que agiu com dolo ou culpa.

14. Prerrogativas Autárquicas

O ordenamento jurídico, considerando a natureza e o papel desempenhado pelas autarquias, atribui a estas algumas prerrogativas de direito público. Vejamos as mais importantes:

a) imunidade tributária: o art. 150, § 2º, da CF, veda a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das autarquias, desde que vinculados a suas finalidades essenciais ou às que delas decorram. Significa dizer que se algum bem tiver destinação diversa das finalidades

da entidade autárquica ou um serviço for prestado também dessa forma, incidirão normalmente, sobre o patrimônio e os serviços, os respectivos impostos. Podemos, assim, dizer que a imunidade para as autarquias tem natureza *condicionada;*[1359]

b) impenhorabilidade de seus bens e de suas rendas: não pode ser usado o instrumento coercitivo da penhora como garantia do credor. A garantia se estabelece, como regra, pelo sistema de precatórios judiciais, e a execução obedece a regras próprias da legislação processual;[1360]

c) imprescritibilidade de seus bens: caracterizando-se como bens públicos, não podem eles ser adquiridos por terceiros através de usucapião. Em relação aos bens imóveis, a vigente Constituição é peremptória nesse sentido.[1361] Mas não são só os imóveis. Quaisquer bens públicos, seja qual for a sua natureza, são imprescritíveis.[1362] Essa orientação, aliás, está consagrada na Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal;

d) prescrição quinquenal: dívidas e direitos em favor de terceiros contra autarquias prescrevem em cinco anos. Significa que, se alguém tem crédito contra autarquia, deve promover a cobrança nesse prazo, sob pena de prescrever seu direito de acioná-la com tal objetivo;[1363]

e) créditos sujeitos à execução fiscal: os créditos autárquicos são inscritos como dívida ativa e podem ser cobrados pelo processo especial das execuções fiscais, tal como os créditos da União, Estados e Municípios; [1364]

f) principais situações processuais específicas:

– -a autarquia se considera como fazenda pública, razão por que nos processos em que é parte tem prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188, CPC);

– -estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, só produzindo efeito após confirmação pelo Tribunal, as sentenças proferidas contra autarquias (art. 475, I, CPC) e as que julgarem procedentes embargos à execução de dívida ativa promovida pela Fazenda Pública, nesta, como já mencionado acima, incluídas as autarquias (art. 475, II, CPC);
Obs.: inexistirá a prerrogativa, contudo, quando o valor discutido na ação ou a importância da dívida ativa na execução não excederem a 60 salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC),[1365] ou a decisão tiver fundamento em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula de

qualquer tribunal superior competente (art. 475, § 3º, CPC), hipóteses em que a pessoa pública interessada terá que interpor o respectivo recurso voluntário, se quiser ver suas razões apreciadas na instância superior.[1366]

– -a defesa de autarquia na execução por quantia certa fundada em título judicial se formaliza em autos apensos ao processo principal e por meio de *embargos do devedor*, conforme dispõem os arts. 741 a 743, do Cód. Proc. Civil.[1367]

15. Agências Autárquicas reguladoras e executivas

No processo de modernização do Estado, uma das medidas preconizadas pelo Governo foi a da criação de um grupo especial de autarquias a que se convencionou denominar de *agências,* cujo objetivo institucional consiste na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada.

Em função dessa diversidade de objetivos, pode dizer-se que, didaticamente, tais *agências autárquicas* classificam-se em duas categorias: as *agências reguladoras,* com função básica de controle e fiscalização, adequadas para o regime de desestatização, e as *agências executivas*, mais apropriadas para a execução efetiva de certas atividades administrativas típicas de Estado.[1368] Referidas agências encontram sua origem no regime norte-americano, que há muito contempla as figuras das *"independent agencies"* e *"independent regulatory agencies"*, destinadas à regulação econômica ou social. Outros sistemas, como os da Inglaterra, Espanha e Argentina, também têm dado ensejo à criação dessas entidades.[1369] Na França, foram criadas, a partir do processo de descentralização de 1978, as *"autoridades administrativas independentes"* ("*AAI – autorités administratives indépendantes"*), que, embora com idêntico objetivo que as agências, não tiveram sua natureza jurídica muito bem delineada pelo legislador.[1370]

Quanto à *natureza jurídica* de tais entidades, não houve qualquer novidade em sua instituição: trata-se de autarquias – categoria inserida em nosso ordenamento desde a década de 1940. A inovação reside apenas, como consignamos, na relativa independência que a ordem jurídica lhes conferiu em aspectos técnicos,

administrativos e financeiros.[1371]

15.1. Agências Reguladoras

A Lei nº 9.491, de 09/09/97 (que revogou a Lei nº 8.031, de 12/04/90), instituiu o Plano Nacional de Desestatização – PND, com o objetivo estratégico de, entre outros fins, reduzir o *deficit* público e sanear as finanças governamentais, para tanto transferindo à iniciativa privada atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida. Todos os parâmetros foram traçados na lei para cumprimento pela Administração Pública, sem a possibilidade de desviar-se dos objetivos nela fixados.[1372]

Uma das formas de implementar a referida transferência consistiu no processo de *privatização*, pelo qual se antevia a alienação, a pessoas da iniciativa privada, de direitos pertencentes ao Governo Federal que lhe asseguravam a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. As antigas pessoas paraestatais se transformariam, desse modo, em pessoas do setor exclusivamente privado, ou, em outras palavras, convertia-se o processo de descentralização por delegação legal, do qual resultavam as entidades da administração indireta, em descentralização por delegação negocial, já que as novas pessoas desempenhariam suas atividades através do sistema da concessão de serviços públicos.

O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, como, aliás, passou a constar do art. 21, XI, da CF, com a redação da EC nº 8/95, e do art. 177, § 2º, III, com a redação da EC nº 9/95. Pela natureza da função a ser exercida, foram então criadas, sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas *agências reguladoras*, entidades com típica função de controle. Vieram à tona a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei nº 9.427, de 26/12/1996; a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, pela Lei nº 9.472, de 16/7/1997; e a ANP – Agência Nacional do Petróleo, pela Lei nº 9.478, de 6/8/1997.

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a

executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

Pode mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros.[1373] A Constituição já caracterizou essas formas de abuso (art. 173, § 4º), cabendo, dessa maneira, às novas agências autárquicas a relevante função de controle dos serviços e atividades exercidos sob o regime da concessão.[1374] Registre-se, ainda, que há autarquias que, conquanto não instituídas com tal nomenclatura, são consideradas agências reguladoras, não apenas pela função de controle que executam, como também pela similaridade quanto à fisionomia jurídica das entidades.[1375]

A propósito, a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de *teoria da captura* (*"capture theory"*, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.[1376] Em controvérsia apreciada pelo Judiciário, já se decidiu no sentido de obstar a nomeação, para vagas do Conselho Consultivo de agência reguladora, destinadas à representação de entidades voltadas para os usuários, de determinadas pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, tendo-se inspirado a decisão na evidente suspeição que o desempenho de tais agentes poderia ocasionar.[1377] Tal decisão, aliás, reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre atos discricionários, que, embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Neste passo, cabe reiterar o que acentuamos anteriormente: o sistema verdadeiro das agências reguladoras implica lhes seja outorgada certa independência

em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do governo, o sistema perde a sua pureza e vocação. Aqui e ali, no entanto, têm surgido investidas e escaramuças de órgãos governamentais, com o propósito de reduzir o poder daquelas entidades, e esse tipo de ingerência denota flagrante distorção no processo de desestatização.

No que concerne ao regime jurídico dos servidores dessas autarquias, a Lei nº 9.986, de 18.7.2000, previa inicialmente o regime de emprego público, de caráter trabalhista, regulado pela CLT (Decr.-lei 5.454/43), sendo previstos alguns cargos em comissão regidos pelo regime estatutário. Esse diploma, no entanto, foi derrogado pela Lei nº 10.871, de 20.5.2004, que, alterando todas as normas relativas ao regime trabalhista dos servidores, instituiu o regime estatutário e dispôs sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos. Atualmente, pois, os servidores das agências reguladoras devem sujeitar-se ao regime estatutário respectivo (na esfera federal é a Lei nº 8.112/90).

Como a instituição de tais autarquias resulta de processo de descentralização administrativa, e tendo em vista ainda a autonomia que lhes confere a Constituição, é lícito a Estados, Distrito Federal e Municípios criar suas próprias agências autárquicas quando se tratar de serviço público de sua respectiva competência, cuja execução tenha sido delegada a pessoas do setor privado, inclusive e principalmente concessionários e permissionários. O que se exige, obviamente, é que a entidade seja instituída *por lei*, como impõe o art. 37, XIX, da CF, nela sendo definidas a organização, as competências e a devida função controladora.[1378]

15.2. Agências Executivas

Também instituídas sob a forma de autarquia, as *agências executivas* se distinguem das agências reguladoras pela circunstância de não terem, como função precípua, a de exercer controle sobre particulares prestadores de serviços públicos. Tais entidades, ao revés, destinam-se a exercer atividade estatal que, para melhor desenvoltura, deve ser descentralizada e, por conseguinte, afastada da burocracia administrativa central. A base de sua atuação, desse modo, é a *operacionalidade,* ou seja, visam à efetiva execução e implementação da atividade descentralizada, diversamente da função de controle, esta o alvo primordial das agências reguladoras. Com isso, não se quer dizer que não possam ter, entre suas funções, a

de fiscalização de pessoas e atividades, mas sim que tal função não constituirá decerto o ponto fundamental de seus objetivos.

A previsão inicial dessa categoria de autarquias veio a lume com a edição da Lei nº 9.649, de 27/5/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios na Administração Pública federal. Segundo o disposto no art. 51 do referido diploma, ato do Presidente da República poderá qualificar como *agência executiva* autarquias e fundações, desde que: 1º) tenham plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; 2º) tenham celebrado contrato de gestão com o Ministério supervisor.[1379] A tais agências a lei assegura autonomia de gestão e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para que possam cumprir suas metas e seus objetivos institucionais. Observe-se, por fim, que as agências executivas não se configuram como categoria nova de pessoas administrativas; a expressão corresponde apenas a uma *qualificação* (ou *título*) atribuída a autarquias ou fundações governamentais. [1380]

Em nosso entender, porém, as agências executivas não apresentam qualquer peculiaridade que possa distingui-las das clássicas autarquias, salvo, como é óbvio, a criação da então desconhecida nomenclatura que lhes foi atribuída – a de *agências*. Nas agências reguladoras ainda é possível admitir certo grau de inovação, porque decorrem do regime de privatização, implantado em época relativamente recente e para o fim de reforma administrativa. É que, ampliando-se o número de particulares prestadores de serviços públicos em substituição ao Estado, far-se-ia necessário realmente instituir novas entidades com a função específica de controle. Mas nada há de inovador em qualificar-se de *agência executiva* a entidade autárquica que se dedique a exercer atividade estatal descentalizada, e isso pela singela razão de que esse sempre foi o normal objetivo das autarquias.

Nem mesmo a propalada qualificação de *autarquias de regime especial* serve para identificá-las como entidades diferentes das conhecidas autarquias. Como já acentuamos anteriormente, o fato de terem dirigentes com investidura temporal predefinida ou com nomeação condicionada à aprovação do Senado, como o permite o art. 52, III, "f", da CF, não apresenta qualquer especificidade, já que sempre se reconheceu que o regime jurídico das autarquias pode ter linhas diversas, dependendo, é lógico, da lei que as institua.

Exemplos atuais de agências executivas são o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO) e a Agência de Inteligência, instituída pela Lei nº 9.883, de 7/12/1999. Com a mesma natureza, foram reinstituídas a SUDAM – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia e a SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste. [1381] Todas essas entidades continuam a ser autarquias.[1382]

Para bem demonstrar que seu objetivo precípuo é o de *execução* de atividades administrativas, e não propriamente o de *controle*, veja-se, para exemplificar, que constitui função da citada Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE a de *"implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento do Nordeste".[1383]* É fácil observar que nenhuma diferença significativa existe entre essas novas agências executivas e as autarquias extintas. A nova denominação, é fácil concluir, não basta para alterar a natureza jurídica das entidades. A alteração, aliás, foi perpetrada mais em razão dos escândalos e do desvio de dinheiro público que envolveram as antigas autarquias do que por motivo de modificação estrutural. Logicamente, não adianta nada só mudar o *nomen juris,* se o caos, o descontrole e a desorganização administrativa continuarem a grassar entre as pessoas vinculadas ao Estado. É o mesmo que trocar seis por meia dúzia...

16. Associações Públicas

A Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que dispõe sobre normas gerais de instituição de *consórcios públicos*, previu que estes mecanismos deverão constituir *associação pública* ou *pessoa jurídica de direito privado* (art. 1º, § 1º).

Ao se referir à personalidade, o legislador estabeleceu que a *associação pública* terá *personalidade jurídica de direito público* (art. 6º, I), ao contrário da outra alternativa, em que a pessoa terá personalidade jurídica de direito privado.

Completando semelhante quadro, o art. 16 do mesmo diploma alterou o art. 41, do Código Civil, que relaciona as pessoas jurídicas de direito público interno: no inciso IV, onde constavam *"as autarquias"*, passou a constar *"as autarquias, inclusive as associações públicas"*.

Em que pese a possibilidade de haver dúvidas na interpretação do novo texto do dispositivo da lei civil, como já registramos anteriormente,[1384] parece-nos que o legislador pretendeu incluir as associações públicas – pessoas derivadas da

formação de consórcio público – na categoria das autarquias, tal como ocorre com as fundações governamentais de direito público, na opinião dominante entre os autores.

Resulta, pois, que, formado o consórcio público com a fisionomia jurídica de *associação pública* – sempre para a consecução de objetivos de interesse comum dos entes pactuantes e para a implementação do sistema de gestão associada, esta com base no art. 241, da CF – terá ela personalidade jurídica de direito público e natureza jurídica de autarquia. Consequentemente, a tais associações serão atribuídas todas as prerrogativas que a ordem jurídica dispensa às autarquias em geral.

V. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

1. Introdução

Embora sejam de categorias jurídicas diversas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser estudadas em conjunto, tantos são os pontos comuns que nelas aparecem. Como veremos, essas entidades são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público.

A terminologia que dá o nome às empresas públicas é realmente de grande imprecisão. O termo *públicas* pode denotar, em princípio, que se trata de pessoas de direito público, mas assim não é; contrariamente, cuida-se de pessoas de direito privado. O termo está a indicar apenas que a forma empresarial adotada pelo Estado não é livre, mas, ao revés, há uma relação de controle entre o Estado e tais empresas.[1385]

As sociedades de economia mista, pelo próprio nome, demonstram a sua natureza. São sociedades por ações, adequadas para atividades empresariais, sendo as ações distribuídas entre o Governo e particulares, com o visível objetivo de reforçar o empreendimento a que se propõem. Sendo pessoas também privadas, conduzem-se na vida econômica com maior versatibilidade, a exemplo do que ocorre com as empresas públicas.[1386]

Sociedades de economia mista e empresas públicas andam de mãos dadas,

assemelham-se em seu perfil e irmanam-se nos objetivos colimados pelo Estado. Portanto, não será difícil verificar, ao longo deste estudo, que não haverá praticamente nenhum dado tão marcante que possa levar o Governo a optar por uma ou por outra. A ideia básica que traduzem continua sendo a do Estado-empresário, que intenta aliar uma atividade econômica com outras de interesse coletivo.

2. Conceito

Vários têm sido os conceitos sugeridos para definir as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Procuraremos realçar nos conceitos os elementos básicos que caracterizam as entidades.

Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.

São exemplos de empresas públicas federais, entre tantas, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; a FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos; a Casa da Moeda do Brasil; a Caixa Econômica Federal; o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; o SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados etc. Logicamente, inúmeras outras empresas públicas estão vinculadas a Estados e a Municípios, o que certamente estará fixado na lei ou nos decretos organizacionais dessas pessoas.

Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.

Citem-se, como exemplos mais conhecidos de sociedades de economia mista, também no plano federal, o Banco do Brasil S.A.; o Banco da Amazônia S.A.; a PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S.A., e outras tantas vinculadas a administrações estaduais e municipais.

Tais conceitos, diga-se de passagem, têm sua base em dispositivos específicos

do Decreto-lei nº 200/67,[1387] os quais, a despeito das constantes críticas recebidas pelos estudiosos, nem sempre muito justas e necessárias, são os observados nas várias administrações indiretas das pessoas federativas. Os aspectos de detalhamento dos conceitos serão examinados adiante.

3. Referências Normativas

A Constituição Federal faz expressa referência a sociedades de economia mista e empresas públicas, ao tratar dos princípios que informam a atividade econômica. No art. 173, § 1º, o texto faz menção ao fato de que, quando exploram atividade econômica, devem sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, incluindo-se aí as obrigações trabalhistas e tributárias.[1388] Logo a seguir, no § 2º, as iguala às empresas privadas no que tange a privilégios fiscais, dispondo que *"as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado"*.

Outras referências são feitas às entidades, como as que dizem respeito à instituição por lei (art. 37, XIX e XX); à vedação de acumulação remunerada de cargos e funções (art. 37, XVII); à exclusão na lei de diretrizes orçamentárias, no que toca à despesa com pessoal (art. 169, § 1º, II). Obviamente tais referências são expressas, mas outras normas constitucionais aludem à Administração Indireta, com o que alcançam também as citadas entidades.

No plano da legislação ordinária, é de invocar-se mais uma vez o Decreto-lei nº 200/67, em cujo art. 5º, II e III, o legislador procurou traçar os contornos jurídicos das entidades.

4. Personalidade Jurídica

As empresas públicas e as sociedades de economia mista têm personalidade jurídica de direito privado, o que, nesse aspecto, as torna diferentes das autarquias, qualificadas como pessoas jurídicas de direito público.

É preciso ter em conta, porém, o objetivo que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza empresarial. Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. O

Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos.

Outro ponto que se deve realçar é o de que o fato de terem personalidade jurídica de direito privado não as coloca no nível de exata igualdade com as pessoas nascidas da iniciativa privada. E nem poderia ser assim, vez que naquelas é o Estado o grande comandante. A respeito do tema, teceremos outros comentários quando do exame de seu regime jurídico.

5. Criação e Extinção

O Decreto-lei nº 200/67, ao definir essas entidades, estabelece que ambas são *criadas por lei* (art. 5º, II e III). A Constituição Federal tinha dicção semelhante, ao assentar que *somente por lei específica* poderão ser criadas as mesmas entidades.

Entretanto, era preciso adequar tais impropriedades à realidade jurídica dessas pessoas administrativas. Dotadas de personalidade jurídica de direito privado, não é a lei em si que as cria; a lei, na verdade, *autoriza* a criação. A exigência constitucional relativa ao princípio da autorização legislativa (art. 37, XIX) foi inspirada na necessidade da participação do Poder Legislativo no processo de nascimento dessas pessoas, evitando-se, dessa maneira, que apenas o Executivo pudesse valorar os critérios de conveniência para a instituição de pessoas administrativas. A impropriedade apontada, no entanto, foi corrigida na nova redação dada ao art. 37, XIX, pela Emenda Constitucional nº 19/98, relativa à reforma administrativa do Estado, que passou a ter os seguintes dizeres:

> *"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".*

No aspecto da criação da pessoa, desse modo, o regime a adotar-se é o de direito privado, ou seja, deve o Estado providenciar a prática do ato que contenha o estatuto, ou dos próprios atos constitutivos da entidade, para que sejam inscritos no registro próprio, fato que dá início à existência legal da pessoa jurídica, como, aliás, está claro no art. 45 do Código Civil. Embora se tenha conhecimento de um ou outro procedimento anômalo, mais por conta da desorganização e do despreparo

de alguns setores da Administração, é aquele o procedimento correto a ser adotado, o que é reconhecido pela doutrina especializada.[1389]

A extinção das empresas públicas e das sociedades de economia mista reclama lei autorizadora. Significa dizer que o Poder Executivo, a que são normalmente vinculadas, não tem competência exclusiva para dar fim às entidades. O fato se justifica pela teoria da simetria, isto é, se a própria Constituição exige que a autorização criadora se faça através de lei, é evidente que somente ato desta natureza será legítimo para extingui-las.

5.1. Subsidiárias

Empresas subsidiárias são aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado. Em outras palavras, o Estado cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista (que podemos chamar de *primária*) e esta, por sua vez, passa a gerir uma nova sociedade mista, tendo também o domínio do capital votante. É esta segunda empresa que constitui a sociedade subsidiária. Alguns preferem denominar a empresa primária de *sociedade ou empresa de primeiro grau*, e, a subsidiária, de *sociedade ou empresa de segundo grau*. Se houver nova cadeia de criação, poderia até mesmo surgir uma empresa de terceiro grau e assim sucessivamente.

Há autores que entendem que as *subsidiárias* a que alude o inc. XX do art. 37 da CF não podem ser tidas como companhias mistas, já que estas já se incluiriam no inc. XIX.[1390] Com a devida vênia, pensamos que a norma não distingue. Por conseguinte, o fato de serem *subsidiárias* indica apenas que não são controladas diretamente por entidade política, de forma que, dentro dessa categoria, podem encontrar-se não somente sociedades de economia mista e empresas públicas de segundo grau, como outras entidades que, sujeitas a idêntico controle, se configuram como meras sociedades empresariais.

Dois pontos devem ser observados nessas empresas subsidiárias.

Em primeiro lugar, não fica a sua criação ao livre alvedrio da Administração. Nos termos do art. 37, XX, da CF, sua criação também depende de autorização legislativa. A exigência reclama, portanto, a participação efetiva da respectiva Casa Legislativa. A autorização, contudo, não precisa ser dada para a criação específica de *cada* entidade; é legítimo que a lei disciplinadora da entidade primária autorize desde

logo a posterior instituição de subsidiárias, antecipando o objeto a que se destinarão.[1391]

Além disso, não se pode perder de vista que as subsidiárias também são controladas, embora de forma indireta, pela pessoa federativa que instituiu a entidade primária. A subsidiária tem apenas o objetivo de se dedicar a um dos segmentos específicos da entidade primária, mas como esta é quem controla a subsidiária, ao mesmo tempo em que é diretamente controlada pelo Estado, é este, afinal, quem exerce o controle, direto ou indireto, sobre todas. Por tais motivos, não se pode negar sua condição de pessoas integrantes da Administração Indireta.[1392]

Nada impede que a entidade primária institua a denominada *subsidiária integral,* ou seja, aquela que tem um único acionista, conforme definição do art. 251, da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), e que estampa situação jurídica peculiar em termos de sociedade; nesse caso, a única acionista será a sociedade de primeiro grau instituidora.[1393] Por outro lado, também se revela juridicamente viável que a subsidiária integral venha, posteriormente, a ter caráter societário mediante a admissão de novos acionistas, como autoriza o art. 253 daquele diploma. O que é indispensável é que tais instrumentos tenham previsão legal.[1394]

6. Objeto

A definição legal das sociedades de economia mista e das empresas públicas deixa claro que o objetivo de sua instituição é o desempenho de atividades de caráter econômico. A mesma referência se encontra no art. 173, § 1º, da CF. Como se disse acima, são elas verdadeiros instrumentos de atuação do Estado no papel de empresário.[1395]

O Estado, é sempre bom lembrar, só excepcionalmente pode dedicar-se à exploração direta de atividade econômica. O art. 173 da CF é claro nesse sentido, só admitindo essa atividade sob o impacto de motivos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Mesmo a exploração indireta, por sociedades de economia mista e empresas públicas, há de ter limites, para impedir que essas entidades se introduzam no mercado com vistas ao regime de competição com as empresas da iniciativa privada. Aliás, é ao particular que cabe, genericamente, a

iniciativa para a exploração de atividades econômicas, como emana do art. 170 e seu parágrafo único da Constituição Federal.

Grande parte da doutrina, no entanto, criticava o legislador pelo fato de se ter referido apenas a esse objetivo, sufragando o entendimento de que tais entidades podem ter dois objetivos: a exploração de atividades econômicas e a prestação de serviços públicos.[1396]

Em nosso entender, porém, os conceitos não são totalmente incompatíveis. Para isso, é mister que se considere que a noção de atividade econômica constitui um gênero em seu sentido mais abrangente, que significa a utilização de recursos visando à satisfação de necessidades. Por outro lado, pode-se considerar que alguns serviços públicos representam atividades com utilização de recursos para a satisfação de necessidades públicas. Nesse caso, essa noção de serviços públicos constituiria espécie do gênero *atividades econômicas*, uma espécie, mas não a única logicamente. Assim, dentro da noção de atividade econômica em sentido amplo, temos, como espécies, alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.[1397] Por outro lado, é certo admitir que, em razão da múltipla atividade exercida pelo Estado, devem distinguir-se os *serviços públicos não econômicos* e os *serviços públicos econômicos*; estes últimos é que se situam no âmbito das atividades econômicas em geral.[1398]

Nem sempre é fácil identificar a linha entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Mas, segundo nos parece, o objetivo dessas entidades é o desempenho de atividades econômicas, ainda que se possa considerar, dentro do sentido amplo, a prestação de serviços públicos. Por outro lado, é importante registrar que não são todos os serviços públicos que poderão ser exercidos por sociedades de economia mista e empresas públicas, *mas somente aqueles que, mesmo sendo prestados por empresa estatal, poderiam sê-lo pela iniciativa privada*. Desse modo, excluem-se aqueles serviços ditos *próprios* do Estado, ou seja, aqueles que só o Estado pode executar, como a segurança pública, a prestação de justiça, a defesa da soberania nacional. Excluem-se também aqueles outros que têm acentuada coloração social e que, por isso mesmo, se apresentam deficitários, como os de assistência social a certas categorias sociais ou os de apoio a regiões desfavorecidas. Por essa razão é que no grande universo de sociedades de economia mista e de empresas públicas dificilmente se encontrará alguma delas que execute serviço

público que não seja superavitário, demonstrando, por conseguinte, que seu alvo básico é realmente a atividade econômica.[1399]

A questão do duplo objeto dessas entidades, em nosso entender, não ficará inteiramente dirimida nem com a nova redação do art. 173, § 1º, da CF, imposta pela EC nº 19/98 (reforma administrativa do Estado). Refere-se o dispositivo à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de *serviços*. Poder-se-á supor, em princípio, que tais serviços sejam públicos ou privados; mas, examinando-se os incisos do novo mandamento, é possível fazer a objeção de que a futura lei, disciplinadora do estatuto jurídico das entidades, deverá mantê-las sujeitas ao regime aplicável às empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações *civis, comerciais, trabalhistas* e *tributárias*. Sendo assim, persistirá a dúvida sobre se o art. 173, § 1º, da CF, contempla todas as empresas públicas e sociedades de economia mista ou se incide apenas sobre aquelas que exploram atividade econômica e prestam serviços de natureza *privada*, com o que estariam de fora as que executam serviços públicos típicos.

Por fim, deve ser lembrado que, através dessas entidades, o Estado, nessas últimas décadas, veio praticando excessiva intervenção na atividade econômica em sentido estrito, provocando o nascimento de inúmeras pessoas onerosas, deficitárias e inoperantes, para atuar em área que não lhe seria adequada. A necessidade de conter os gastos públicos acabou causando a criação do *Programa Nacional de Desestatização*, pelo qual esse tipo de empresas tem passado à iniciativa privada (fato conhecido por *privatizações*), para que o Estado se mova mais no sentido das atividades eminentemente sociais (Lei nº 9.491/97).

7. Regime Jurídico

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, como se tem observado até o momento, exibem dois aspectos inerentes à sua condição jurídica: de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado.

Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público. Na verdade, pode dizer-se, como o fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa *natureza híbrida*, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em

alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.

Torna-se necessário, todavia, verificar tais aspectos de sua atuação. Quando se trata do aspecto relativo ao exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado, o que se ajusta bem à condição dessas entidades como instrumentos do Estado-empresário. É comum, portanto, a incidência de normas de Direito Civil ou de Direito Empresarial (atualmente constituindo capítulo específico daquele), reguladoras que são das relações econômicas de direito privado. Por tal razão, foram declaradas inconstitucionais normas de Constituição estadual que, violando reserva de lei federal para dispor sobre direito comercial, previa número de vagas em conselhos dessas entidades, destinadas a representantes dos empregados.[1400] Entretanto, não se tratando de sociedade de economia mista (que é sociedade anônima), pode a lei estadual ou municipal regular a matéria.

Aliás, essa é que deve ser a regra geral, o que se confirma pelo art. 173, § 1º, II, da CF, que é peremptório ao estabelecer sua *sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas* quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Em outras palavras, não devem ter privilégios que as beneficiem, sem serem estendidos às empresas privadas, pois que isso provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam. Veda-se ao Estado-empresário a obtenção de vantagens de que também não possam usufruir as empresas da iniciativa privada. Inexistem, pois, privilégios materiais e processuais, como os atribuídos às entidades públicas, de que são exemplo as autarquias.[1401] O STJ consagrou tal diretriz, editando súmula em que, no caso de responsabilidade civil, equipara o prazo de prescrição de pretensão indenizatória contra sociedades de economia mista ao prazo fixado para as entidades do setor privado,[1402] diferentemente do que ocorre com as pessoas públicas, favorecidas com a prescrição quinquenal. Embora se referindo a sociedades de economia mista, a orientação se estende normalmente às empresas públicas, também, como aquelas, pessoas governamentais de direito privado, conforme já pacificado em outras súmulas dos Tribunais Superiores.[1403]

Ao contrário, incidem as normas de direito público naqueles aspectos ligados ao *controle administrativo* resultante de sua vinculação à pessoa federativa. Não é sem

razão, portanto, que várias normas constitucionais e legais regulam essa vinculação administrativa e institucional das entidades. Em nível constitucional, temos, por exemplo, o princípio da autorização legal para sua instituição (art. 37, XIX); o controle pelo Tribunal de Contas (art. 71);[1404] o controle e a fiscalização do Congresso Nacional (art. 49, X); a exigência de concurso público para ingresso de seus empregados (art. 37, II); a previsão de rubrica orçamentária (art. 165, § 5º) e outras do gênero.

Na verdade, a visão que se deve ter desse hibridismo do regime jurídico não chega a surpreender, porque ambas as pessoas administrativas têm, algumas vezes, realçado seu lado privado e, em outras ocasiões, seu aspecto público.[1405]

A Emenda Constitucional nº 19/98, que implementou a reforma administrativa do Estado, alterou o art. 173, § 1º, da CF, consignando 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"*, devendo dispor sobre sua função social; a fiscalização a ser exercida pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime aplicável às empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, deles participando acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A grande inovação foi, sem dúvida, a previsão de lei específica para a disciplina do regime jurídico dessas entidades. Por outro lado, a despeito de ser agora mais preciso o objeto das entidades – não mais a atividade econômica, genericamente considerada, mas especificamente o de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços – o certo é que poderão surgir dúvidas sobre qual o tipo de prestação de serviços que será mencionado na lei reguladora. Temos para nós que dessa noção estarão de fora as pessoas prestadoras de serviços públicos em seu sentido mais estrito, pretendendo o legislador constituinte regular aquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços de natureza privada a pessoas determinadas, equiparando-se, por conseguinte, às inúmeras empresas particulares que também exercem essa atividade. Exatamente por isso é que não poderão ter privilégios de direito público, mas, ao contrário,

devem submeter-se às regras gerais incidentes sobre as empresas privadas em geral.

Há entendimentos de que a lei a que se refere o art. 173, § 1º, da CF, seja editada em cada pessoa federativa, disciplinando as suas próprias empresas públicas e sociedades de economia mista, e que a disciplina visaria a abranger apenas as entidades que exploram atividades econômicas.[1406] Não abonamos, *concessa venia,* tal pensamento. Em nosso entender, o estatuto das referidas entidades deverá processar-se por *lei federal*, que estabelecerá as linhas gerais que devem nortear seu regime jurídico, cabendo às leis regionais e locais instituir a disciplina suplementar. Além do mais, essa mesma lei é que deverá definir eventuais aspectos distintivos entre as pessoas que prestam serviços públicos e as que exploram atividades eminentemente econômicas. Afinal, tais entidades fazem parte da administração indireta, que sofre a incidência de princípios constitucionais específicos (art. 37, CF), de modo que a matéria refoge aos interesses apenas de Estados e Municípios, mas, ao contrário, exige, para sua uniformização no sistema administrativo, lei geral disciplinadora de âmbito federal, tal como, aliás, ocorre com as contratações e licitações públicas.[1407]

Acrescente-se, ainda, que o art. 22, inc. XXVII, da CF, prevê lei geral, de competência privativa da União Federal, para disciplinar contratações e licitações pertinentes a todas as *pessoas federativas*. A exceção que consta do dispositivo, introduzida pela EC 19/98, referente às empresas públicas e sociedades de economia mista, não pretendeu afastar a competência da União para editar as normas gerais, mas apenas possibilitou que *outra lei geral*, também de competência da União, instituísse a disciplina especifica para tais entidades. Aliás, o citado inciso XXVII do art. 22 deveria constituir hipótese do art 24, de modo que coubesse à União a edição de normas gerais e às demais pessoas federativas a regulação suplementar, como está previsto no art. 24, § 1º, da CF. O certo é que, a admitir-se estatuto fixado em lei de cada pessoa federativa, teríamos verdadeiro caos administrativo, pois que haveria tantos estatutos quantas sejam as pessoas que integram a federação, atualmente em número superior a cinco mil, considerando-se, logicamente, os Municípios.

No âmbito da União, a Lei nº 12.353, de 28.12.2010, passou a disciplinar a *participação de empregados* nos *conselhos de administração* das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como nas

demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, tenha a maioria do capital social com direito a voto, desde que tenham mais de duzentos empregados – fato que reclamará a adaptação dos respectivos estatutos. À União cabe eleger a maioria dos membros do conselho e o representante dos trabalhadores será escolhido pelo voto direto de seus pares entre os empregados em atividade, sendo a eleição organizada em conjunto com os sindicatos que os representem. Os direitos e deveres dos membros do conselho continuarão disciplinados pela Lei nº 6.404/76. Repita-se, à guisa de esclarecimento, que a lei só incide sobre a administração indireta federal, de onde se infere que cabe a Estados e Municípios, se o desejarem, instituir a respectiva disciplina, salvo no caso de sociedade de economia mista, por ter a natureza de sociedade anônima.

7.1. Regime Tributário

O quadro constitucional a respeito do regime tributário das empresas públicas e das sociedades de economia mista tem previsão nos §§ 1º e 2º do art. 173. No primeiro, a norma constitucional determina que tais entidades devam sujeitar-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias. No segundo, como que repetindo esse nivelamento, reza o texto que as mesmas entidades *não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

Tem havido grande polêmica entre os autores no que se refere à aplicação dessa norma. Sustentam alguns autores que o nivelamento do regime tributário só é aplicável quando se trata de entidades que exploram atividade econômica em sentido estrito, podendo haver privilégios em favor daquelas que executam atividades econômicas sob a forma de serviços públicos.[1408]

Com a devida vênia, pensamos de forma diversa. Todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, como entidades paraestatais que são, devem sujeitar-se ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas, porque, como já visto, todas exercem, em sentido amplo, atividades econômicas. Desse modo, não importará se o objeto é a prestação de serviço público ou o desempenho de atividade econômica *stricto sensu.* Na medida em que o Estado as institui, cobrindo-lhes com as vestes do direito privado, deve arcar com os efeitos tributários normais incidentes sobre as demais empresas privadas. A imunidade e os privilégios fiscais só se justificam para as pessoas de direito público, estas sim

representando o próprio Estado. Por outro lado, não conseguimos vislumbrar no § 2º do citado art. 173 da CF amparo para essa distinção: *as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*. Desse modo, não podemos aceitar essa visão que privilegia tributariamente o Estado no que toca às entidades paraestatais, quando ele mesmo tem à sua disposição outros mecanismos (administração direta, autarquias, fundações públicas) suscetíveis da incidência desses privilégios, como emana do texto constitucional.[1409]

É cabível, no entanto, admitir, como o fazem alguns estudiosos, situação excepcional que não seria atingida pelas regras restritivas do art. 173: é a hipótese em que a empresa pública ou a sociedade de economia mista executam *serviço público monopolizado*. A concessão de um ou outro privilégio seria aceitável nesse caso em virtude da inexistência de ameaça ao mercado e da ausência do risco de abuso do poder econômico. Com efeito, se o serviço é monopolizado, por força de alguma estratégia especial do Estado, não há regime de competitividade e nem se pode considerar propriamente o serviço executado como atividade econômica *stricto sensu*, esta sim suscetível de exercício pelas empresas privadas em geral, como afirma o art. 170, parágrafo único, da CF. Mas, ainda nessa hipótese excepcional, deve o Poder Público agir com prudência e comedimento nos privilégios, tributários ou não, que outorgar à entidade governamental, pena de desfigurá-la como pessoa de direito privado. Além disso, avulta acrescentar que nenhum privilégio pode contrariar o sistema constitucional naquilo que for aplicável a tais pessoas, a menos que seja concedido pela própria Constituição.[1410] -[1411] A matéria, porém, ainda está longe de ser pacificada entre os estudiosos.[1412]

Não obstante, se essas entidades executam serviços públicos em regime de competição com empresas privadas, tais serviços, mesmo caracterizando-se como *serviços públicos,* guardam bastante aproximação com as atividades econômicas em sentido estrito, de modo que nenhuma justificativa razoável se poderia invocar para que lhes sejam outorgadas situações de privilégio, não extensivas às demais empresas privadas, visto terem estas, tanto quanto as empresas governamentais, o direito a um tratamento econômico igualitário. Admitir-se referida situação diferenciada, com a devida vênia dos que pensam em contrário, implica inegável vulneração aos postulados constitucionais pertinentes à ordem econômica (art. 170,

CF).

No que diz respeito especificamente à ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública, já se decidiu que o litígio entre ela e o Estado, tendo por objeto a imunidade tributária relativa ao IPVA, tem a natureza de conflito federativo, fato que levaria o processamento e julgamento do feito ao STF em sua competência originária, por força do art. 102, I, "f", da CF. Fundou-se a decisão no fato de que o Decreto-lei nº 509/69 equiparou a citada entidade à Fazenda Pública, devendo ser-lhe estendidos os respectivos privilégios.[1413] Não abonamos tal posição, com a devida vênia. Litígios tributários entre pessoas administrativas privadas e entes públicos não têm qualificação de conflito federativo, e devem ser resolvidos na Justiça de primeiro grau, até porque, diferentemente do que se decidiu, não cabe para tais entidades o privilégio da imunidade recíproca previsto no art. 150, VI, "a", da CF.

Outra controvérsia reside na hipótese em que a entidade estatal exerce sua atividade não em imóvel próprio, mas sim em *imóvel de pessoa pública.* Como se sabe, os entes federativos são beneficiados pela *imunidade recíproca,* não podendo qualquer deles instituir imposto sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros (art. 150, VI, "a", CF), a menos que estejam relacionados com a exploração de atividade econômica regida pelo direito privado, ou quando houver contraprestação paga pelo usuário em forma de preço ou tarifa (art. 150, § 3º, CF). Dentro da regra geral, subsistirá a imunidade, mas, no caso das ditas exceções, haverá a incidência tributária, como, por exemplo, o IPTU municipal, sendo contribuinte, e, pois, sujeito passivo do tributo, a própria pessoa da administração indireta que detiver a posse do imóvel, na forma do art. 34 do Código Tributário Nacional.[1414]

8. Diferenças entre as Entidades

Já se viu quantos pontos comuns existem entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Outros ainda veremos no decorrer deste Capítulo. Não obstante, sendo categorias previstas no ordenamento jurídico como diversas, apresentam alguns traços distintivos através dos quais se pode identificar uma ou outra entidade. Examinemos essas diferenças.[1415]

8.1. A Constituição do Capital

A primeira diferença consiste na composição do capital.

Nas sociedades de economia mista, o capital é formado da conjugação de recursos oriundos das pessoas de direito público ou de outras pessoas administrativas, de um lado, e de recursos da iniciativa privada, de outro. Significa dizer que as parcelas do capital, representadas por ações, são distribuídas entre a entidade governamental e particulares. Logicamente, para que se mantenham ajustadas às diretrizes da entidade criadora, é a esta que pertence o domínio da maior parte do capital votante. Por esse motivo é que no art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200/67 consta que as ações com direito a voto devem pertencer, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta.

É importante destacar que as sociedades de economia mista só são assim qualificadas quando, além de ter havido prévia autorização legal, haja o domínio do capital por parte do Estado ou de outra pessoa a ele vinculado. Existem sociedades em que o capital pertencente ao Estado, por alguma razão que não interessa indagar neste passo, é minoritário e não possibilita o controle societário. Essas entidades têm sido denominadas de *sociedades de mera participação do Estado* e, além de não integrarem a Administração Pública, não são consideradas sociedades de economia mista.[1416]

Diversa é a composição do capital das empresas públicas. Nestas só é admissível que participem do capital *pessoas administrativas,* seja qual for seu nível federativo ou sua natureza jurídica (pública ou privada). Terão que ser pessoas integrantes da Administração Pública. Em consequência, estão impedidas de participar do capital as pessoas da iniciativa privada, sejam elas físicas ou jurídicas. Inicialmente, o Decreto-lei nº 200/67 previa que o capital fosse exclusivo da União (art. 5º, II). Posteriormente, o Decreto-lei nº 900/69 alterou em parte o dispositivo, passando a dispor que, *"desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios".*[1417]

Observa-se, assim, que a lei não admitiu a presença de pessoas da iniciativa privada no capital da empresa pública.

8.2. A Forma Jurídica

Outra diferença reside na forma com a qual as entidades se apresentam na

ordem jurídica.

As sociedades de economia mista devem ter a forma de *sociedades anônimas,* tal como mencionado no conceito legal do Decreto-lei nº 200/67. Por terem essa forma societária, própria do direito privado, as sociedades de economia mista são reguladas, basicamente, pela lei das sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15/12/1976), na qual consta capítulo específico para sua disciplina.[1418]

Já em relação às empresas públicas, a dicção do Decreto-lei nº 200/67 é no sentido de que elas podem *revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.* A lei, como se pode ver, deu a esta categoria de pessoas administrativas maior amplitude para fazer-se presente na ordem jurídica. Emana de tal abrangência que, pelo permissivo legal, podem as empresas públicas ser *unipessoais,* quando o capital pertence exclusivamente à pessoa instituidora,[1419] ou *pluripessoais,* quando, além do capital dominante da pessoa criadora, se associam recursos de outras pessoas administrativas. Trata-se, portanto, de mecanismo que oferece ampla margem de escolha ao Poder Público quando procede à sua criação. A despeito da permissividade legal, não será admissível constituir empresas públicas sob formas anômalas e incompatíveis com a sua natureza, objeto e finalidades.

Como a lei facultou que empresas públicas possam revestir-se *de qualquer das formas* admitidas em direito, convém distinguir entre as entidades federais, de um lado, e as estaduais, distritais e municipais, de outro. Sendo a União competente para legislar sobre direito civil e comercial (art. 22, I, CF), só a lei federal poderia instituir empresa pública sob nova forma jurídica; o fato poderia ocorrer então com empresas públicas federais. Contrariamente, as entidades vinculadas aos demais entes federativos, ao serem instituídas, devem observar as formas jurídicas que a legislação federal já disponibilize.[1420]

8.3. O Foro Processual para Entidades Federais

A Constituição Federal privilegiou as empresas públicas federais no que se refere ao foro das ações em que figuram como autoras, rés, assistentes ou oponentes. Segundo o art. 109, I, da CF, as empresas públicas federais, quando nessas posições processuais, têm seus litígios processados e julgados pela Justiça Federal.

A despeito do foro federal destinado às empresas públicas federais, pode

ocorrer que certas situações processuais exijam sua participação na Justiça Estadual. O STJ, por exemplo, já deixou assentado que *"o protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal"* (Súmula nº 270). A expressão *"ente federal"*, embora possa suscitar alguma dúvida quanto ao sentido, abrange as empresas públicas, tanto quanto as autarquias e fundações autárquicas, todas elas pessoas da Administração Indireta da União e, por conseguinte, consideradas entes federais.

As sociedades de economia mista, de outro lado, têm suas ações processadas e julgadas na Justiça Estadual, já que a Constituição silenciou sobre elas no aludido dispositivo. O Supremo Tribunal Federal chegou, inclusive, a definir essa posição na Súmula nº 517, só admitindo o deslocamento para a Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou opoente. O mesmo se passa quando a União é sucessora de sociedade de economia mista.[1421] Fora daí, os litígios devem ser deduzidos na Justiça Estadual. Na Súmula nº 556, aliás, o Pretório Excelso deixou assentado que *"é competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista"*. No mesmo sentido a Súmula nº 42 do Superior Tribunal de Justiça.

A nosso ver, nada justifica essa diferença. Na verdade, inexiste qualquer razão especial para que as empresas públicas federais litiguem na Justiça Federal. Pessoas privadas que são e extremamente aproximadas às sociedades de economia mista, deveriam, juntamente com estas, ter seus processos no foro da Justiça Estadual. Haveria, no mínimo, maior coerência se assim fosse estabelecido.

Observe-se, porém, que a citada diferença abrange apenas as empresas públicas *federais*. As empresas públicas estaduais e municipais litigarão na Justiça Estadual no juízo assim fixado na lei de organização judiciária do respectivo Estado.

Quanto aos litígios trabalhistas, a eles nos referiremos no tópico relativo ao pessoal (item nº 10).

9. Patrimônio

Os bens que passam a integrar, inicialmente, o patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista provêm geralmente da pessoa federativa instituidora. Esses bens, enquanto pertenciam a esta última, tinham a qualificação de bens públicos. Quando, todavia, são transferidos ao patrimônio daquelas entidades, passam a caracterizar-se como *bens privados*, sujeitos à sua

própria administração. Sendo bens privados, não são atribuídas a eles as prerrogativas próprias dos bens públicos, como a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a alienabilidade condicionada etc.

Registre-se, entretanto, que alguns estudiosos advogam o entendimento de que são *bens públicos de uso especial* (ou *com destinação* especial) aqueles de que se socorrem essas entidades quando preordenadas à prestação de determinado serviço público.[1422] Permitimo-nos, contudo, dissentir desse pensamento. O fato de estarem alguns bens de tais entidades afetados à eventual prestação de serviços públicos *não os converte em bens públicos*, pois que nenhuma ressalva em tal sentido mereceu previsão legal. A situação é a mesma que ocorre com bens de concessionários e permissionários de serviços públicos. Podem, é certo, receber uma ou outra proteção especial em virtude de sua afetação, mas isso não os transforma em bens públicos. Por isso, melhor é que, em semelhante situação, sejam classificados de *bens privados com destinação especial*. Quanto aos bens que não estejam diretamente a serviço do objetivo público da entidade, não há dúvida consistente: trata-se de *bens privados*. Idêntica classificação têm os bens de empresas públicas e sociedades de economia mista quando exploram atividade econômica.

A questão da *impenhorabilidade dos bens* dessas entidades tem gerado profunda confusão e decisões divergentes. Anteriormente, o entendimento era o de que tais bens não poderiam ter semelhante privilégio, ante o disposto no art. 173, § 1º, II, da CF, ainda que lei anterior *indevidamente* o garantisse, sendo de considerar-se que a norma não teria sido recepcionada pela atual Constituição.[1423] Posteriormente, contudo, adotou-se entendimento diametralmente oposto, qual seja, o de que a Constituição teria recepcionado dispositivos de lei anterior que continha o privilégio.[1424] *Concessa venia*, ousamos discordar de semelhante pensamento. O sistema de precatório é aplicável apenas à Fazenda Pública (art. 100, CF), e no sentido desta evidentemente não se incluem pessoas administrativas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista. A extensão da aplicabilidade do sistema a tais entidades provoca irreversível prejuízo aos seus credores, já que se trata de mecanismo injusto e anacrônico, ao mesmo tempo em que beneficia devedores paraestatais recalcitrantes. Provoca também inegável perplexidade na medida em que o devedor privilegiado é *pessoa jurídica de direito privado*... Não obstante, tal posição não é pacífica, havendo, inclusive, decisões

judiciais em sentido contrário.[1425]

O Código Civil vigente – diga-se de passagem – dissipou quaisquer dúvidas a respeito, dispondo que são públicos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público e particulares todos os demais, seja qual for a pessoa a que pertencerem (art. 98). Por conseguinte, se aquelas entidades têm personalidade jurídica de direito privado, seu patrimônio há de caracterizar-se como privado.[1426]

É oportuno consignar que a Lei nº 6.404/76, que regula as sociedades anônimas, já admitia expressamente, no art. 242, a penhora de bens pertencentes a sociedades de economia mista, o que demonstrava total incompatibilidade com o regime de bens públicos e, ao contrário, indicava claramente que se trata de bens privados, vale dizer, despidos das prerrogativas especiais atribuídas aos bens públicos. Mesmo com a revogação do citado dispositivo pela Lei nº 10.303, de 31/10/2001, permanece a caracterização. E por mais de uma razão. A uma, porque nenhum privilégio quanto a esses bens se encontra na vigente Constituição; a duas, porque o novo Código Civil só caracteriza como bens públicos os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno (art. 98), o que não é o caso de sociedades de economia mista e empresas públicas.

A administração dos bens, incluindo conservação, proteção e os casos de alienação e oneração, é disciplinada pelos estatutos da entidade. Nada impede, porém, que em determinados casos a lei (até mesmo a lei autorizadora) trace regras específicas para os bens, limitando o poder de ação dos administradores da empresa. No silêncio da lei, entretanto, vale o que estipularem o estatuto da empresa e as resoluções emanadas de sua diretoria.

No caso de extinção da entidade, a regra é que, liquidadas as obrigações por ela assumidas em face de terceiros, o patrimônio seja incorporado à pessoa controladora, qualificando-se então como públicos esses bens após a incorporação.

10. Pessoal

O pessoal das empresas públicas e das sociedades de economia mista se submete ao regime trabalhista comum, cujos princípios e normas se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma entre os empregados e aquelas pessoas administrativas tem natureza *contratual,*

já que atrelados por contrato de trabalho típico. Lembre-se que esse regime jurídico já vem previsto na Constituição, quando ficou definido que se aplicariam àquelas entidades o mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e *trabalhistas* (art. 173, § 1º).[1427]

Sendo contratual o regime, os litígios entre os empregados e as entidades, decorrentes das relações de trabalho, serão processados e julgados na Justiça do Trabalho, como estabelece o art. 114 da Constituição Federal.

O ingresso desses empregados deve ser precedido de aprovação em concurso público, tal como previsto no art. 37, II, da Carta da República. Alguns autores sustentam que é dispensável o concurso se a entidade apenas explora atividade econômica, ou que a exigência constitucional deve ao menos ser atenuada.[1428] Não comungamos com esse entendimento, visto que a exigência constitucional não criou qualquer diferença entre esta ou aquela entidade da Administração Indireta e, se não há restrição, não cabe ao intérprete criá-la em descompasso com o mandamento legal.[1429]

Para esses empregados não incidem as regras protetivas especiais dos servidores públicos, como, por exemplo, a estabilidade estatutária. Mesmo tendo sido aprovados por concurso, incidem as regras da CLT que disciplinam a formação e a rescisão do contrato de trabalho.[1430]

Outras regras se aplicam aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista:

a) não podem acumular seus empregos com cargos ou funções públicas (art. 37, XVII, CF);
b) são equiparados a funcionários públicos para fins penais (art. 327, § 1º, CP); registre-se, contudo, que a referência do dispositivo a servidores de "*entidades paraestatais*" – expressão, como vimos, plurissignificativa – tem provocado alguma dúvida na jurisprudência sobre a equiparação de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, mas domina o entendimento de que são mesmo equiparados a servidores públicos, o que é absolutamente correto, eis que, com a redação da Lei nº 9.983/2000, o art. 327, § 1º, equiparou também a servidores públicos os empregados de empresa prestadora de serviço *contratada ou conveniada* para a execução de atividade típica da Administração; ora, se tais

empregados são equiparados, com maior suporte o serão os empregados daquelas pessoas administrativas;[1431] e

c) são considerados agentes públicos para os fins de incidência das diversas sanções na hipótese de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

11. Atos e Contratos

Como regra, os atos praticados por essas entidades são atos jurídicos de direito privado, sendo, portanto, submetidos às regras do Direito Civil e Empresarial, fato consentâneo com o tratamento constitucional dado à matéria (art. 173, § 1º).

Algumas dessas pessoas, porém, exercem atividades delegadas da respectiva Administração Direta. Sendo assim, os atos jurídicos praticados no exercício da função delegada hão de considerar-se atos administrativos e, portanto, suscetíveis de controle através de mandado de segurança (art. 1º, § 1º, Lei nº 12.016/2009) e ação popular (Lei nº 4.717/65). Como vimos, a jurisprudência admite o mandado de segurança contra ato praticado em licitação, considerando o agente de tais entidades como autoridade coatora, por exercer função decorrente de princípio constitucional, o da obrigatoriedade de licitação (art. 37, XXI, CF).[1432] A matéria, inclusive, já foi consagrada em súmula no Superior Tribunal de Justiça. [1433]

Não obstante, os ajustes firmados por essas entidades tendo por objeto a delegação de algumas de suas atividades institucionais têm sido considerados *contratos de direito privado*, regidos basicamente pelas normas do direito civil e empresarial, e só subsidiária e excepcionalmente por normas de direito público.

É o que sucede, por exemplo, com o *contrato de franquia postal*, agora regulado pela Lei nº 11.668, de 02.05.2008, pelo qual a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos delega a particulares o desempenho de atividades auxiliares concernentes ao serviço postal, com os objetivos, dentre outros, de oferecer maior comodidade aos usuários e melhorar o atendimento à população.[1434] Segundo dispõe o art. 3º desse diploma, tal contrato é regido subsidiariamente pelas Leis nºs 10.406/2002 (Código Civil), 8.955/94 (regula a franquia empresarial) e 8.666/93 (Estatuto de Contratos e Licitações). Significa que o legislador enquadrou o ajuste, em seu delineamento básico, como *contrato de direito privado*, regido – como é fácil

observar – por normas de direito civil e empresarial. Somente por exceção incidem normas derrogatórias de direito público, como, v.g., a que exige, nas licitações, o critério de julgamento previsto no art. 15, IV, da Lei nº 8.987/95 (concessões de serviços públicos)[1435] e a que determina a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.[1436] Malgrado tais exceções, a relação contratual em si é eminentemente de direito privado, apropriada, desse modo, para contratações de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os contratos celebrados por essas paraestatais deveriam ser caracterizados como contratos de direito privado, pois que no campo do direito obrigacional nada há que justifique algum tratamento especial que as distinga das demais pessoas de direito privado. A Lei nº 8.666/93, porém, sem fazer qualquer distinção sobre as atividades de empresas públicas e sociedades de economia mista, determinou expressamente que ambas, dentre outras pessoas administrativas, ficariam sujeitas ao regime nela instituído (art. 1º, parágrafo único). Como a lei é reguladora, basicamente, de contratos administrativos (art. 1º), a conclusão é a de que o legislador quis realçar o aspecto de se tratar de pessoas da Administração Indireta, tendo como contratos administrativos os ajustes firmados pelas paraestatais.[1437]

A licitação é obrigatória também para empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme expressa o art. 2º da Lei nº 8.666/93, que nesse ponto guarda compatibilidade com o disposto no art. 37, XXI, da CF. O Estatuto dos Contratos e Licitações, todavia, abre ensejo a que as entidades editem regulamentos próprios, publicados e aprovados pela autoridade de nível superior, os quais deverão observar, no entanto, as regras básicas do Estatuto.[1438]

Não obstante, o art. 37, XXI, da CF, como já vimos nos capítulos relativos a contratos administrativos e licitações, sofreu alteração pela EC nº 19/98, e sua nova redação, conjugada com a do art. 173, § 1º, III, da CF, indica que o Constituinte previu a edição de lei, denominada de estatuto, para o fim de estabelecer regras específicas para contratações e licitações pertinentes a tais entidades. Sendo editada essa lei, só supletivamente incidirão as normas da Lei nº 8.666/93.[1439]

12. Falência e Execução

A matéria referente à falência e execução de sociedades de economia mista e

empresas públicas tem sido objeto de acirrada polêmica na doutrina e de variados enfoques na legislação.

A Lei nº 6.404, de 15.12.76, que regula as sociedades anônimas, era expressa no sentido de que as sociedades de economia mista não se sujeitavam ao regime de falência, mas, no caso de débitos, aplicavam-se as normas reguladoras do processo de execução previstas no Código de Processo Civil; em consequência, seus bens eram suscetíveis de penhora para garantir o direito dos credores (art. 242). O dispositivo, porém, foi revogado pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001, que introduziu sensíveis alterações na Lei nº 6.404/76.

Já anteriormente à revogação do art. 242 da Lei 6.404/76, os estudiosos se dividiam quanto à incidência do regime de falência em relação às sociedades de economia mista. Sustentavam alguns que a norma não teria sido recepcionada pelo art. 173, § 1º, da Constituição de 1988, segundo o qual tais entidades, quando exploram *atividade econômica*, equiparam-se às empresas privadas no que concerne aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Com a revogação, ficava claro que o legislador acabara por ceder a tal entendimento, passando a admitir a decretação de falência no caso de insolvência dessas entidades. De acordo com nosso entendimento, porém, que corroborava essa posição, estariam excluídas do regime falimentar as sociedades de economia mista *prestadoras de serviços públicos*, e isso por mais de uma razão. A uma, porque o regime jurídico dessa categoria não se inseria no citado art. 173, § 1º, da CF, pertinente apenas às sociedades de economia mista voltadas à atividade econômica e de natureza empresarial. A duas, porque deveria prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo admissível que a sociedade se visse prejudicada pela má gestão dos responsáveis pela entidade e pela cessação da atividade em virtude da decretação da falência.

No que se refere às empresas públicas, a Lei 6.404/76 sempre foi omissa quanto a seu regime, levando os especialistas a posições diferentes quanto à questão da falência. Para alguns, cabia a decretação de falência, exceto se a entidade fosse prestadora de serviço público, posição que nos parecia a mais consentânea com o regime jurídico dessa categoria.[1440] Para outros, seria sempre admissível o regime falimentar.[1441]

Com o advento da Lei nº 11.101, de 9.2.2005, que regula a recuperação

judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária e revoga o vetusto Decr.-lei nº 7.661/45, a matéria, ao menos em termos de direito positivo, ficou definida. Dispõe o art. 2º, inc. I, do referido diploma, que a lei não se aplica a empresa pública e sociedade de economia mista. Como o legislador foi peremptório a respeito e não distinguiu as atividades de tais entidades, deve concluir-se que não se aplica o regime falimentar a essas pessoas paraestatais, *independentemente da atividade que desempenhem*. Sejam, pois, prestadoras de serviços públicos ou voltadas a atividades econômicas empresariais, estão excluídas do processo falimentar aplicável às sociedades empresárias do setor privado em geral.

Em nosso entendimento, não foi feliz (para dizer o mínimo) o legislador nessa opção. De plano, o dispositivo não parece mesmo consentâneo com a *ratio* inspiradora do art. 173, § 1º, da Constituição. De fato, se esse mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa obviamente a nova lei de falências, parece incongruente admitir a falência para estas últimas e não a admitir para aquelas: seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional. Na verdade, ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade. Além disso, se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar. Desse modo, se justificável era a exclusão dessas entidades quando prestadoras de serviços públicos, não há justificativa plausível para descartar também as que exploram atividade meramente econômica.

O regime de execução e penhora continua sendo aplicável a empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente da atividade que desempenhem. A revogação do art. 242 da Lei 6.404/76, que dispunha expressamente sobre a aplicabilidade, em nada afetou a incidência do regime sobre as entidades. Resulta daí que, munido de título executivo judicial ou extrajudicial, o credor pode ajuizar normalmente a ação de execução; e, não pago o débito no prazo legal, deve o juiz ordenar a penhora dos bens necessários à garantia do juízo e do credor. É de considerar-se, aliás, que os bens pertencentes a essas pessoas paratestatais se caracterizam como *bens privados*, como deixou claro o art. 98 do

Código Civil, já que ambas são dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Assim sendo, nenhuma razão existe para que não sejam sujeitas ao processo de execução e ao regime de penhora previstos no Código de Processo Civil.

Quanto a esse aspecto, aliás, começam a surgir, aqui e ali, decisões que põem em evidente risco o direito dos credores de tais entidades administrativas. Já vimos anteriormente que empresa pública teve seus bens considerados impenhoráveis apenas porque lei (editada antes da Constituição) assim dispunha, sendo-lhe garantido o pagamento por meio do vetusto e anacrônico sistema de precatórios. [1442] Depois, entendeu-se que empresa pública teria direito a imunidade tributária, como se fosse pessoa de direito público.[1443] Ultimamente, decisão suspendeu a penhora de recursos financeiros de sociedade de economia mista pelo fato de: 1º) prestar serviço público essencial (metroviário); 2º) a penhora recair sobre receitas vinculadas ao custeio do serviço; 3º) ter-se que observar o princípio da continuidade do serviço público.[1444]

Em relação às sociedades de economia mista, a discussão tem gravitado em torno da possibilidade ou não de se lhes aplicar o regime de precatórios. De um lado, sustentam alguns ser aplicável, desde que tais entidades executem serviço público, hipótese em que se enquadrariam na expressão *"Fazenda Pública"*. De outro, advoga-se a inaplicabilidade, sob o argumento central de que, se a atividade comporta competição, estaria prejudicado o sistema constitucional da concorrência. [1445] Em nosso entendimento, todavia, em nenhuma hipótese se poderia aplicar o regime de precatórios a sociedades de economia mista e, ademais, parece incongruente, ilógico e inconstitucional considerá-las como pessoas fazendárias, como ocorre com os entes de direito público.

Em nosso entender, tais precedentes são perigosos e estimulam condutas abusivas por parte de empresas que se valem da condição de integrarem administração indireta para não solver os débitos que têm para com seus credores. Ainda que executem serviço público, tais privilégios as colocam em nível de desigualdade em relação a outros prestadores de serviços públicos, não qualificados como pessoas administrativas. Se, de um lado, é razoável admitir a inviabilidade da decretação de falência (note-se: para entidades administrativas prestadoras de serviços públicos), por outro não se justifica garantir-lhes a impenhorabilidade dos bens quando são rés em processo de execução. Não havendo mais situação que

permita a penhora de bens ou rendas, a hipótese será a de encampação da entidade pela pessoa federativa controladora, circunstância que não comprometerá o princípio da continuidade do serviço público. O que raia ao absurdo é conferir ao Estado dupla vantagem: admitir que crie pessoas de direito privado e, ao mesmo tempo, lhes dispense tratamento privilegiado como se fosse o próprio Estado. Enfim, tudo isso decorre do confuso sistema que incide sobre sociedades de economia mista e empresas públicas.

Aplicam-se, quando são partes tais entidades, as normas processuais concernentes aos efeitos da sentença que determina o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, CPC), obrigação de entregar coisa certa (art. 461-A, CPC) e obrigação por quantia certa (com base em título judicial), esta regulada pelos arts. 475-I a 475-R, do Código de Processo Civil, com as alterações inseridas pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005 (com vigor após seis meses da publicação, ocorrida em 23.12.2005). Por via de consequência, a execução por quantia certa fundada em título judicial contra as referidas pessoas não mais se formaliza por processo autônomo, representando atualmente apenas a fase final do processo de conhecimento. De outro lado, o questionamento que venham a suscitar na fase de execução será oposto por meio de *impugnação* (art. 475-J, § 1º, do CPC), e não mais pelo tradicional oferecimento de *embargos do devedor*. Como já vimos anteriormente, o sistema de embargos do devedor em processo autônomo continua aplicável a autarquias e fundações autárquicas, estas consideradas *Fazenda Pública*, destinatária agora das normas previstas nos arts. 741 a 743, do já citado estatuto processual.

No caso de ser necessária a *penhora* para garantir o direito do credor, aplica-se o art. 678, do Cód. Proc. Civil, segundo o qual aquele ato se fará, conforme o valor do crédito, sobre a renda, determinados bens ou sobre todo o patrimônio, devendo o juiz nomear como depositário, preferentemente, um dos diretores da entidade. Em que pese ter o dispositivo feito alusão a empresa "*que funcione mediante concessão ou autorização"*, é de considerar-se que empresas públicas e sociedades de economia mista se enquadram na hipótese, pois que, na verdade, são instituídas por *autorização legal* (art. 37, XIX, CF). Recaindo a penhora sobre a renda ou determinados bens, caberá ao diretor depositário apresentar a forma de administração e o regime de pagamento, como prevê o art. 678. parágrafo único, do mesmo Código.

13. Responsabilidade Civil

No ordenamento jurídico vigente, existem dois planos de responsabilidade civil: a responsabilidade civil de direito privado, cujas regras se encontram no Código Civil,[1446] fundada na teoria da responsabilidade subjetiva, e a responsabilidade de direito público, prevista no art. 37, § 6º, da CF (e agora também no art. 43 do novo Código Civil), que consagra a teoria da responsabilidade objetiva.

Em relação a esta última, dispõe o referido artigo que a ela se submetem as pessoas jurídicas de direito público e *as de direito privado prestadoras de serviços públicos.* Essa última expressão, acrescentada pela vigente Constituição, tem provocado algumas dúvidas quanto à sua real aplicabilidade.

Como a Constituição não se referiu à *administração indireta,* nem fez menção expressa a sociedades de economia mista e empresas públicas, parece-nos que o dado jurídico desejado pelo Constituinte para enquadramento na norma foi mesmo o fato de a entidade prestar serviço público. Aqui, portanto, temos que nos curvar ao exame da atividade exercida pelas citadas entidades, embora todas, em sentido lato, exerçam atividade econômica. Se o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional não incidirá; em consequência, a responsabilidade será a subjetiva, regulada pela lei civil. Se, ao contrário, executarem serviços públicos típicos, tais entidades passam a ficar sob a égide da responsabilidade objetiva prevista na Constituição. Essa é que nos parece a melhor interpretação para o art. 37, § 6º, da CF, sem embargo de opiniões em contrário.

Por último, cabe salientar que, seja qual for a natureza da sociedade de economia mista ou da empresa pública, o Estado, vale dizer, a pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades, é sempre responsável *subsidiário* (não solidário!). Significa dizer que, somente se o patrimônio dessas entidades for insuficiente para solver os débitos, os credores terão o direito de postular os créditos remanescentes através de ação movida contra a pessoa política controladora. O tema também tem enfrentado algumas divergências entre os juristas especializados.[1447]

VI. Fundações Públicas

1. Introdução

A fundação, como pessoa jurídica oriunda do direito privado, se caracteriza pela circunstância de ser atribuída personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a certo fim social. Trata-se de uma das categorias das pessoas jurídicas de direito privado, estando reguladas nos arts. 62 a 69 do Código Civil.

Esse tipo de entidade não pode abstrair-se da figura daquele que faz a dotação patrimonial – o instituidor – e, embora a lei civil não seja expressa, é também inerente às fundações sua finalidade social, vale dizer, a perseguição a objetivos que, de alguma forma, produzam benefícios aos membros da coletividade. Essa finalidade as distancia de alvos que visem à percepção de lucros, deixando-as em agrupamento diverso daquele em que se encontram, por exemplo, as sociedades comerciais. Pode mesmo dizer-se que são essas as características básicas das fundações:

1) a figura do instituidor;
2) o fim social da entidade; e
3) a ausência de fins lucrativos.

Foi com esse parâmetro que nasceram as fundações públicas, sem alteração, inclusive, dos citados elementos básicos caracterizadores. Mudança, na verdade, temos apenas na natureza do instituidor, que agora passou a ser o Estado. Desse modo, podemos considerar, já de início, uma primeira divisão para as fundações:

1) *as fundações privadas,* instituídas por pessoas da iniciativa privada; e
2) *as fundações públicas,* quando o Estado tiver sido o instituidor.

Na prática, várias têm sido as denominações atribuídas às fundações públicas: *fundações instituídas pelo Poder Público, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público* (art. 71, III, CF), *fundações controladas pelo Poder Público* (art. 163, II, CF), *fundações sob controle estatal* (art. 8º, § 5º, ADCT, CF), *fundações públicas* (art. 19, ADCT, CF), *fundações governamentais* e outras do gênero. O rótulo não tem grande importância. O ponto que deve ser lembrado é realmente o de que essas fundações são criadas pelo Poder

Público, que, por isso mesmo, assume o papel de instituidor das entidades.

2. A Polêmica sobre a Natureza Jurídica das Fundações

A grande discussão que se tem travado, há algum tempo, sobre as fundações públicas diz respeito à natureza jurídica das entidades. Está longe ainda o momento de pacificação dos diversos pensamentos que tratam da questão da personalidade jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público, o que é realmente lamentável. Como se verá adiante, a discussão nada acrescenta ao tecnicismo jurídico, mas, ao contrário, cria grande confusão no meio jurídico, nos Tribunais e no próprio seio da Administração, provocando claramente, como já tivemos oportunidade de presenciar, algumas reações irônicas por parte daqueles aos quais é apresentada a discussão.

Há duas correntes sobre a matéria.

A primeira, hoje dominante, defende a existência de dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, aquelas ostentando personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras *autarquias*, razão por que são denominadas, algumas vezes, de *fundações autárquicas* ou *autarquias fundacionais*. Seriam elas uma espécie do gênero *autarquias*.[1448]

O STF optou por esse entendimento, quando deixou assentado que *"nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal"*.[1449]

A segunda corrente advoga a tese de que, mesmo instituídas pelo Poder Público, as fundações públicas têm sempre personalidade jurídica de direito privado, inerente a esse tipo de pessoas jurídicas. O fato de ser o Estado o instituidor não desmente a caracterização dessas entidades, até porque é o Estado quem dá criação a sociedades de economia mista e a empresas públicas, e essas entidades, como já visto, têm personalidade jurídica de direito privado.

Essa era a opinião clássica de HELY LOPES MEIRELLES, para quem

constituía uma *contradictio in terminis* expressões como *autarquias fundacionais* ou *fundações públicas,* explicando que se a entidade era uma fundação estaria ínsita sua personalidade privada e que, se era uma autarquia, a personalidade seria de direito público. Advertia o saudoso jurista que *"uma entidade não pode, ao mesmo tempo, ser fundação e autarquia; ser pessoas de direito privado e ter personalidade de direito público!* E rematava: *o fato de o Estado servir-se de instituto de direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura a instituição civil em entidade pública, nem autarquiza esse meio de ação particular".*[1450]

Com o advento da Constituição de 1988, o autor passou a entender que a referência a *fundações públicas* e denominações análogas permitia inferir que tais entidades teriam personalidade de direito público. Apesar disso, mostrava ainda certo inconformismo em relação à posição adotada pelo STF: *"Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos".*[1451]

Vários autores perfilham o entendimento de que as fundações instituídas pelo Poder Público teriam personalidade de direito privado.[1452]

Em nosso entender, sempre nos pareceu mais lógico e coerente o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES. Na verdade, causa grande estranheza que uma fundação criada pelo Estado se qualifique como pessoa de direito público, ainda mais quando se sabe que o recurso do Poder Público a esse tipo de entidade de direito privado visava a possibilitar maior flexibilidade no desempenho de atividades sociais exatamente iguais às colimadas pelas fundações instituídas por particulares. Causa também grande confusão e parece bastante incongruente a caracterização das fundações públicas como espécie do gênero autarquia. Ora, se uma entidade tem personalidade jurídica de direito público e se reveste de todos os elementos que formam o perfil das autarquias, seria muito mais razoável que não fosse ela denominada de *fundação,* mas sim de *autarquia.* E, assim, há que se chegar necessariamente à conclusão de que existem fundações que são autarquias e fundações que não o são... Realmente, nota-se um semblante de perplexidade em todos aqueles que passam a conhecer esse tipo de distinção adotada pela maior parte da doutrina.

A hesitação alcança também o próprio Judiciário. Em recente ação movida contra a Fundação Nacional de Saúde – FNS, instituída pelo Governo Federal, o

Juiz da 2ª Vara Federal de Sergipe declinou de sua competência para a Justiça Estadual, que também se julgou incompetente. Suscitado o conflito negativo, foi ele decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que indicou, como competente, o juiz estadual. Em Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do STJ, declarando a competência da Justiça Federal. Flagrante a hesitação, eis a ementa da decisão:

> "*Fundação Pública – Autarquia – Justiça Federal.*
>
> 1. *A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público.*
> 2. *Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I, da Const. Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua natureza jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias.*
> 3. *Ainda que o art. 109, I da Const. Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia.*
> 4. *Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal".*[1453]

Não é difícil observar, pelo texto da própria ementa, que inexiste precisão absoluta para a caracterização desse tipo de fundações. Por outro lado, o enquadramento dessas fundações como categoria-espécie do gênero autarquias é feito por similitude, já que reconhecidamente a Constituição não alude à categoria fundacional no art. 109, I.

De qualquer modo, são quatro os fatores diferenciais trazidos pelo STF para a distinção entre as fundações governamentais de direito público e as de direito privado:

a) desempenho de serviço estatal;

b) regime administrativo;

c) finalidade; e

d) origem dos recursos.

O primeiro fator nos parece frágil, pois que tanto as primeiras como as últimas sempre exercem atividade qualificada como serviço público. O regime administrativo não é causa da distinção, mas efeito dela; de fato, o regime será um ou outro conforme se qualifique, como premissa, a fundação como inserida nesta ou naquela categoria, sendo, pois, insatisfatório esse fator distintivo. A finalidade é rigorosamente a mesma para ambas, ou seja, a execução de serviço público não lucrativo. Aliás, nem há propriamente distinção de finalidade entre fundações públicas e autarquias. Sendo assim, o único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de diferenciação reside na origem dos recursos, admitindo-se que serão fundações estatais de direito público aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento da pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, ao passo que de direito privado serão aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros.[1454]

Como nos mais diversos exemplos que se têm verificado, seja em nível federal, seja em nível estadual, distrital e municipal, as fundações governamentais dependem diretamente do orçamento público e subsistem à custa dos recursos públicos oriundos do erário da respectiva pessoa política que as controla, será forçoso reconhecer que, à luz da distinção acima, restaram poucas dentre as fundações públicas que podem ser qualificadas como fundações governamentais de direito privado.[1455]

Há um outro aspecto diferencial que deverá marcar a distinção entre as duas categorias fundacionais. As fundações governamentais de direito privado são adequadas para a execução de *atividades não exclusivas do Estado,* ou seja, aquelas que são também desenvolvidas pelo setor privado, como saúde, educação, pesquisa, assistência social, meio ambiente, cultura, desporto, turismo, comunicação e até mesmo previdência complementar do servidor público (art. 40, §§ 14 e 15, da CF). Para *funções estatais típicas* a fundação deverá ser pessoa de direito público, já que somente esse tipo de entidade detém *poder de autoridade* (potestade pública), incompatível para pessoas de direito privado.

2.1. Conceito no Decreto-lei nº 200/67

Este diploma, por muitos anos, relacionou como pessoas da Administração Indireta federal apenas as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A Lei nº 7.596, de 10/4/1987, porém, acrescentou ao art. 5º do Decreto-lei nº 200/67 o inciso IV, pelo qual as fundações públicas passaram a integrar, ao lado daquelas, a Administração Indireta. Vejamos o teor do dispositivo:

> *"Fundação pública – 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".*

Complementando a inovação, a mesma lei criou o § 3º do art. 5º do Decreto-lei 200/67, explicitando 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 de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações".*

Não parece haver dúvida de que o legislador tinha em mente a já consolidada ideia relativa às fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de direito privado, dotada de muitos pontos de assemelhação com as fundações criadas pela iniciativa privada, inclusive quanto à aquisição da personalidade jurídica através do registro do ato constitutivo. Desse modo, é indiscutível que as entidades introduzidas na Administração Indireta se caracterizam como fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado e com sua configuração estrutural básica regulada pelo Direito Civil.[1456]

A Constituição de 1988 por várias vezes se referiu às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas em nenhum momento tratou de sua personalidade jurídica. Sendo assim, tem-se que as fundações públicas de direito privado, previstas no Decreto-lei nº 200/67, não guardam qualquer incompatibilidade com as regras constitucionais, o que permite inferir que a regra que as definiu tem inteira eficácia.

Em compensação, o lamentável dilema continua provocando uma pergunta:

afinal, por que tanta confusão e incoerência no trato das fundações instituídas pelo Estado?

2.2. O Tratamento da Matéria

Em virtude da posição dicotômica, majoritária como já dissemos, não teremos outra forma de tratar das fundações, que não a de sempre distinguir as fundações públicas de direito privado, de um lado, e as de direito público, de outro, estas últimas consideradas como espécies das autarquias.

Relembre-se, por oportuno, que, por serem uma espécie de autarquias, as fundações de direito público receberão o influxo das mesmas prerrogativas e especificidades atribuídas àquela categoria de pessoas administrativas.

3. Característica Fundamental

As fundações foram inspiradas pela intenção do instituidor de dotar bens para a formação de um patrimônio destinado a atividades pias, sociais, beneficentes. O novo Código Civil delimitou os objetivos fundacionais catalogando-os em quatro modalidades: fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (art. 62, parágrafo único).[1457] Tais finalidades – é oportuno considerar – devem ser interpretadas em sentido lato, como ocorre principalmente com os fins culturais ou assistenciais; interpretá-las em sentido estrito significaria violar a vontade do instituidor e a própria natureza do instituto fundacional. O que se exige é que tenham *objetivos sociais*, e não de caráter econômico ou empresarial. Como já acentuou reconhecida doutrina, releva constatar que a entidade beneficia pessoas de forma desinteressada, sem qualquer finalidade lucrativa.[1458]

Desse modo, é de se reconhecer que tal objetivo não pode comportar o intuito de obtenção de lucros, assim havidos como a parcela de rendimentos que decorre das atividades de caráter econômico. O lucro é somente compatível com as sociedades civis e comerciais que visem, na verdade, a distribuir tais rendimentos a seus sócios.

Não é o caso das fundações. São elas entidades de fins não lucrativos e se, em sua atividade, houver valores que ultrapassem os custos de execução, tais valores não se configurarão tipicamente como lucro, mas sim como *superavit,* necessário ao pagamento de novos custos operacionais, sempre com o intuito de melhorar o atendimento dos fins sociais. Nelas, portanto, o aspecto social sobreleva ao fator

econômico.

A definição legal das fundações, contida, como vimos, no art. 5º, inc. IV, do Decreto-lei 200/67, indica expressamente a característica dos fins não lucrativos. A despeito de a referência constar da conceituação das fundações públicas com personalidade de direito privado, aplica-se também às fundações autárquicas, já que idênticos os objetivos de ambas as categorias.

4. Objeto

Os fins a que se destinam as fundações públicas são sempre de caráter social e suas atividades se caracterizam como serviços públicos. Por esse motivo, jamais poderá o Estado instituir fundações públicas quando pretender intervir no domínio econômico e atuar no mesmo plano em que o fazem os particulares; para esse objetivo, já se viu, criará empresas públicas e sociedades de economia mista.

O comum é que as fundações públicas se destinem às seguintes atividades:

1) assistência social;
2) assistência médica e hospitalar;
3) educação e ensino;
4) pesquisa; e
5) atividades culturais.[1459]

Vejamos alguns exemplos de fundações da esfera federal: Fundação Escola de Administração Pública; Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; Fundação Casa de Rui Barbosa; Fundação Nacional do Índio; Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; Fundação Nacional de Saúde e outras tantas ligadas à Administração.

Vale a pena tecer uma última consideração sobre o objeto das fundações governamentais. Segundo entendemos, se a fundação pública é instituída com a adoção, basicamente, do regime de direito privado, deverá sujeitar-se ao modelo previsto no Código Civil, inclusive quanto ao objeto, constituído, como vimos, das finalidades a que alude o art. 62, parágrafo único, do novo Código Civil. Não obstante, se se tratar de fundação de direito público, poderá o legislador indicar objeto diverso dos que constam no diploma civilístico. A razão é que tais fundações

têm natureza autárquica, o que permite ao legislador fixar sua finalidade institucional, considerando o interesse público perseguido, naquele caso específico, pela Administração.[1460]

5. Criação e Extinção

Neste tópico, é necessário adequar o que já dissemos a respeito das demais pessoas da Administração Indireta. E, para proceder a essa adequação, temos que distinguir os dois tipos de fundação pública, embora para ambos seja necessária a edição de lei.

No caso de fundações públicas de direito privado, a lei apenas autoriza a criação da entidade. Como bem registra o art. 5º, § 3º, do Decreto-lei nº 200/67, a personalidade dessas fundações é adquirida com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei é autorizadora da criação da entidade, ao passo que o ato de registro é que dá início a sua personalidade jurídica.

Se a fundação pública for de natureza autárquica, ou seja, de direito público, a regra a ser aplicada é a mesma que incide sobre as autarquias, vale dizer, a própria lei dá nascimento à entidade, porque essa é a regra adotada para o nascimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas de direito público.[1461]

A extinção das fundações públicas decorre também de lei, como ocorre com as demais pessoas administrativas. Mas, retornando à distinção, a lei autorizará a extinção de fundações de direito privado e ela mesma extinguirá as de direito público, nesta última hipótese tal como sucede com as autarquias.

O art. 37, XIX, da CF, com a redação da E.C. 19/98, criou inovação quanto às fundações. Reza o dispositivo que somente por *lei específica* pode ser 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*". O mandamento, ao mencionar a *autorização* por lei, só pode ter-se referido às fundações governamentais de direito privado, e isso pela óbvia razão de que as fundações de direito público são diretamente *instituídas* por lei, espécies que são do gênero *autarquias*, como já deixamos anotado anteriormente. Quis o Constituinte, então, atribuir à lei complementar a tarefa de fixar quais os setores aos quais poderão dedicar-se as fundações públicas de direito privado; significa, *a contrario sensu*, que não poderá ser

autorizada a criação desse tipo de fundação fora das áreas indicadas no aludido diploma.

No que concerne a tal previsão, alguns intérpretes advogam o entendimento de que, sem tal lei, não haveria ensejo para as fundações governamentais de direito privado. Discordamos, contudo, dessa linha de opinião: embora de algum tempo para cá esteja havendo uma certa *"publicização"* das fundações, ainda existem algumas que se caracterizam como entidades privadas, com fisionomia mais aproximada àquelas fundações do setor privado. A lei complementar, certamente, definirá, além das áreas de atuação, o regime jurídico básico a ser aplicado, diferenciando-o mais precisamente do que incide sobre as fundações de natureza autárquica – regime esse tipicamente de direito público.

6. Regime Jurídico

Embora já nos tenhamos referido, de passagem, ao regime jurídico das fundações públicas, entendemos, por questão de método, que devemos deixar bem claras as linhas desse regime no que concerne às referidas entidades.

As fundações públicas de direito público não se distinguem, nesse particular, das autarquias: sujeitam-se ao regime de direito público. Em consequência, estarão descartadas as normas de direito privado reguladoras das fundações particulares.

6.1. Prerrogativas

Recebendo o influxo desse quadro normativo, pode-se concluir que as fundações públicas de direito público fazem jus às mesmas *prerrogativas* que a ordem jurídica atribui às autarquias, tanto de direito substantivo, como de direito processual. E nem poderia ser de outro modo, na medida em que são consideradas como espécie do gênero autarquia.[1462] É também a posição adotada pela jurisprudência.[1463]

Em relação às fundações públicas com personalidade de direito privado, temos que reconhecer que a lei criou para elas um regime especial. Na verdade, deveriam elas reger-se, basicamente, pelas normas de direito civil sobre a matéria fundacional, e só supletivamente pelas regras de direito público, principalmente, como vimos oportunamente, na relação que vincula as entidades da Administração Indireta à respectiva Administração Direta. Todavia, o já citado art. 5º, § 3º, do Decreto-lei nº 200/67, embora tenha previsto a aquisição da personalidade jurídica

pelo registro da escritura pública de constituição, consignou que não lhes são aplicáveis *as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações*. Podemos, pois, concluir que o regime jurídico aplicável sobre as fundações públicas de direito privado tem caráter híbrido, isto é, em parte (quanto à constituição e ao registro) recebem o influxo de normas de direito privado e noutra parte incidirão normas de direito público, normas que, diga-se de passagem, visarão a adequar as entidades à sua situação especial de pessoa da Administração Indireta.

No que concerne, porém, às prerrogativas processuais atinentes aos prazos para contestar e recorrer (art. 188, CPC) e ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 475, I e II, CPC), deve entender-se que não incidem sobre as fundações governamentais de direito privado, mas apenas sobre as fundações de direito público por serem espécies de autarquias. O art. 475, I, do CPC, por exemplo, com a alteração que sofreu pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, deixa expresso que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, só produzindo efeito após confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra as pessoas federativas e as respectivas autarquias e *fundações de direito público*. Nota-se, assim, que o legislador pretendeu afastar deliberadamente as fundações de direito privado, ainda que instituídas pelo Poder Público. Numa interpretação sistemática há de se inferir que somente as fundações autárquicas têm a garantia daquelas prerrogativas, o que não ocorre com as fundações privadas, às quais devem ser aplicadas as regras processuais comuns às partes em geral.

6.2. Privilégios Tributários

Dispõe o art. 150, § 2º, da CF que o princípio da imunidade tributária, relativa aos impostos sobre a renda, o patrimônio e os serviços federais, estaduais e municipais (art. 150, VI, "a"), é extensivo *às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.*

Empregando essa expressão, de amplo alcance e sem qualquer restrição, desnecessário se torna, nesse aspecto, distinguir os dois tipos de fundações públicas. Ambas as modalidades fazem jus à referida imunidade, não incidindo, pois, impostos sobre a sua renda, o seu patrimônio e os seus serviços.

7. Patrimônio

Da mesma forma que as autarquias, os bens do patrimônio das fundações

públicas de direito público são caracterizados como *bens públicos*, protegidos por todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico contempla. Para não sermos repetitivos, remetemos o leitor ao mesmo tema, que examinamos na parte relativa às autarquias.[1464]

As fundações públicas de direito privado, contrariamente, têm seu patrimônio constituído de *bens privados,* incumbindo sua gestão aos órgãos dirigentes da entidade na forma definida no respectivo estatuto. Somente se houver na lei autorizadora restrições e impedimentos quanto à gestão dos bens fundacionais é que os órgãos dirigentes deverão obedecer. Fora dessa hipótese, o poder de gestão é da própria fundação, cabendo, no caso de desvio de finalidade, a responsabilização civil e criminal dos responsáveis.

8. Pessoal

Este é outro ponto em que é necessário distinguir as fundações.

Em relação às fundações públicas de direito público e, portanto, de natureza autárquica, deve ser adotado o mesmo regime fixado para os servidores da Administração Direta e das autarquias. Como já assinalamos anteriormente, foi restabelecida a eficácia do art. 39, da CF, em sua redação original, pelo qual se impõe a adoção de *regime jurídico único* para Administração Direta, autarquias e fundações. Esse regime fora extinto pela EC 19/98, mas o STF, declarando a inconstitucionalidade do novo art. 39, fez restaurar o mandamento primitivo.[1465] Apesar das divergências em torno do dispositivo, entendemos que os aludidos entes públicos devem adotar um só regime para *todos os servidores*, seja ele o estatutário, seja o trabalhista.[1466]

Já no caso de fundações públicas de direito privado, o pessoal, em nosso entender, deve sujeitar-se normalmente ao regime trabalhista comum, traçado na CLT. Sendo de natureza privada tais entidades, não teria sentido que seus servidores fossem estatutários. Na verdade, haveria mesmo incompatibilidade, haja vista que o regime estatutário, com seu sistema de cargos e carreiras, é adequado para pessoas de direito público, como é o caso das autarquias e das fundações autárquicas, sem contar, como é óbvio, as pessoas políticas da federação. A despeito do regime trabalhista, aplicam-se aos empregados dessas fundações as restrições de nível constitucional, como, por exemplo, a vedação à acumulação de

cargos e empregos (art. 37, XVII) e a necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos antes da contratação dos empregados (art. 37, II).[1467]

9. Controle

9.1. Controle Institucional

Como sucede com as pessoas da Administração Indireta, as fundações públicas, qualquer que seja a sua natureza, sujeitam-se a controle pela respectiva Administração Direta.

Esse controle pode ser exercido sob três prismas:

1) o controle *político,* que decorre da relação de confiança entre os órgãos de controle e os dirigentes da entidade controlada (estes são indicados e nomeados por aqueles);
2) o controle *administrativo,* pelo qual a Administração Direta fiscaliza se a fundação está desenvolvendo atividade consonante com os fins para os quais foi instituída; e
3) controle *financeiro*, exercido pelo Tribunal de Contas, tendo a entidade o encargo de oferecer sua prestação de contas para apreciação por aquele Colegiado (arts. 70 e 71, II, da CF).[1468]

Outros dispositivos que contêm alguma forma de controle fundacional são os arts. 52, VII, 165, §§ 5º e 9º, e 169, parágrafo único, da CF.

9.2. Controle do Ministério Público

Nos termos do art. 66 do Código Civil, *velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas*. Em virtude desse dispositivo, o Ministério Público em cada Estado tem, em sua organização funcional, orgão de execução, normalmente a Curadoria de Fundações, destinado à fiscalização dessas entidades, quando se trata de instituidor privado.

O Código Civil, no art. 66, § 1º, estabelecia caber ao Ministério Público Federal o encargo de velar pelas fundações quando funcionassem no Distrito Federal ou em Território. O dispositivo, no entanto, foi declarado inconstitucional

por refugir ao sistema concernente ao Ministério Público adotado na Constituição, considerando-se que é o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que recebeu a atribuição das esferas material e territorial em coextensão à reservada ao MP dos Estados, o que se soma ao fato de que apenas no plano administrativo está a instituição compreendida no MP da União, o mesmo não ocorrendo, porém, no plano funcional. Desse modo, para haver coerência com o regime constitucional, há de competir ao MPDFT a função de velar pelas fundações sediadas no Distrito Federal e em Territórios, guardando, pois, compatibilidade com o mesmo encargo atribuído ao MP dos Estados em relação às fundações que neles funcionem. A ressalva corre tão somente por conta das fundações federais de direito público, sobre as quais, admitindo-o a lei, o controle a ser exercido caberá ao MP Federal. [1469]

A função ministerial, no caso, se justifica pela necessidade de fiscalizar se a fundação está efetivamente perseguindo os fins para os quais foi instituída. Trata-se, portanto, de controle finalístico.

No caso de fundações governamentais, é dispensável essa fiscalização, independentemente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta. Haveria, em consequência, duplicidade de controle para os mesmos fins.[1470] Esse é o motivo pelo qual em várias leis orgânicas estaduais do Ministério Público há a expressa menção de que a Curadoria de Fundações não tem atribuições para fiscalizar fundações governamentais. Observe-se, por oportuno, que mesmo os entes fundacionais de direito privado não recebem integral incidência das normas do Código Civil, e isso em face da peculiaridade de integrarem a administração indireta do Estado. Uma das que não incidem é exatamente a que se refere ao velamento das fundações pelo Ministério Público – norma inspirada na necessidade de controle das entidades criadas sob injunção da vontade de particulares.[1471]

9.3. Controle Judicial

As fundações públicas de direito público podem dar origem a atos de direito privado e a atos administrativos. No primeiro caso, o controle judicial se dará pelas vias comuns, ao passo que neste último poderá o controle ser exercido pelas vias específicas, como o mandado de segurança e a ação popular.[1472]

Se se tratar de fundações governamentais com personalidade de direito privado, a regra será que pratique atos de natureza privada, controláveis pelas vias processuais comuns. Entretanto, quando praticar ato no exercício de função delegada do Poder Público, esse ato se caracterizará como administrativo e, como tal, sujeito a controle também pelas mesmas vias especiais acima mencionadas.

10. Foro dos Litígios

No que concerne às fundações públicas com personalidade de direito público, a competência de foro para os litígios judiciais segue o que dissemos a respeito das autarquias. Tratando-se de fundação de direito público *federal,* seus litígios são dirimidos na Justiça Federal, inclusive aqueles que decorram da relação estatutária entre a fundação e seus servidores. A propósito, note-se que o art. 109, I, da CF, empregou a expressão *"entidade autárquica",* que obviamente abrange autarquias e fundações autárquicas. A elas, inclusive, da mesma forma que às autarquias, aplica-se a Súmula nº 270 do STJ.[1473] As fundações *estaduais* e *municipais* terão seus feitos processados no foro fixado no código de organização judiciária do Estado. [1474]

Se se tratar de fundação governamental de direito privado, seja qual for a esfera a que esteja vinculada, a regra de foro é a comum para as pessoas privadas, ou seja, a Justiça estadual. Como o pessoal dessas fundações deve reger-se pela lei trabalhista, será competente a Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos dessa natureza.

11. Atos e Contratos

Ainda aqui é preciso distinguir a natureza das fundações governamentais.

Como as fundações de direito público são espécie do gênero autarquia, as manifestações de vontade de seus agentes se formalizam, normalmente, por *atos administrativos*, regulados basicamente por regras especiais de direito público. Poderão, é claro, ser praticados atos de natureza privada e, nesse caso, se sujeitarão às normas do Direito Civil ou Comercial. Seus contratos também se caracterizam como administrativos, razão pela qual incide a disciplina da Lei nº 8.666/93, inclusive quanto à obrigatoriedade de licitação prévia.

As fundações públicas de direito privado praticam, em regra, atos de direito privado. Só serão considerados atos administrativos aqueles praticados no exercício

de função delegada do Poder Público. Em relação aos contratos, deveriam elas celebrar ajustes regulados pelo direito privado, tal como ocorre com as demais pessoas privadas. Todavia, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 determinou sua aplicação também às fundações públicas, sem fazer qualquer distinção sobre a natureza dessas entidades. Assim sendo, não só se obrigam a realizar licitação, como também têm seus contratos regidos pelas respectivas normas daquele diploma.

12. Responsabilidade Civil

A questão da responsabilidade civil se aplica às duas modalidades de fundação pública. De acordo com o art. 37, § 6º, da CF, são civilmente responsáveis por atos de seus agentes tanto as pessoas jurídicas de direito público como as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

As fundações, como já visto, não se prestam à exploração de atividades econômicas; ao contrário, são criadas pelo Estado para a execução de atividades de caráter social e que, obviamente, retratam verdadeiros serviços públicos.

Conclui-se, portanto, que as fundações governamentais sujeitam-se à responsabilidade *objetiva*, consagrada no referido mandamento, a exemplo do que se passa com as sociedades de economia mista e as empresas públicas quando prestadoras de serviços públicos. Aqui não é preciso distinguir os dois tipos de fundações públicas: se forem de direito público, estarão dentre as pessoas jurídicas de direito público; se forem de direito privado, incluir-se-ão entre as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Ambas têm previsão no art. 37, § 6º, da CF.

A responsabilidade das fundações é *primária,* ou seja, elas é que devem, em princípio, responder pelos prejuízos que seus agentes causem a terceiros. A pessoa estatal instituidora, como já tivemos a oportunidade de assinalar quando tratamos das outras entidades administrativas privadas, tem responsabilidade *subsidiária,* vale dizer, só se torna responsável se e quando a fundação for incapaz de reparar integralmente os prejuízos.

VII. Outras Pessoas Jurídicas Vinculadas ao Estado

1. Introdução

A formação básica da Administração Pública é aquela que a subdivide em Administração Direta e Indireta, sendo esta última constituída pelas entidades anteriormente estudadas.

Não obstante, existem algumas outras pessoas jurídicas que, *embora não integrando o sistema da Administração Indireta*, cooperam com o governo, prestam inegável serviço de utilidade pública e se sujeitam a controle direto ou indireto do Poder Público. Em seu perfil existem, como não podia deixar de ser, alguns aspectos inerentes ao direito privado e outros que as deixam vinculadas ao Estado. A despeito da imprecisão do conceito, como vimos, poderíamos tranquilamente enquadrá-las na categoria das *entidades paraestatais*.[1475]

2. Pessoas de Cooperação Governamental (Serviços Sociais Autônomos)

2.1. Sentido

Pessoas de cooperação governamental são aquelas entidades que colaboram com o Poder Público, a que são vinculadas, através da execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública. Alguns autores as têm denominado de *serviços sociais autônomos*.[1476] A denominação também tem sido adotada por leis mais recentes que autorizaram a instituição de tais entidades.[1477]

2.2. Natureza Jurídica

As pessoas de cooperação governamental são pessoas jurídicas de direito privado, embora no exercício de atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categorias profissionais.

Apesar de serem entidades que cooperam com o Poder Público, não integram o elenco das pessoas da Administração Indireta, razão por que seria impróprio considerá-las pessoas administrativas.

Não há regra que predetermine a forma jurídica dessas pessoas. Podem assumir o formato de categorias jurídicas conhecidas, como fundações ou associações, ou um delineamento jurídico especial, insuscetível de perfeito enquadramento naquelas categorias, como, aliás, vem ocorrendo com várias delas.

2.3. Criação

Sua criação depende de lei autorizadora, tal como ocorre com as pessoas da

Administração Indireta, embora não tenham sido elas mencionadas no art. 37, XIX, da Lei Maior. Entretanto, recebem recursos oriundos de contribuições pagas compulsoriamente, e obrigações dessa natureza reclamam previsão em lei.

A personalidade jurídica tem início com a inscrição de seu estatuto no cartório próprio, no caso o Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Neste ponto, por conseguinte, incide plenamente a regra do art. 45 do Código Civil, que trata da existência das pessoas jurídicas.

Os estatutos são delineados através de regimentos internos, normalmente aprovados por decreto do Chefe do Executivo. Neles, desenha-se a organização administrativa da entidade, com a referência aos objetivos, órgãos diretivos, competências e normas relativas aos recursos e à prestação de contas.

2.4. Objeto

As pessoas de cooperação governamental têm sempre como objeto uma atividade social que representa a prestação de um serviço de utilidade pública, beneficiando certos grupamentos sociais ou profissionais.

Há quatro entidades tradicionais dessa categoria: o SESI (Serviço Social da Indústria) e o SESC (Serviço Social do Comércio), destinados à assistência social a empregados dos setores industrial e comercial, respectivamente; e o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) e o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), destinados à formação profissional e educação para o trabalho, também com vistas, respectivamente, à indústria e ao comércio.[1478]

Recentemente, foram criadas outras pessoas dessa natureza: o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), que se destina à execução de programas de auxílio e orientação a empresas de pequeno porte;[1479] o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural;[1480] e o SEST (Serviço Social do Transporte) e o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte), que visam a fins idênticos aos antes referidos, dirigidos especificamente aos serviços de transporte, seja como empresa, seja como trabalhador autônomo.[1481]

Ultimamente, foi autorizada a instituição da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX-Brasil, com o objetivo de promover e fomentar a

execução de políticas relacionadas a exportações, em cooperação com o Poder Público, particularmente quando beneficiem empresas de pequeno porte e propiciem a geração de empregos,[1482] e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, destinada a promover a execução de políticas de desenvolvimento do setor industrial.[1483]

Cumpre anotar, no entanto, que essas últimas entidades, conquanto tenham sido qualificadas nas respectivas leis como *"serviços sociais autônomos"*, têm regime e perfil jurídicos bem diversos dos atribuídos tradicionalmente às entidades da mesma natureza. Eis alguns aspectos distintivos: a) nas entidades mais recentes, o Presidente é nomeado pelo Presidente da República; nas anteriores, a autoridade maior é escolhida por órgãos colegiados internos; b) naquelas, a supervisão compete ao Poder Executivo; nestas, inexiste tal supervisão; c) de outro lado, é prevista a celebração de contrato de gestão com o governo, o que também não existe para os serviços sociais anteriores; d) por fim, contempla-se, para aquelas, a inclusão de dotações consignadas no Orçamento-Geral da União; os serviços sociais clássicos, todavia, não recebem recursos diretos do erário.

Na verdade, esses serviços sociais autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximaram do sistema da Administração Pública descentralizada. Levando em consideração seu objeto institucional, poderiam ser corretamente enquadradas como *agências executivas*, sob a forma de autarquias. No caso, acabou surgindo um regime híbrido: são típicas pessoas administrativas, embora excluídas formalmente da Administração Indireta. Esse ponto é relevante porque, se há algo indiscutível, esse é o de que os serviços sociais autônomos tradicionais *não integram* a Administração Pública.

2.5. Recursos Financeiros

O recursos carreados às pessoas de cooperação governamental são oriundos de *contribuições parafiscais,* recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes que as diversas leis estabelecem, para enfrentarem os custos decorrentes de seu desempenho, sendo vinculadas aos objetivos da entidade. A Constituição Federal, aliás, refere-se expressamente a tais contribuições no art. 240, nesse caso pagas por empregadores sobre a folha de salários.

Esses recursos não provêm do erário, sendo normalmente arrecadados pela

autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como *dinheiro público*. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

2.6. Ausência de Fins Lucrativos

As pessoas de cooperação governamental dedicam-se, já vimos, a exercer atividades de amparo a certas categorias sociais, podendo dizer-se, em virtude desse fato, que desempenham serviços de utilidade pública.

Assim, seu objetivo está distante daquele perseguido pelos setores empresariais e não se reveste de qualquer conotação econômica. Nesse ponto, aliás, assemelham-se às fundações. E, tal como estas, não podem alvitrar fins lucrativos, próprios de empresas que exploram atividade econômica. Os valores remanescentes dos recursos que a elas são distribuídos constituem *superavit* (e não lucro) e devem ser revertidos para os mesmos objetivos, visando a sua melhoria, aperfeiçoamento e maior extensão. Trata-se, enfim, de entidades de caráter não econômico.

2.7. Controle

Por serem pessoas jurídicas de criação autorizada por lei, bem como pela circunstância de arrecadarem contribuições parafiscais de recolhimento obrigatório, caracterizadas como dinheiro público, as pessoas de cooperação governamental submetem-se a controle pelo Poder Público, na forma definida em lei, estando sempre vinculadas à supervisão do Ministério em cuja área de competência estejam enquadradas.[1484]

Para fins de controle, dispõe o art. 183 do Decreto-lei nº 200/67 que *"as entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidos na legislação pertinente a cada uma"*.

Normalmente as leis instituidoras dessas entidades já apontam alguns meios de controle, principalmente o financeiro. Além delas, outros diplomas têm acrescido

formas de fiscalização, como, por exemplo, a submissão à auditoria externa dos órgãos ministeriais a que estejam vinculadas.[1485] Por outro lado, prestam contas ao Tribunal de Contas, na forma e nas condições fixadas por resoluções reguladoras da matéria, expedidas pelo mesmo Colegiado.

2.8. Outros Aspectos do Regime Jurídico

Por serem pessoas jurídicas de direito privado, as pessoas de cooperação governamental sujeitam-se basicamente às regras de direito privado. Todavia, o elo de vinculação que as deixa atreladas ao Poder Público resulta na emanação de normas de direito público, sobretudo no que toca à utilização dos recursos, à prestação de contas e aos fins institucionais.

Praticam atos de direito privado, mas se algum ato for produzido em decorrência do exercício de função delegada estará ele equiparado aos atos administrativos e, por conseguinte, sujeito a controle pelas vias especiais, como a do mandado de segurança.

Por outro lado, estão obrigadas a realizar licitação antes de suas contratações, como o exige a Lei nº 8.666/93, que, de forma clara, consigna que se subordinam a seu regime jurídico, além das pessoas da Administração Indireta, *"as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios"*.[1486]

O Tribunal de Contas da União perfilhava esse mesmo entendimento, adotando-o em várias decisões proferidas em processos relativos às entidades em foco.[1487] Posteriormente, no entanto, mudou radicalmente tal pensamento, excluindo-as da incidência da Lei nº 8.666/93. Foram invocados, basicamente, os seguintes argumentos: a) o art. 22, XXVII, da CF, só dirige o princípio da obrigatoriedade da licitação à administração direta e indireta, na qual não estão as pessoas de cooperação governamental; b) a Lei nº 8.666/93 não poderia alargar o seu alcance para abrangê-las em seu raio de incidência; c) a expressão *"entidades controladas"* só é aplicável a empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).[1488]

Há que ser respeitada a nova posição do TCU, mas dela ousamos dissentir. Os argumentos invocados, *concessa venia*, não nos convencem. Primeiramente, o fato de o art. 22, XXVII, da CF, aludir apenas à administração direta e indireta não exclui a possibilidade de o legislador exigir que outras pessoas se submetam também à Lei

nº 8.666/93. Afinal, se a própria lei autorizou a criação de tais pessoas, nada impediria que instituísse mecanismos especiais de controle, pois que afinal todas têm algum elo de ligação com o Poder Público. Desse modo, o Estatuto, como lei federal que é, poderia alargar o alcance do dispositivo constitucional para incidir sobre tais entidades (como o fez realmente no art. 1º, parágrafo único), por isso que a Constituição em nenhum momento limitou a lei licitatória *apenas* às pessoas da Administração Direta e Indireta; exigiu-se tão-somente que para estas *sempre* haveria subordinação ao Estatuto.

Por fim, não se nos afigura correto o entendimento de que a expressão *"controladas indiretamente"* se refira somente às sociedades reguladas pela Lei 6.404/76. A circunstância de as entidades, embora organizadas pelo setor privado, terem sido previstas em lei, somada ao fato de lhes ter sido instituído o direito a contribuições parafiscais pagas obrigatoriamente pelos contribuintes, caracterizando-se como recursos públicos, é fundamento mais do que suficiente para submetê-las a controle do Poder Público, e isso realmente ocorre em relação a suas contas, que, como vimos, sujeitam-se a controle do Tribunal de Contas.[1489] Aliás, se uma entidade aufere recursos pagos obrigatoriamente por terceiros, é de se esperar que seja fiscalizada pelo Poder Público. Esse é um postulado antigo e inafastável do regime democrático. Daí nenhuma estranheza pode causar o fato de a lei submetê-las também a controle em sede de contratos e licitações.

Para deixar bem clara a nossa posição, queremos deixar registrado que não estamos questionando *se é conveniente ou não* que o Estatuto as alcance. Apenas estamos interpretando os dizeres da lei para entender que o texto legal, além de não ofender a Constituição, inclui realmente as pessoas de cooperação governamental. E que, se mudança tiver que acontecer, que o seja através de nova lei federal, e não por interpretação dissonante do texto legal vigente. Em suma, parece-nos que a melhor interpretação era aquela que o Colendo TCU dispensava à matéria anteriormente.

De qualquer forma, a solução adotada pelo TCU acabou sendo a de que tais entidades não têm inteira liberdade na matéria, devendo observar os princípios gerais e básicos da licitação pública, como a legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e competitividade, entre outros, os quais estão expressos, aliás, na Lei nº 8.666/93, embora se tenha permitido que a edição de regulamentos próprios,

dotados de menor complexidade procedimental, como o admite a lei de licitações no art. 119 e seu parágrafo único. A solução, desse modo, culminou por harmonizar-se com esse dispositivo legal.[1490]

No que concerne ao foro no qual devam tramitar os processos em que sejam autoras ou rés tais entidades, já se pacificou o entendimento de que a competência é da Justiça estadual, já que se trata de pessoas de direito privado e não integrantes formais da estrutura da Administração Pública. Nesse sentido, aliás, invoque-se a Súmula 516, do STF: *"O Serviço Social da Indústria – SESI – está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual"*.[1491] Segue-se, por conseguinte, que eventual mandado de segurança contra ato de agente de qualquer dessas pessoas, quando no exercício de função delegada, deve ser processado e julgado no foro estadual de natureza cível, normalmente as varas cíveis, a menos que a organização judiciária estadual aponte juízo específico diverso. A despeito dessa tranquila orientação, ainda há um ou outro Tribunal que, equivocadamente, insiste em apontar a Justiça Federal como competente para feitos que envolvam tais entidades.[1492]

Outro aspecto que merece realce consiste na real posição que os serviços sociais autônomos ostentam no sistema de prestação de serviços públicos. Em virtude da reconhecida importância de seus objetivos, tais pessoas têm sido equivocadamente consideradas como pessoas da Administração Indireta. Tal equiparação é errônea e despida de fundamento legal. O fato de serem elas submetidas a algumas formas de controle especial por parte do Poder Público não enseja seu enquadramento como pessoas da Administração Indireta. E isso porque, primeiramente, tais formas de controle têm que estar expressamente previstas na lei, e, segundo, porque as pessoas da administração descentralizada, como vimos anteriormente, já estão relacionadas na lei própria (Decr.-lei 200/67).

Diante desses elementos, não abonamos, com a devida vênia, a recomendação que o Tribunal de Contas da União tem dirigido a algumas dessas entidades, no sentido de que seus dirigentes tenham limitação remuneratória, na forma do art. 37, XI, da CF. Chega a ser surpreendente essa posição do TCU. O art. 37 da Constituição tem como destinatários apenas a Administração Direta e as entidades da Administração Indireta, conforme está expresso em seu texto, e, se assim é, não pode o intérprete alargar os parâmetros que o Constituinte fixou. O dispositivo, portanto, não alcança dirigentes e empregados do SESI, SENAI, SESC SENAC e

SEBRAE, só para apontar algumas dessas entidades. A recomendação, por conseguinte, está contaminada de vício de legalidade e de constitucionalidade, rendendo ensejo à sua invalidação.[1493]

É preciso salientar que o art. 37 da CF tem como únicos destinatários os entes da Administração Direta e Indireta e, por isso mesmo, não pode ser aplicado a entidades de outra natureza, sobretudo no que diz respeito às restrições que contém. Assim, também não procede o entendimento de algumas vozes do TCU no sentido de ser exigido para os entes de cooperação governamental o sistema de concurso público adotado para a Administração Pública (art. 37, II, CF). Pode exigir-se, isto sim, a observância dos princípios gerais da legalidade, moralidade e impessoalidade, e isso porque tais pessoas executam um serviço público, mas o recrutamento de seu pessoal deve obedecer apenas aos critérios por elas estabelecidos.[1494]

Outra decisão do TCU que, da mesma forma, nos parece inteiramente equivocada, reside na recomendação para que os membros dos Conselhos federal e estaduais das entidades sejam incluídos na relação dos responsáveis por prestações de contas, bem como que entreguem cópia de suas declarações de bens e rendimentos. De acordo com as leis reguladoras e seus regimentos, os Conselhos são órgãos colegiados de *caráter normativo*, não tendo, pois, os seus membros atividade de gestão dos recursos da entidade; como é lógico, só pode ser responsável por prestação de contas quem atua como gestor de bens e valores, de modo que, fora daí, estaria sendo criada verdadeira responsabilidade objetiva sem suporte legal. Por outro lado, a Lei nº 8.730/93 só obriga à entrega da declaração de bens e rendimentos aos "*administradores ou responsáveis por bens e valores públicos*" (art. 4º), não sendo lícito irradiar o âmbito da lei a quem não tenha sido nela contemplado.[1495]

Afigura-se óbvia, portanto, a confusão que alguns fazem sobre a real posição topográfica dos serviços sociais autônomos no sistema administrativo e de execução de serviços públicos. Releva notar que a execução de serviços públicos não é fato idôneo a, isoladamente, acarretar a inserção da pessoa prestadora no elenco das pessoas administrativas. Assim, reitere-se que essas pessoas de cooperação governamental podem ter aqui e ali uma certa aproximação com pessoas da Administração, mas o certo é que, por força de lei, não integram a

Administração Indireta. Em consequência, o regime jurídico aplicável a pessoas administrativas não pode ser o mesmo a incidir sobre os serviços sociais autônomos.

2.9. Privilégios Tributários

Confirmando mandamento anterior, a Constituição vigente deu às pessoas de cooperação governamental tratamento privilegiado no que toca à incidência de impostos, firme no reconhecimento de que, ausentes fins econômicos e lucrativos, tais entidades devem ser estimuladas à execução de seus misteres de caráter educacional e de assistência social.

Com efeito, a Constituição Federal averba o conhecido princípio da imunidade tributária, estabelecendo que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, uns dos outros (art. 150, inc. VI, "a"). E a mesma vedação se faz presente no caso de *"patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores,* das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, *atendidos os requisitos da lei"* (art. 150, VI, "c"). Desse modo, como as pessoas de cooperação governamental se dedicam, institucionalmente, às atividades de assistência social e de educação para o trabalho, estão elas enquadradas nessa última hipótese constitucional de imunidade.

Quanto à extensão da imunidade, observam-se algumas controvérsias a propósito da expressão *"impostos sobre patrimônio, renda ou serviços",* constante do art. 150, VI, "c", da CF. Uns conferem sentido estrito, considerando a classificação adotada no CTN – Cód. Tributário Nacional, ao passo que outros admitem sentido amplo (sobretudo no que se refere à noção de "patrimônio").[1496] Dentro do próprio STF já se apresentou a divergência: em determinada hipótese, a Corte entendeu que a imunidade não abrangia o ICMS;[1497] em outra, considerou esse imposto como alcançado pela imunidade,[1498] sendo que este último foi o entendimento que veio a predominar.[1499] Entretanto, em hipótese na qual empresa produtora fornecera bens de consumo ao SESI para venda direta aos filiados deste, decidiu-se não haver imunidade quanto ao ICMS, já que contribuinte seria a primeira, sendo o ônus repassado ao consumidor.[1500]

Entretanto, três observações se fazem necessárias. A primeira consiste em que

a imunidade alcança apenas a incidência de impostos, sendo devido, em consequência, o pagamento de taxas e de contribuições (de melhoria, sociais, de intervenção no domínio econômico etc.), quando presentes os respectivos fatos geradores. Além disso, a imunidade limita-se apenas aos impostos sobre a renda, o patrimônio ou os serviços das entidades, mas não alcança, logicamente, impostos de natureza diversa. Por último, a imunidade só abrange as atividades estritamente vinculadas aos fins essenciais das entidades, tal como se dá com as autarquias (art. 150, § 2º, CF). Se a atividade assim não se caracterizar, incidirá normalmente o tributo: é o caso, por exemplo, em que a entidade alugue um imóvel de sua propriedade apenas para o fim de obtenção de renda.

3. Organizações Colaboradoras (ou Parceiras)

Neste Capítulo tratamos da Administração Direta e da Indireta, com o exame de sua estrutura e posição no contexto geral da Administração Pública.

Dedicamos um tópico às *pessoas de cooperação governamental,* que, embora não integrem o sistema da Administração Pública, guardam certa aproximação com as entidades privadas da Administração Indireta, sobretudo no que concerne à exigência de *lei* para autorizar-lhes a criação. Esse aspecto, por si só, é suficiente para ensejar seu maior atrelamento ao Poder Público e realçar suas responsabilidades e de seus administradores.

Existem, todavia, outras pessoas privadas, *instituídas pelas fórmulas de direito privado,* às quais pode ser atribuído o encargo da prestação de serviços públicos no regime de *parceria* com a Administração Pública. Tais entidades também estão juridicamente vinculadas com o Estado, mas os instrumentos de formalização da parceria têm a natureza de verdadeiros convênios, o que as coloca como categoria diversa das pessoas de cooperação governamental, e isso porque, tendo estas a sua função definida na lei instituidora, prescindem de qualquer outro instrumento que formalize o regime de cooperação. O regime de cooperação está delineado, portanto, na própria lei e alcança especificamente a entidade por ela instituída.

Os regimes de parceria, desenvolvidos mais recentemente, permitem que certas pessoas privadas colaboradoras adquiram títulos jurídicos especiais, através dos quais recebem a qualificação de *organizações sociais* (Lei nº 9.637, de 15/5/1998) e *organizações da sociedade civil de interesse público* (Lei nº 9.790, de 23/3/1999). Em

virtude de sua atividade, caracterizada como verdadeiro serviço público, já fizemos sobre elas os devidos comentários no capítulo referente a essa matéria.[1501]

VIII. Anteprojeto de normas gerais da Administração Pública

Embora ainda configurado como anteprojeto, entendemos importante dar conhecimento aos leitores, em síntese, sobre a disciplina nele prevista, pela qual se estabelecem as normas gerais da Administração Direta e Indireta e outras entidades, no âmbito da Administração Federal.[1502]

Primeiramente, o propósito foi o de atualizar o antigo Decr.-lei nº 200/67, eliminando imprecisões, anacronismos e inconsistências existentes em sua disciplina. Foi mantida a já consagrada divisão em Administração Direta e Indireta, bem como a constituição desta última pelas entidades que atualmente a compõem.

Ficou expressa a personalidade de direito público para as autarquias, o que foi omitido no art. 5º, I, do Decr.-lei 200/67. Além disso, passa a utilizar-se a expressão *"empresas estatais"* para enquadrar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, todas podendo ter subsidiárias. Ficaram previstas as *"fundações estatais",* como pessoas de direito privado, com regime próprio, diverso do que consta nos Códigos Civil e de Processo Civil; sendo a entidade criada como pessoa de direito público, será tida como autarquia, independentemente de sua denominação.

Contemplou-se, ainda, o *contrato de autonomia,* com base no art. 37, § 8º, da CF, visando à autovinculação de órgãos ou entidades supervisoras (contratantes) e à flexibilidade e autonomias especiais para os submetidos a controle (contratados). O objetivo último, obviamente, é o de exigir o cumprimento de metas de desempenho e uma atuação mais eficiente e de cunho gerencial para a Administração.

Há um minudente regime de coordenação e controle das entidades públicas, incluindo-se o *controle social,* com expressiva participação das comunidades por meio de vários instrumentos, como consulta e audiência públicas, direito de petição etc.

Por fim, foi concebida a categoria das *entidades paraestatais,* compostas de corporações profissionais (pessoas públicas) e serviços sociais autônomos (pessoas privadas), nenhuma delas integrante da Administração. Outra categoria prevista foi a das *entidades de colaboração,* constituída por entidades sem fins lucrativos, como as

OS e OSCIPs, entidades filantrópicas, fundações de apoio e outras congêneres.

A nova organização administrativa é destinada à União Federal, mas nada impedirá, como tem ocorrido desde sempre, que os demais entes federativos a adotem, como meio para depurar o velho ranço de ineficiência e confusão que gira em torno de alguns institutos da Administração.

IX. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 340: *Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos,não podem ser adquiridos por usucapião.*

Súmula 516: *O Serviço Social da Indústria – SESI – está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual.*

Súmula nº 517: *As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente*.

Súmula nº 556: *É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.*

Súmula nº 620: *A sentença proferida contra autarquias não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa* (A Lei nº 10.352, de 24/12/2001, alterando o art. 475, I e II, do CPC, consignou expressamente que sentenças proferidas contra autarquias e fundações de direito público estão sujeitas ao duplo grau obrigatório de jurisdição, o mesmo ocorrendo com as decisões que julgarem procedentes embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, em cujo sentido se incluem aquelas entidades; em consequência, restou prejudicada a primeira parte da Súmula 620).

Súmulas Vinculantes

Súmula Vinculante nº 27: *Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente nem opoente.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula nº 39: *Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.*[1503]

Súmula nº 42: *Compete à Justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.*

Súmula nº 45: *No reexame necessário, é defeso ao Tribunal agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.*

Súmula nº 224: *Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos, e não suscitar conflito.*

Súmula nº 270: *O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal.*

Súmula nº 324: *Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada a entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército.*

Súmula nº 333: *Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação por sociedade de economia mista ou empresa pública.*

Súmula nº 365: *A intervenção da União como sucessora da rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual.*

Capítulo X -

Responsabilidade Civil do Estado

I. Introdução

1. Responsabilidade. Noção Jurídica

A noção de responsabilidade implica a ideia de *resposta*, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere,* com o sentido de responder, replicar. [1504]

De fato, quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.

Esses dois pontos – o fato e a sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.

No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.

1.1. Tipos de Responsabilidade

O fato gerador da responsabilidade varia de acordo com a natureza da norma jurídica que o contempla. Essa variação é que propicia tipos diversos de responsabilidade ou, em outras palavras, a diversidade da norma corresponde à

diversidade dos tipos de responsabilidade.

Temos, então, que se a norma tem natureza penal, a consumação do fato gerador provoca responsabilidade *penal*; se a norma é de direito civil, teremos a responsabilidade *civil*; e, finalmente, se o fato estiver previsto em norma administrativa, dar-se-á a responsabilidade *administrativa*.

Como as normas jurídicas, no caso acima, são autônomas entre si, a consequência é a de que as responsabilidades também serão, em princípio, independentes: a responsabilidade civil não acarreta, necessariamente, a responsabilidade penal e a administrativa; esta última, por sua vez, independe da civil e da penal.[1505]

Podem, eventualmente, conjugar-se as responsabilidades, mas isso só vai ocorrer se a conduta violar, *simultaneamente,* normas de naturezas diversas. No crime de peculato (art. 312, CP), por exemplo, o servidor que se apropria indevidamente de bem público sob sua custódia tem, cumulativamente, responsabilidade penal, civil e administrativa, porquanto sua conduta violou, simultaneamente, esses três tipos de norma.

2. Responsabilidade Civil

O tema que ora enfrentamos se cinge à responsabilidade civil, isto é, aquela que decorre da existência de um fato que atribui a determinado indivíduo o caráter de imputabilidade dentro do direito privado.

A norma clássica que previa a responsabilidade civil no antigo Código Civil, que salientava o efeito jurídico de condutas dolosas ou culposas, estava insculpida no art. 159, que tinha os seguintes dizeres: "*Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*".

O vigente Código Civil mantém o sentido básico da referida norma, embora com texto mais preciso e com desmembramento da disciplina pertinente ao ato ilícito e à responsabilidade. Assim, dita o art. 186 do Código: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. No capítulo destinado à responsabilidade civil e à obrigação indenizatória, averba o mesmo Código no art. 927: *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

A regra é genérica e abrange tanto a responsabilidade extracontratual como a contratual. Para o exame do tema, é importante distinguir essas duas modalidades de responsabilidade. A contratual é estudada na parte relativa aos contratos celebrados pela Administração, tema que já examinamos anteriormente. A *extracontratual* é aquela que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual. O estudo neste Capítulo cingir-se-á especificamente a este último tipo.

3. O Dano e a Indenização

A responsabilidade civil tem como pressuposto *o dano* (ou prejuízo). Significa dizer que o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano, inexiste responsabilidade civil.

O dano nem sempre tem cunho patrimonial, como era concebido no passado. A evolução da responsabilidade culminou com o reconhecimento jurídico de duas formas de dano – *o dano material (ou patrimonial) e o dano moral.* O dano material é aquele em que o fato causa efetiva lesão ao patrimônio do indivíduo atingido. Já na noção do dano moral, o que o responsável faz é atingir a esfera interna, moral e subjetiva do lesado, provocando-lhe, dessa maneira, um fundo sentimento de dor. A Constituição, no art. 5º, inc. V e X, aludiu ao dano moral como figura autônoma, superando, portanto, a antiga tese de que, nesse tipo de dano, a reparação indenizatória dependeria da existência conjunta de dano patrimonial.[1506]

Tem-se observado notória evolução da noção de dano para fins de responsabilidade civil e indenização. Um desses aspectos concerne à hipótese em que há o denominado *dano estético,* particularidade do dano moral. A jurisprudência passou a considerá-los isoladamente com vistas à indenização. Assim, revela-se legítima a *cumulação de indenizações* do dano estético e do dano moral.[1507]

Toda responsabilidade rende ensejo a determinada *sanção*, cuja natureza varia em função do tipo de responsabilidade: a responsabilidade penal importa a aplicação de sanção penal; a civil, penalização de caráter privado, e assim por diante. Se o mesmo fato provoca responsabilidade de mais de uma natureza, são aplicáveis, cumulativamente, as respectivas sanções. A sanção aplicável no caso de responsabilidade civil é a *indenização*, que se configura como o montante pecuniário que representa a reparação dos prejuízos causados pelo responsável.

A conclusão, assim, é a de que, tendo ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil e perpetrado o dano ao lesado, tem este, contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos ou, em outras palavras, faz jus à devida indenização.[1508]

4. Os Sujeitos do Cenário

O tema em foco diz respeito à responsabilidade civil do Estado, vale dizer, às hipóteses em que o Estado é civilmente responsável por danos causados a terceiros.

De início, importa lembrar que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível. Somente se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele imputada. O Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém.

Sendo assim, o cenário concernente ao tema que estudamos se compõe de três sujeitos: o Estado, o lesado e o agente do Estado. Neste cenário, o Estado, segundo o direito positivo, é civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sendo-o, incumbe-lhe reparar os prejuízos causados, ficando obrigado a pagar as respectivas indenizações.

II. Evolução

1. A Irresponsabilidade do Estado

Na metade do século XIX, a ideia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. A solução era muito rigorosa para com os particulares em geral, mas obedecia às reais condições políticas da época. O denominado *Estado Liberal* tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia àquela época.[1509]

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela do *Estado de Direito*, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.[1510]

Modernamente, portanto, o direito positivo das nações civilizadas admite a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, podendo variar aspectos específicos e de menor importância no que toca à responsabilidade do agente, ao montante da reparação, à forma processual de proteção do direito etc.[1511]

2. Teoria da Responsabilidade com Culpa

O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente. Passava a adotar-se, desse modo, a doutrina civilista da culpa.

Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.[1512]

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões.[1513]

3. Teoria da Culpa Administrativa

O reconhecimento subsequente da culpa administrativa passou a representar um estágio evolutivo da responsabilidade do Estado, eis que não mais era necessária a distinção acima apontada, causadora de tantas incertezas.

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou.[1514] A doutrina, então, cognominou o fato como *culpa anônima* ou *falta do serviço*.

A *falta do serviço* podia consumar-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento *culpa*.

4. Teoria da Responsabilidade Objetiva

Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa no serviço, o direito dos povos modernos passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano. [1515]

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc.

5. Fundamento da Responsabilidade Objetiva: A Teoria do Risco Administrativo

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a *teoria do risco administrativo*, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do *risco administrativo* e do denominado *risco integral*. No *risco administrativo*, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites.[1516] Já no *risco integral* a responsabilidade sequer depende do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado,[1517] só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais. [1518]

Em tempos atuais, tem-se desenvolvido a *teoria do risco social*, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de *socialização dos riscos* – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido.[1519] A referida teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, sendo que para alguns autores é para onde se encaminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis.[1520] Em nosso entender, porém, tal caráter genérico da responsabilidade poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes.

Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constituiu também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a

beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais.

III. Direito Brasileiro

1. O Código Civil

Era o Código Civil que regulava anteriormente a responsabilidade do Estado. O art. 15 da antiga lei civil tinha os seguintes termos: *"As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano"*.

O texto provocou alguma dissidência entre os intérpretes. Alguns entendiam que a norma consagrava a teoria da responsabilidade subjetiva, sendo necessária a averiguação da culpa na conduta do agente estatal, ao passo que outros vislumbravam já o prenúncio da responsabilidade objetiva do Estado.

Em nosso entender, a norma exigia a prova da culpa. Os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei – revelavam que a responsabilidade estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos. Se alguém agisse contrariamente ao direito ou faltasse a dever legal, sua conduta seria necessariamente culposa.[1521]

O Código Civil em vigor, entretanto, alterou o art. 15 e dispôs no art. 43: *"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo"*. Diante dos novos termos, é de se reconhecer que o Código passou a disciplinar o tema em estrita consonância com a vigente Constituição, como adiante veremos.

2. Constituição Federal

A Constituição Federal de 1946 passou a dar diferente redação para regular a matéria. Nos termos do art. 194, ficou assentado que *"as pessoas jurídicas de direito*

público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros".

Se comparado esse texto com o do art. 15 do Código Civil revogado, não será difícil observar que foram retirados da norma os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva ou com culpa.

Resulta da alteração da norma que o direito pátrio, através de regra constitucional, passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não era exigida a perquirição do fator culpa. Interpretação comparativa levava a concluir-se que o art. 15 do Código anterior havia sofrido derrogação pelo advento do art. 194 da Constituição de 1946.

As Constituições posteriores praticamente repetiram o mandamento (art. 105 da Const. de 1967 e art. 107 da mesma Constituição, com a Emenda nº 1/69) e continuaram a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva.

A vigente Constituição regula a matéria no art. 37, § 6º, que tem o seguinte teor:

> *"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 matéria, já o vimos, restou superada pelo vigente Código Civil. O art. 43 do novo Código tem total compatibilidade normativa em face da norma do art. 37, § 6º, da CF, de modo que atualmente nenhuma dúvida pode existir de que, no ordenamento jurídico pátrio, o Estado sujeita-se à teoria da responsabilidade objetiva.

Além desse dispositivo, que de resto é o mandamento básico sobre o assunto, não se pode esquecer de mencionar o art. 21, XXIII, "d", da Lei Fundamental, segundo o qual, competindo à União Federal explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer tipo, exercendo monopólio sobre pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e derivados, assevera que *"a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa".* A norma reforça a sujeição do Poder Público à

responsabilidade objetiva, tendo como fundamento *a teoria do risco administrativo,* de modo que, se a União ou outra pessoa de sua administração causarem qualquer tipo de dano no desempenho de tais atividades, estarão inevitavelmente sujeitas ao dever de reparar os respectivos prejuízos através de indenização, sem que possam trazer em sua defesa o argumento de que não houve culpa no exercício da atividade. Haverá, pois, risco administrativo natural nas referidas tarefas, bastando, assim, que o lesado comprove o fato, o dano e o nexo causal entre o fato e o dano que sofreu. [1522]

Conquanto fora do âmbito do art. 37, § 6º, da CF, há legislação pela qual a União assume a responsabilidade civil perante terceiros, na hipótese de danos a bens e pessoas provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos assemelhados, ocorridos no país ou no estrangeiro, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público. É o objeto da Lei nº 10.744, de 9.10.2003, caracterizando-se, na espécie, responsabilidade civil do governo federal por atos de terceiros, mais abrangente, portanto, que o citado preceito constitucional.[1523]

3. Análise dos Elementos Constitucionais

O texto do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, a despeito de não alterar a doutrina já consagrada anteriormente, apresenta, em nosso entender, três elementos que merecem especial análise para sua perfeita interpretação. Vejamos esses elementos.

3.1. Pessoas Responsáveis

A regra constitucional faz referência a duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Em relação à primeira categoria, não há novidade. São objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público: as pessoas componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica.

A segunda categoria constituiu inovação no mandamento constitucional – as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. A intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade

objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados.

Dada a grande variedade de formas de delegação, de pessoas delegatárias e de serviços públicos, bem como a noção nem sempre muito precisa do que se configura como *serviços públicos,* poderá haver algumas dúvidas quanto ao enquadramento da pessoa prestadora do serviço na norma constitucional. Entretanto, pode-se, a princípio, considerar como classificadas nessa categoria as pessoas privadas da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado), quando se dedicam à prestação de serviços públicos,[1524] e os concessionários e os permissionários de serviços públicos, estes expressamente referidos no art. 175 da Constituição Federal, como é o caso das empresas de transporte coletivo, de fornecimento de água, de distribuição e fornecimento de energia elétrica e outras dessa natureza.

Entendem alguns que a responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos incide exclusivamente na hipótese em que o dano é perpetrado contra usuários, e isso porque são estes os titulares do direito à adequada prestação do serviço; assim, não seria objetiva a responsabilidade perante terceiros. Ousamos dissentir de semelhante posicionamento. E por mais de uma razão. A uma, porque a Constituição não fez a menor distinção entre pessoas de direito público e pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos quanto à incidência da responsabilidade objetiva; se tal distinção não foi feita, não cabe ao intérprete fazê-la. A duas, porque haveria absoluta incongruência no que concerne à *ratio* do dispositivo. Com efeito, se tais pessoas privadas prestam serviço público, é claro que atuam como se fosse o próprio Estado, deste tendo recebido a devida delegação. Ora, se assim é, não caberia restringir-se sua responsabilidade civil objetiva apenas aos usuários, admitindo-se só para o Estado sua aplicação a todos, inclusive terceiros. Isso definitivamente não teria lógica. A responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF, tem carga de incidência idêntica para o Estado e

para as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos: aplica-se a todos, usuários e terceiros.[1525] O STF adotou de início posição restritiva, mas, acertadamente, alterou-a expressamente para ampliar o manto da responsabilidade e suprimir a equivocada distinção.[1526]

Há, ainda, dois pontos que, a nosso ver, merecem ser comentados. Primeiramente, é preciso identificar com nitidez as pessoas privadas que se enquadram no art. 37, § 6º, da Constituição. Devem elas prestar os serviços de forma delegada pelo Poder Público, sendo necessário que haja um vínculo jurídico de direito público entre o Estado e seu delegatário. Desse modo, algumas pessoas privadas só aparentemente prestam serviços públicos, mas como o fazem sob regime de direito privado, sem qualquer elo jurídico típico com o Poder Público, não estão inseridas na regra constitucional.[1527] Estão fora do dispositivo também as pessoas privadas que exercem atividades comerciais e industriais, porque inexiste qualquer relação de direito público entre elas e o Poder Público.[1528]

De outro lado, entendemos que as pessoas de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos) estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Estado. Sua atividade é, como já tivemos a oportunidade de ver, de caráter eminentemente social, podendo considerar-se que se qualifica como serviço público. Além do mais, têm vínculo com o Estado, porquanto foi este que fez editar as respectivas leis autorizadoras da criação das entidades e as vinculou a seus objetivos institucionais, obrigando-as, inclusive, à prestação de contas em razão dos recursos que auferem, decorrentes do recolhimento de contribuições compulsórias.[1529]

Em relação às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público, qualificação jurídica atribuída a entidades de direito privado que se associam ao Poder Público em regime de parceria, poderão surgir dúvidas sobre se estariam ou não sujeitas à responsabilidade objetiva. O motivo reside na circunstância de que são elas vinculadas ao ente estatal por meio de contratos de gestão ou termos de parceria, bem como pelo fato de que se propõem ao desempenho de serviço público. Em que pese a existência desses elementos de vinculação jurídica ao Estado, entendemos que sua responsabilidade é subjetiva e, consequentemente, regulada pelo Código Civil. É que esses entes não têm fins lucrativos e sua função é a de auxílio ao Poder Público para melhorar o resultado de

certas atividades de interesse do público e do próprio Estado. Assim, não se nos afigura que esse tipo de parceria desinteressada e de cunho eminentemente social carregue o ônus da responsabilidade objetiva, quando, sem a parceria, estariam as referidas pessoas reconhecidamente sob a égide do Código Civil.[1530] Convém ressaltar, no entanto, que, dissentindo de nosso pensamento, respeitável doutrina advoga a incidência do art. 37, § 6º, da CF, sobre as organizações sociais, realçando-lhes o fato de prestarem serviço público para considerá-las sujeitas à responsabilidade objetiva.[1531]

3.2. Agentes do Estado

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico.

A expressão *"nessa qualidade"* tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. Justamente por esse motivo é que já se atribuiu responsabilidade ao Estado em razão de danos causados por policial militar, que, a despeito de estar sem farda, se utilizou da arma pertencente à corporação. No caso, não exercia sua função, mas, ao usar a arma, conduziu-se a pretexto de exercê-la.[1532]

O termo *agente* tem sentido amplo, não se confundindo com o termo *servidor*. Este é de sentido mais restrito e envolve uma relação de trabalho entre o indivíduo e o Estado. O servidor é um agente do Estado, mas há outros agentes que não se caracterizam tipicamente como servidores, como veremos no Capítulo seguinte.

Deve considerar-se, por conseguinte, que na noção de agentes estão incluídas todas aquelas pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, sejam elas dos mais elevados níveis hierárquicos e tenham amplo poder decisório, sejam elas os trabalhadores mais humildes da Administração, no exercício das funções por ela atribuídas.[1533]

Diante disso, são agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado. Se, em sua atuação, causam danos a terceiros, provocam a responsabilidade civil do Estado.

Quanto a danos causados por notários (tabeliães) e oficiais de registro, suscitam-se alguns entendimentos divergentes. Embora exerçam sua função em virtude de delegação, conforme anuncia o art. 236, § 1º, da CF, o certo é que se configuram como verdadeiros agentes do Estado, sujeitando-se, inclusive, à sua fiscalização pelo Poder Judiciário. Por conseguinte, se causam danos a terceiros, o Estado tem responsabilidade civil direta, cabendo-lhe, porém, exercer seu direito de regresso contra os responsáveis e aplicar a devida punição, quando for o caso. [1534] Todavia, já se decidiu em contrário, considerando subsidiária a responsabilidade do Estado, com fundamento em situação de similitude com a responsabilidade de concessionários, argumento, com a devida vênia, improcedente, pois que se cuida de agentes com situações jurídicas inteiramente diversas.[1535]

3.3. A Duplicidade de Relações Jurídicas

O texto constitucional concernente à responsabilidade exibe, nitidamente, duas relações jurídicas com pessoas diversas e diversos fundamentos jurídicos.

Na primeira parte do dispositivo, a Constituição regula a relação jurídica entre o Estado e o lesado, sendo aquele considerado civilmente responsável por danos causados a este. O fundamento jurídico dessa relação, como temos visto, reside na responsabilidade objetiva do Estado, dispensada a prova da culpa pelo prejudicado.

A parte final do texto, no entanto, faz menção à relação jurídica pertinente ao direito de regresso, dela fazendo parte o Estado e seu agente. Ao dizer que o Estado pode exercer seu direito de regresso contra o agente responsável nos casos de culpa ou dolo, a Constituição vinculou as partes à teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa. Significa dizer que o Estado só pode ressarcir-se do montante com que indenizou o lesado se comprovar a atuação culposa de seu agente, o que, aliás, constitui a regra geral no direito privado.[1536]

Estão presentes, desse modo, no preceito constitucional, dois tipos de responsabilidade civil: a do Estado, sujeito à responsabilidade objetiva, e a do

agente estatal, sob o qual incide a responsabilidade subjetiva ou com culpa.

IV. Aplicação da Responsabilidade Objetiva

1. Pressupostos

A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva.

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do *fato administrativo*, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente *(culpa in eligendo)* ou pela má fiscalização de sua conduta *(culpa in vigilando)*.

O segundo pressuposto é *o dano*. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.

O último pressuposto é *o nexo causal* (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa.[1537] Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal.[1538] Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.

Em relação à primeira dessas hipóteses, já se decidiu acertadamente que não há responsabilidade do Estado no caso em que o veículo, depois de registrado, foi apreendido por ter sido furtado, e isso porque o certificado de registro, embora

sendo título de propriedade, não se configura como legitimador do negócio jurídico.[1539] Outro caso de exclusão da responsabilidade do Estado ocorreu em hipótese de deslizamento de encosta causado pelas sucessivas escavações das próprias vítimas.[1540]

O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. O exame supérfluo e apressado de fatos causadores de danos a indivíduos tem levado alguns intérpretes à equivocada conclusão de responsabilidade civil do Estado. Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um fato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato. Essa é a razão por que os estudiosos têm consignado, com inteira dose de acerto, que *"a responsabilidade objetiva fixada pelo texto constitucional exige, como requisito para que o Estado responda pelo dano que lhe for imputado, a fixação do nexo causal entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal".*[1541]

O mais importante, no que tange à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva da Administração, é que, presentes os devidos pressupostos, tem esta o dever de indenizar o lesado pelos danos que lhe foram causados *sem que se faça necessária a investigação sobre se a conduta administrativa foi, ou não, conduzida pelo elemento culpa*. Por conseguinte, decisões lícitas do governo são suscetíveis, em alguns casos, de ensejar a obrigação indenizatória por parte do Estado. Vale a pena, à guisa de exemplo, relembrar decisão do STF que condenou a União a indenizar os prejuízos decorrentes de sua intervenção no domínio econômico, em função da qual se determinara a fixação de preços, no setor sucro-alcooleiro, em patamar inferior aos valores apurados e propostos por autarquia ligada ao próprio governo federal (o extinto Instituto Nacional do Açúcar e do Álcool), o que, obviamente, gerou inegáveis prejuízos. Considerou a Corte que, *embora legítima a intervenção estatal*, há certos limites para executá-la, inclusive dentro do princípio constitucional da liberdade de iniciativa (livre exercício das atividades econômicas), previsto no art. 170, *caput*, da Constituição. Em que pese a legitimidade da conduta, estavam presentes os pressupostos da responsabilidade objetiva, de modo que à União caberia indenizar todos os prejudicados em virtude da decisão que adotou.[1542]

2. Ônus da Prova: Inversão

A questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano.

Mas há ainda outro fator que merece ser analisado. A pretensão formulada pelo indivíduo para obter do Estado a reparação de prejuízos atenua em muito o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*onus probandi incumbit ei que dicit, non qui negat*). Se o autor da ação alega a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado-réu a contraprova sobre tais alegações.[1543]

3. Participação do Lesado

O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. É essa a razão do repúdio à denominada teoria do risco integral, que, como já vimos, é injusta, absurda e inadmissível no direito moderno.

Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano.

Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano.

Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano, ou que ao menos tenha contribuído de alguma forma para que o dano tivesse surgido. No primeiro caso, a hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade.[1544] O efeito danoso, em tal situação, deve ser atribuído exclusivamente àquele que causou o dano a si mesmo.[1545]

Se, ao contrário, o lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Poder Público arcasse sozinho com a reparação dos prejuízos. Nesse caso, a indenização devida pelo Estado deverá sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso. Desse modo, se Estado e lesado contribuíram

por metade para a ocorrência do dano, a indenização devida por aquele deve atingir apenas a metade dos prejuízos sofridos, arcando o lesado com a outra metade. É a aplicação do sistema da compensação das culpas no direito privado. Exemplo interessante foi o de acidente de trânsito em que dois veículos colidiram em cruzamento por força de defeito no semáforo: provado que ambos trafegavam com excesso de velocidade, contribuindo para o resultado danoso, foi-lhes assegurada indenização do Poder Público apenas pela metade dos danos.[1546]

A jurisprudência tem reconhecido, com absoluta exatidão, o sistema de compensação de culpas e do dever indenizatório. Em hipótese na qual o particular edificou casa residencial numa encosta de colina, sem as indispensáveis cautelas e comprometendo a estabilidade das elevações, tendo sido o imóvel destruído por fortes chuvas e comprovada culpa concorrente do Município, decidiu o TJ-RJ que *há partilha de responsabilidade e, por consequência óbvia, nos danos a compor, reduzindo-se a imposição do ressarcimento dos danos apurados.*[1547]

O novo Código Civil, curvando-se à real existência de diversos fatos dessa natureza, instituiu pertinentemente norma disciplinando a culpa civil recíproca. Dita o art. 945 do novo diploma: *"Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano"*. O dispositivo, como se nota, abriga no direito positivo a tese antes acolhida apenas em sede jurisprudencial, reforçando a solução hoje aplicada no caso de responsabilidade da Administração Pública com participação do lesado no desfecho de seu próprio dano.

4. Fatos Imprevisíveis

Não é raro que os indivíduos sofram danos em razão de fatos que se afiguram imprevisíveis, aqueles eventos que, por alguma causa, ocorrem sem que as pessoas possam pressenti-los e até mesmo preparar-se para enfrentá-los e evitar os prejuízos, às vezes vultosos, que ocasionam.

São fatos imprevisíveis aqueles eventos que constituem o que a doutrina tem denominado de *força maior* e de *caso fortuito*. Não distinguiremos, porém, essas categorias, visto que há grande divergência doutrinária na caracterização de cada um dos eventos. Alguns autores entendem que a força maior é o acontecimento originário da vontade do homem, como é o caso da greve, por exemplo, sendo o

caso fortuito o evento produzido pela natureza, como os terremotos, as tempestades, os raios e trovões.[1548] Outros dão caracterização exatamente contrária, considerando força maior os eventos naturais e caso fortuito; os de alguma forma imputáveis ao homem.[1549] Há, ainda, quem considere caso fortuito um acidente que não exime a responsabilidade do Estado.[1550]

Pensamos que o melhor é agrupar a força maior e o caso fortuito como fatos imprevisíveis, também chamados de *acaso*, porque são idênticos os seus efeitos. [1551]

E qual a importância desses fatos no que diz respeito à responsabilidade do Estado? O primeiro ponto que importa considerar é o relativo ao caráter de *imprevisibilidade* de que se revestem. Significa dizer que sua ocorrência estava fora do âmbito da normal prevenção que podem ter as pessoas. Tais fatos, como anota VEDEL, são imprevisíveis e irresistíveis.[1552]

O outro aspecto a considerar reside na exclusão da responsabilidade do Estado no caso da ocorrência desses fatos imprevisíveis. Vimos que os pressupostos da responsabilidade objetiva são o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Ora, na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado. Em outras palavras, são eles excludentes da responsabilidade.

É preciso, porém, verificar, caso a caso, os elementos que cercam a ocorrência do fato e os danos causados. Se estes forem resultantes, em conjunto, do fato imprevisível e de ação ou omissão culposa do Estado, não terá havido uma só causa, mas *concausas,* não se podendo, nessa hipótese, falar em excludente de responsabilidade. Como o Estado deu causa ao resultado, segue-se que a ele será imputada responsabilidade civil. Por respeito à equidade, porém, a indenização será mitigada, cabendo ao Estado *reparar o dano de forma proporcional à sua participação no evento lesivo* e ao lesado arcar com o prejuízo correspondente a sua própria conduta. [1553]

Em certas circunstâncias, a situação decorrente de danos provocados por fatos de terceiros assemelha-se à relativa aos fatos imprevisíveis no que concerne à

análise da responsabilidade civil da Administração. Sem que se possa imputar atuação omissiva direta ao Estado, não há como responsabilizá-lo civilmente por atos de terceiros. Somente mediante a constatação de que a omissão foi a responsável conjunta pela ocorrência do dano é que se pode atribuir a responsabilidade estatal. É o caso, lamentavelmente frequente, de furtos e assaltos à mão armada em transportes coletivos ou na via pública. Sem a prova da culpa, não há como responsabilizar a empresa concessionária de transporte, já que ela própria assume a condição de lesada juntamente com os passageiros. Nesse sentido se têm pronunciado os Tribunais.[1554] É justo reconhecer que opiniões em sentido contrário se justificam em razão do cansaço da sociedade pelo alto grau de violência que tem assolado as grandes cidades. Semelhante visão, porém, funda-se em argumento de ordem emocional, que, por isso mesmo, resulta dissociado da verdadeira análise jurídica.

5. Atos de Multidões

Não é incomum que os indivíduos sofram prejuízos em razão de atos danosos praticados por agrupamentos de pessoas. Nas sociedades de massa atuais se torna cada vez mais comum que multidões dirijam sua fúria destruidora a bens particulares, normalmente quando pretendem evidenciar algum protesto contra situações especiais. Em todo o mundo ocorrem esses movimentos, ora de estudantes contra a polícia, ora da população contra o Estado, ora de delinquentes contra o indivíduo. Sabemos que, nos agrupamentos de pessoas, o indivíduo perde muito dos parâmetros que demarcam seus valores morais e sociais, deixando-se levar pela caudalosa corrente do grupo e agindo, dentro do grupo, como não o faria individualmente. Daí ser reconhecida hoje a chamada psicologia das multidões.

Qual a repercussão dos atos de multidões na responsabilidade civil do Estado?

A regra, aceita no direito moderno, é a de que os danos causados ao indivíduo em decorrência exclusivamente de tais atos não acarreta a responsabilidade civil do Estado, já que, na verdade, são tidos como atos praticados por terceiros. Sequer existem os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, seja pela ausência da conduta administrativa, seja por falta de nexo causal entre atos estatais e o dano. Pelo inusitado ou pela rapidez com que os fatos ocorrem, não se pode atribuir os seus efeitos a qualquer ação ou omissão do Poder Público.[1555]

Ocorre, porém, que, em certas situações, se torna notória a omissão do Poder Público, porque teria ele a possibilidade de garantir o patrimônio das pessoas e evitar os danos provocados pela multidão. Nesse caso, é claro que existe uma conduta omissiva do Estado, assim como é indiscutível o reconhecimento do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, configurando-se, então, a responsabilidade civil do Estado. Trata-se, pois, de situação em que fica cumpridamente provada a omissão culposa do Poder Público. Essa é a orientação que tem norteado a jurisprudência a respeito do assunto.[1556]

Suponha-se, para exemplificar, que se esteja formando um agrupamento com mostras de hostilidade em certo local onde há várias casas comerciais. Se os órgãos de segurança tiverem sido avisados a tempo e ainda assim não tiverem comparecido os seus agentes, a conduta estatal estará qualificada como omissiva culposa, ensejando, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado, em ordem a reparar os danos causados pelos atos multitudinários. Tal como na hipótese dos fatos imprevisíveis, contudo, a indenização será proporcional à participação omissiva do Estado no resultado danoso.

6. Danos de Obra Pública

A questão da responsabilidade do Estado oriunda de danos provocados por obras públicas tem apresentado alguma controvérsia entre os estudiosos e nas decisões judiciais. Entretanto, parece-nos que se pode estabelecer um sistema lógico para o assunto, procurando distinguir as várias hipóteses que o tema encerra.

A primeira hipótese é aquela em que o dano é provocado pelo só fato da obra. Por alguma razão natural ou imprevisível, e sem que tenha havido culpa de alguém, a obra pública causa dano ao particular. Se tal ocorrer, dar-se-á a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de quem esteja executando a obra, eis que presentes todos os pressupostos para sua configuração.[1557] Ainda que não se possa caracterizar de ilícita a atividade estatal, a responsabilidade decorre da própria teoria do risco administrativo.[1558]

Uma segunda hipótese pressupõe que o Estado tenha cometido a execução da obra a um empreiteiro através de contrato administrativo, e que o dano tenha sido provocado exclusivamente por culpa do executor. A solução será a de atribuir-se ao empreiteiro a responsabilidade subjetiva comum de direito privado, sabido que

cumpre o contrato sob sua conta e risco. A ação deve ser movida, no caso, somente contra o empreiteiro, sem participação do Estado no processo. A responsabilidade do Estado é subsidiária, isto é, só estará configurada se o executor não lograr reparar os prejuízos que causou ao prejudicado.[1559]

É viável, por fim, que tanto o empreiteiro privado como o próprio Poder Público (este, ainda que por omissão) tenham contribuído para o fato causador do dano. Aqui ambos têm responsabilidade primária e solidária, podendo figurar conjuntamente na ação de reparação de danos proposta pelo lesado.[1560]

7. Condutas Omissivas

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.[1561]

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa.*[1562] A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.[1563] Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.[1564]

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágr. único, do Cód. Civil, estabelece que "*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei*",[1565] o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43, do Cód. Civil, que, como vimos, se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não

incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6º, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houver culpa.[1566]

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente *a responsabilidade objetiva*; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva.[1567] A responsabilidade objetiva é um *plus* em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.

Na verdade, nenhuma novidade existe nesse tipo de responsabilidade. Quer-nos parecer, assim, que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas, quando se tratar de conduta omissiva, estará ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilização se dará por culpa.[1568] Acresce notar, por fim, que, mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade subjetiva, estarão fatalmente presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser esta mais abrangente que aquela. De fato, sempre estarão presentes o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade. A única peculiaridade é que, nas condutas omissivas, se exigirá, além do fato administrativo em si, que seja ele calcado na culpa.

Uma das hipóteses que, sem qualquer dúvida, evidenciam culpa em conduta omissiva da Administração é a que resulta de descumprimento de ordem judicial. Na verdade, nem deveria ocorrer essa omissão, mas infelizmente aqui e ali alguns administradores relutam em atender a determinações judiciais. Quando não a descumprem, retardam o seu cumprimento, o que também revela omissão quanto a dever concreto de agir. Nesses casos, o lesado tem direito a ser indenizado pela Administração omissa.[1569] Além da responsabilidade civil, é possível ainda, dependendo das circunstâncias do caso, que os agentes responsáveis pela omissão sejam responsabilizados funcional e criminalmente.

Outra hipótese reside na omissão do Estado, quando devida e comprovadamente advertido da possibilidade de ocorrer o fato causador dos danos. Mesmo que o fato provenha de terceiros, o certo é que conduta diligente do Estado poderia ter impedido a sua ocorrência. Aqui a responsabilidade civil do Estado pela omissão é concreta, não podendo fugir à obrigação de reparar os danos. Exemplo: professora recebeu ameaças de agressão por parte de aluno e, mais de uma vez, avisou a direção da escola, que ficou omissa; tendo-se consumado as agressões, tem o Poder Público responsabilidade por sua omissão.[1570]

Assinale-se, por oportuno, que, tratando-se de responsabilidade civil, urge que, nas condutas omissivas, além do elemento culposo, se revele a presença de *nexo direto de causalidade* entre o fato e o dano sofrido pela vítima. Significa dizer que não pode o intérprete buscar a relação de causalidade quando há uma ou várias intercausas entre a omissão e o resultado danoso.[1571] De qualquer modo, incidirá sempre a responsabilidade com culpa.[1572]

Parece-nos adequado e pertinente tecer um último comentário sobre a matéria. Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais à medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omisso no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º, da CF). Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o

sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla.

Por força desses aspectos, vemos com profunda preocupação decisões judiciais que atribuem responsabilidade civil do Estado por omissão, sem que esta tenha nexo direto de causalidade com o resultado, ou seja, omissões genéricas decorrentes das carências existentes em todas as sociedades.[1573] O mesmo ocorre com decisões que tratem as omissões sob o manto da responsabilidade objetiva, em flagrante desvio de perspectiva.[1574] Parece-nos, pois, deva haver redobrada cautela no trato dessa matéria.

8. Responsabilidade Primária e Subsidiária

Tema que tem merecido muitas considerações por parte dos especialistas é o relativo à responsabilidade primária e subsidiária no que toca às condutas estatais. A responsabilidade é primária quando atribuída diretamente à pessoa física ou à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Será subsidiária a responsabilidade quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

Em consequência, a responsabilidade do Estado será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes. Assim, se um servidor, ou qualquer outro agente, estiver atuando em nome da União, do Estado, do Município, do Distrito Federal ou de uma autarquia ou fundação autárquica, o dano que causar será atribuído, primariamente, à pessoa jurídica estatal a cujo quadro pertencer.

Nem sempre, entretanto, a responsabilidade do Estado será primária. Como já vimos anteriormente, há muitas pessoas jurídicas que exercem sua atividade como efeito da relação jurídica que as vincula ao Poder Público, podendo ser variados os títulos jurídicos que fixam essa vinculação. Estão vinculadas ao Estado as pessoas de sua Administração Indireta, as pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionários e permissionários de serviços públicos) e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos por força de contratos administrativos.

Em todos esses casos, a responsabilidade primária deve ser atribuída à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Mas, embora não se possa atribuir responsabilidade direta ao Estado, o certo é que também não será lícito eximi-lo inteiramente das consequências do ato lesivo. Sua responsabilidade, porém, será

subsidiária, ou seja, somente nascerá quando o responsável primário não mais tiver forças para cumprir a sua obrigação de reparar o dano.[1575]

Por conseguinte, não abonamos o pensamento de que o Poder Público tem responsabilidade solidária pelos danos causados por pessoa privada à qual compete prestar determinado serviço público, só pelo fato de ter havido delegação do serviço. Trata-se, a nosso ver, de conclusão tipicamente passional, de caráter radical e afastada dos cânones jurídicos que regem a matéria. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é *exclusiva* da pessoa prestadora do serviço, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*.[1576] Resulta, pois, nessa hipótese, que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima *ad causam* na referida ação.

V. Atos Legislativos

1. Regra Geral

A função de legislar constitui uma das atividades estruturais do Estado moderno, senão a mais relevante, tendo em conta que consubstancia a própria criação do direito (*ius novum*). Além do mais, a função legislativa transcende à mera materialização das leis para alcançar o *status* que espelha o exercício da soberania estatal, vale dizer, da autodeterminação dos Estados com vistas à instituição das normas que eles próprios entendem necessárias à disciplina social.

Por esse motivo, tivemos a oportunidade de consignar, em trabalho que publicamos, que a regra geral, no caso de atos legislativos, deve sempre ser a de não ser atribuída responsabilidade civil ao Estado, sobretudo porque a edição de leis, por si só, não tem normalmente o condão de acarretar danos indenizáveis aos membros da coletividade.[1577]

É claro, porém, que a questão nem sempre apresenta essa simplicidade. No

Direito estrangeiro, têm variado as soluções, inclusive de doutrinadores. Em alguns casos, sustenta-se a total irresponsabilidade do Estado; em outros, entende-se que haverá a responsabilidade do Estado se a lei causar dano a pessoas ou a grupos sociais; outros, ainda, só admitem a responsabilização no caso de leis inconstitucionais.[1578]

Apesar da divergência existente entre os autores nacionais, entendemos que o ato legislativo não pode mesmo causar a responsabilidade civil do Estado, se a lei é produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais. Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não vemos como uma lei, regularmente disciplinadora de certa matéria, cause prejuízo ao indivíduo, sabido que os direitos adquiridos já incorporados a seu patrimônio jurídico são insuscetíveis de serem molestados pela lei nova, *ex vi* do art. 5º, XXXVI, da CF. Acresce, ainda, que a lei veicula regras gerais, abstratas e impessoais, não atingindo, como é óbvio, direitos individuais.

Pode ocorrer, isto sim, e frequentemente ocorre, que a lei nova contrarie interesses de indivíduos ou de grupos, mas esse fato, por si só, não pode propiciar a responsabilidade civil do Estado para obrigá-lo à reparação de prejuízos. Parece-nos incoerente, de fato, responsabilizar civilmente o Estado, quando as leis, regularmente editadas, provêm do órgão próprio, integrado exatamente por aqueles que a própria sociedade elegeu – pensamento adotado por alguns estudiosos.[1579]

Cumpre reconhecer, entretanto, que moderna doutrina tem reconhecido, em situações excepcionais, a obrigação do Estado de indenizar, ainda que a lei produza um *dano jurídico lícito*. Isso ocorre particularmente quando a lei atinge direitos de determinado grupo de indivíduos (p.ex.: o de propriedade), à custa de algum outro benefício conferido a um universo maior de destinatários. Trata-se aqui de *dano lícito indenizável,* sujeito, no entanto, a que seja (a) economicamente mensurável, (b) especial e (c) anormal.[1580] De qualquer modo, sempre será necessária certa precaução no que tange à análise de tais situações, em ordem a evitar que lei contrária a meros interesses possa gerar pretensões reparatórias despidas de fundamento jurídico.

2. Leis Inconstitucionais

Enfoque inteiramente diverso é o que diz respeito à produção de leis

inconstitucionais.

Quando se assenta a premissa de que a soberania do Estado permite àqueles que representam a sociedade a edição de atos legislativos, a suposição é a de que tais atos devem guardar compatibilidade com a Constituição. Significa dizer que ao poder jurídico e político de criação de leis, o Estado, por seus agentes parlamentares, tem o dever de respeitar os parâmetros constitucionais. Por isso, assim como se pode afirmar ser lícita a edição regular de leis, pode também asseverar-se que é ilícito criar lei em descompasso com a Constituição.

Desse modo, é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete atuação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a sua responsabilidade civil.[1581] Como já acentuou autorizada doutrina, a noção de lei inconstitucional corresponde à de *ato ilícito*, provocando o dever de ressarcir os danos patrimoniais dele decorrentes. [1582]

Releva destacar alguns aspectos. Em primeiro lugar, a responsabilidade só se consuma se o ato legislativo efetivamente produziu danos ao particular, pois que frequentemente a inconstitucionalidade da lei em nada afeta a órbita jurídica patrimonial das pessoas. Depois, é preciso que a lei tenha sido declarada inconstitucional, visto que milita em seu favor a presunção de constitucionalidade, presunção esta desmentida apenas quando o órgão judiciário expressamente proclamar a inconstitucionalidade.[1583] Por último, não há confundir o dano proveniente da lei inconstitucional ou aquele derivado de ato praticado com base na lei inconstitucional. Em ambos os casos, o Estado será civilmente responsável, mas no primeiro é a lei em si que provoca o dano, ao passo que no segundo é o ato praticado com base na lei; assim, a inconstitucionalidade lá é causa direta da responsabilidade, enquanto que aqui é causa indireta.

Avulta, ainda, destacar que o fato gerador da responsabilidade estatal no caso – a *inconstitucionalidade da lei* – alcança tanto a inconstitucionalidade *material* como a *formal,* pois que, na verdade, o vício de forma na lei também não escusa a ilegítima atuação do órgão legislativo.[1584] Primitivamente, admitia-se a responsabilidade apenas quando houvesse controle concentrado de constitucionalidade; entretanto, atualmente já se considera que o *controle incidental* pode, da mesma forma, gerar a

responsabilidade do Estado, eis que inexiste qualquer óbice no direito positivo para tal conclusão.[1585] A verdade é que tanto numa hipótese quanto na outra fica reconhecido o *erro legislativo*.

3. Leis de Efeitos Concretos

Leis de efeitos concretos são aquelas que se apresentam como leis sob o aspecto formal, mas que, materialmente, constituem meros atos administrativos. Para que surjam, seguem todo o processo legislativo adotado para as leis em geral. Não irradiam, todavia, efeitos gerais, abstratos e impessoais como as verdadeiras leis, mas, ao contrário, atingem a esfera jurídica de indivíduos determinados, razão por que pode dizer-se que são concretos os seus efeitos.

Em relação a tais leis, já se pacificaram doutrina e jurisprudência no sentido de que podem ser impugnadas através das ações em geral, inclusive o mandado de segurança, sendo interessado aquele cuja órbita jurídica seja hostilizada pelos seus efeitos.[1586]

Com esse perfil, não é difícil concluir que, se uma lei de efeitos concretos provoca danos ao indivíduo, fica configurada a responsabilidade civil da pessoa jurídica federativa de onde emanou a lei, assegurando-se ao lesado o direito à reparação dos prejuízos.[1587]

4. Omissão Legislativa

Tema que tem merecido, ultimamente, alguma discussão é o relativo à *omissão legislativa,* isto é, à inércia do Poder Legislativo no que concerne a seu dever de legislar quando previsto na Constituição. O debate não era muito difundido na doutrina clássica, mas se acentuou a partir da vigente Constituição, que considerou inconstitucional a omissão legislativa e apontou *mecanismos específicos* para combatê-la, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

A questão consiste no seguinte: o Estado tem responsabilidade civil em virtude de sua omissão no dever de legislar? A matéria rende ensejo a algumas distinções.

Parece-nos que, se o texto constitucional fixa determinado prazo para o ato legislativo, a apresentação de projeto de lei ou a edição de medida provisória antes do prazo consolida o cumprimento do dever constitucional, ainda que o ato final

seja produzido em momento posterior, fato que se justifica em função do processo legislativo imposto pela Constituição. Consequentemente, não haverá responsabilidade civil do Estado nem dever de indenizar.

Não cumprida a obrigação no prazo constitucional, e decretando o Poder Judiciário a mora do legislador, sem a fixação de prazo para o cumprimento, a diligência do Executivo ou do Legislativo, perpetrada em prazo situado dentro de *padrões de razoabilidade,* não acarreta a responsabilidade civil do Estado, não havendo, portanto, dever indenizatório.[1588] Fora de tais padrões, há de considerar-se inarredável a culpa omissiva do legislador e, por tal motivo, eventuais prejudicados têm direito à reparação de seus danos por parte da unidade federativa omissa.

Pensamos, todavia, que a evolução da responsabilidade civil estatal deve avançar mais e conduzir a solução mais rigorosa e menos condescendente com as omissões do Estado. Se é certo que inexiste, como regra, prazo certo para o exercício da função legislativa, não menos certo é que o reconhecimento da mora no caso de expressa previsão constitucional quanto ao prazo para legislar deve implicar, por sua própria natureza, a responsabilidade civil do Estado e o dever de indenizar, uma vez que tal inação reflete inaceitável abuso de poder. Na verdade, é desnecessária decisão judicial que figure como condição dessa responsabilidade.[1589] A indevida leniência com os abusos estatais não ajuda em nada e, ao revés, contribui para a perpetuação desse tipo de inconstitucionalidade.[1590]

VI. Atos Judiciais

1. Atos Administrativos e Jurisdicionais

As expressões *atos judiciais* e *atos judiciários* suscitam algumas dúvidas quanto a seu sentido. Como regra, tem-se empregado a primeira expressão como indicando os *atos jurisdicionais* do juiz (aqueles relativos ao exercício específico da função do juiz). Atos judiciários é expressão que tem sido normalmente reservada aos atos administrativos de apoio praticados no Judiciário. Para o tema da responsabilidade civil do Estado, é preciso distinguir a natureza dos atos oriundos do Poder Judiciário.

Como todo Poder do Estado, o Judiciário produz inúmeros atos de administração além daqueles que correspondem efetivamente à sua função típica.

São, portanto, atos administrativos, diversos dos atos jurisdicionais, estes peculiares ao exercício de sua função.

No que concerne aos atos administrativos (ou atos judiciários), incide normalmente sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que, é lógico, presentes os pressupostos de sua configuração. Enquadram-se aqui os atos de todos os órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário, bem como os praticados por motoristas, agentes de limpeza e conservação, escrivães, oficiais cartorários, tabeliães e, enfim, de todos aqueles que se caracterizam como agentes do Estado.[1591]

Os atos jurisdicionais, já antecipamos, são aqueles praticados pelos magistrados no exercício da respectiva função. São, afinal, os atos processuais caracterizadores da função jurisdicional, como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças. Em relação a tais atos é que surgem vários aspectos a serem considerados.

Não obstante, é relevante desde já consignar que, tanto quanto os atos legislativos, os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado.[1592] São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição.[1593]

Por outro lado, o instituto da coisa julgada, aplicável às decisões judiciais, tem o intuito de dar definitividade à solução dos litígios, obediente ao princípio da segurança das relações jurídicas. Se a decisão judicial causou prejuízo à parte e esta não se valeu dos recursos para revê-la, sua inércia a impede de reclamar contra o ato prejudicial. Se, ao contrário, o ato foi confirmado em outras instâncias, é porque tinha ele legitimidade, sendo, então, inviável a produção de danos à parte.

2. Condutas Dolosas

Há hipóteses, embora não muito comuns, em que o juiz pratica ato jurisdicional com o intuito deliberado de causar prejuízo à parte ou a terceiro. No

caso, a conduta é dolosa e revela, sem dúvida, violação a dever funcional, como estatuído na Lei Orgânica da Magistratura.

Segundo o art. 133 do CPC, o juiz responde por perdas e danos quando no exercício de suas funções procede dolosamente, inclusive com fraude, bem como quando recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Nesse caso, a responsabilidade é individual do juiz, cabendo-lhe, em consequência, o dever de reparar os prejuízos que causou.

Contudo, ninguém pode negar que o juiz é um agente do Estado. Sendo assim, não pode deixar de incidir também a regra do art. 37, § 6º, da CF, sendo, então, civilmente responsável a pessoa jurídica federativa (a União ou o Estado-Membro), assegurando-se-lhe, porém, direito de regresso contra o juiz.

Para a compatibilização da norma do Código de Processo Civil com a Constituição, forçoso será reconhecer que o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz responsável pelo dano, ou, ainda, contra ambos, o que é admissível porque o autor terá que provar, de qualquer forma, que a conduta judicial foi consumada de forma dolosa.[1594]

3. Condutas Culposas

O ato jurisdicional causador do dano pode, entretanto, ter sido praticado de forma culposa. É o caso, por exemplo, em que o juiz profere sentença de modo negligente, sem ter apreciado devidamente as provas produzidas no processo.

Se esse ato é de natureza penal, já o Código de Processo Penal previa a responsabilidade civil do Estado. Trata-se da revisão criminal, ação especial que visa à desconstituição de sentença que contenha erro judiciário. Dispõe o art. 630 desse Código que o tribunal, se a parte o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos causados. Essa norma foi abraçada pelo art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual *"o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"*. Significa que, se o indivíduo é condenado em virtude de sentença que contenha erro judiciário, inclusive por conduta culposa do juiz, tem ele direito à reparação dos prejuízos a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado.

Se a solução é tranquila no que diz respeito a atos jurisdicionais de natureza

penal, o mesmo não se pode dizer em relação a atos de natureza cível.

Como regra, já se viu, os atos jurisdicionais decorrentes de conduta culposa do juiz na área cível não ensejavam a responsabilidade civil do Estado, pois que afinal teria o interessado os mecanismos recursais com vistas a evitar o dano. No entanto, o texto que está no art. 5º, LXXV, da CF dá margem a dúvidas, visto que se limita a mencionar *o condenado por erro judiciário*, sem especificar que tipo de condenação, cível ou criminal. Apesar da dúvida que suscita, entendemos que o legislador constituinte pretendeu guindar à esfera constitucional a norma legal anteriormente contida no Código de Processo Penal, sem, todavia, estender essa responsabilidade a atos de natureza cível. Em nosso entendimento, portanto, se um ato culposo do juiz, de natureza cível, possibilita a ocorrência de danos à parte, deve ela valer-se dos instrumentos recursais e administrativos para evitá-los, sendo inviável a responsabilização civil do Estado por fatos desse tipo. A não ser assim, os juízes perderiam em muito a independência e a imparcialidade, bem como permaneceriam sempre com a insegurança de que atos judiciais de seu convencimento pudessem vir a ser considerados resultantes de culpa em sua conduta.[1595]

Não obstante, parece-nos inteiramente cabível distinguir os *atos tipicamente jurisdicionais* do juiz, normalmente praticados dentro do processo judicial, dos *atos funcionais,* ou seja, daquelas ações ou omissões que digam respeito à atuação do juiz fora do processo. Neste último caso, diferentemente do que sucede naqueles, se tais condutas provocam danos à parte sem justo motivo, o Estado deve ser civilmente responsabilizado, ainda que o juiz tenha agido de forma apenas culposa, porque o art. 37, § 6º, da CF é claro ao fixar a responsabilidade estatal por danos que seus agentes causarem a terceiros, e entre seus agentes encontram-se, à evidência, inseridos os magistrados. É o caso, por exemplo, em que o juiz retarda, sem justa causa, o andamento de processos; ou perde processos por negligenciar em sua guarda; ou deixa, indevidamente, de atender a advogado das partes; ou ainda pratica abuso de poder em decorrência de seu cargo.

Todas essas hipóteses, que refletem condutas mais de caráter administrativo do que propriamente jurisdicionais, rendem ensejo, desde que provados o dano e o nexo causal, à responsabilidade civil do Estado e ao consequente dever de indenizar, sem contar, é óbvio, a responsabilidade funcional do juiz. O Estado, todavia, nos termos do referido mandamento constitucional, tem direito de regresso

contra o juiz responsável pelo dano, o qual, demonstrada sua culpa, deverá ressarcir o Estado pelos prejuízos que lhe causou. O mesmo, em nosso entender, aplica-se aos membros do Ministério Público em face de sua posição no cenário jurídico pátrio.

Questão que ultimamente vem sendo arguida é a que consiste em saber se há responsabilidade civil do Estado pela violação do *princípio da duração razoável do processo*, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF e introduzido pela EC 45/2004 (Reforma do Judiciário). Para alguns estudiosos, se a violação decorrer de falha no serviço judiciário ou em paralisações injustificadas do processo, o Estado está sujeito à responsabilidade objetiva, com base no art. 37, § 6º, da CF.[1596] Assim não pensamos, porém. Sem considerar a indeterminação do conceito – já que "*duração razoável*" é expressão fluida e sem densidade de exatidão – parece-nos que a ofensa ao referido princípio implicará sempre a investigação sobre a forma como se desenvolveu o serviço, de modo que a conclusão a que chegar o intérprete terá que enveredar pelo terreno da culpa no serviço. A hipótese, pois, é a de incidência da responsabilidade com culpa (ou subjetiva, se assim se preferir).

VII. Reparação do Dano

1. A Indenização

A indenização é o montante pecuniário que traduz a reparação do dano. Corresponde à compensação pelos prejuízos oriundos do ato lesivo.

A indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária. Tendo havido morte, incide a regra do art. 948 do Código Civil, que fixa os fatores suscetíveis de serem indenizados.[1597] Por outro lado, ocorrendo lesões corporais ou redução de capacidade de trabalho, aplicam-se os arts. 949 e 950 do mesmo Código.

2. Meios de Reparação do Dano

Perpetrada a ofensa ao patrimônio do lesado, a reparação do dano a ser reivindicada pode ser acertada através de dois meios: o *administrativo* e o *judicial*.

Na via administrativa, o lesado pode formular seu pedido indenizatório ao órgão competente da pessoa jurídica civilmente responsável, formando-se, então, processo administrativo no qual poderão manifestar-se os interessados, produzir-se provas e chegar-se a um resultado final sobre o pedido. Se houver acordo quanto ao montante indenizatório, é viável que o pagamento se faça de uma só vez ou parceladamente, tudo de acordo com a autocomposição das partes interessadas.

Não havendo acordo, ao lesado caberá propor a adequada ação judicial de indenização, que seguirá o procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme a hipótese (arts. 272 e 275 do CPC). O foro da ação vai depender da natureza da pessoa jurídica: se for a União, empresa pública ou entidade autárquica federal, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, CF); se for de outra natureza, competente será a Justiça Estadual, caso em que deverá ser examinado o que dispuser o Código de Organização Judiciária local. Observe-se, ainda, que, dependendo do valor pleiteado, pode a ação ser proposta nos Juizados Especiais Federais[1598] ou nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, onde já estiverem instalados.[1599]

3. Prescrição

O direito do lesado à reparação dos prejuízos tem natureza pessoal e obrigacional. Como ocorre com os direitos subjetivos em geral, não podem eles ser objeto da inércia de seu titular, sob pena do surgimento da prescrição da ação que tenha por fim a tutela desses direitos.

Se a pessoa responsável se enquadra como entidade federativa ou autárquica (incluídas, pois, as fundações de direito público), consumava-se a prescrição no prazo de cinco anos contados a partir do fato danoso. Tal prazo extintivo situava-se no âmbito da clássica prescrição quinquenal das ações pessoais contra o Estado (Decreto nº 20.910/32). Esse tipo de prescrição, como é sabido, abrangia, entre outras, a pretensão do lesado à indenização, tornando impossível quer o pedido administrativo, quer a ação judicial.

Ao contrário, se ré for pessoa de direito privado, a questão relativa ao prazo prescricional merece cuidadoso exame. O Código Civil revogado fixava em vinte anos o prazo de prescrição de direitos pessoais (art. 177). Ocorre que a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001, inserindo o art. 1º-C na Lei nº 9.494, de

10/9/1997, que dispõe sobre tutela antecipada contra a Fazenda, consignou que prescreve em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público *e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*. Houve, portanto, derrogação do antigo Código Civil nessa parte, de forma que as pessoas privadas abrangidas pelo art. 37, § 6º, da CF, passaram a ter o mesmo privilégio que têm as pessoas públicas no que toca à prescrição quinquenal de ações indenizatórias de terceiros em virtude de danos causados por seus agentes.

O vigente Código Civil, no entanto, introduziu várias alterações na disciplina da prescrição, algumas de inegável importância. Uma delas diz respeito ao prazo genérico da prescrição, que passou de vinte (específica para direitos pessoais) para dez anos (art. 205). Outra é a que fixa o prazo de *três anos* para a prescrição da *pretensão de reparação civil*.[1600] Vale dizer: se alguém sofre dano por ato ilícito de terceiro, deve exercer a pretensão reparatória (ou indenizatória) no prazo de três anos, pena de ficar prescrita e não poder mais ser deflagrada.

Como o texto se refere à reparação civil de forma genérica, será forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas como as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Desse modo, ficarão derrogados os diplomas acima *no que concerne à reparação civil*.[1601] Contudo, as demais pretensões pessoais contra a Fazenda continuam sujeitas à prescrição quinquenal prevista no Decr. nº 20.910/32.

Cumpre nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decr. 20.910/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das

regras de direito intertemporal sobre lei especial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal.[1602] -[1603]

4. Sujeito Passivo da Lide

Há alguns pontos controvertidos em relação ao sujeito passivo da lide indenizatória.

De início, não há qualquer dúvida de que a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado prestadora de serviço público têm idoneidade para figurar no pólo passivo do processo. Terão, portanto, a condição de rés, porque a elas é imputada a responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano.

Questiona-se, todavia, se é viável ajuizar a ação diretamente contra o agente estatal causador do dano, sem a presença da pessoa jurídica. Há autores que não o admitem.[1604] Outros entendem que é viável.[1605] Em nosso entender, acertada é esta última posição. O fato de ser atribuída responsabilidade objetiva à pessoa jurídica não significa a exclusão do direito de agir diretamente contra aquele que causou o dano. O mandamento contido no art. 37, § 6º, da CF visou a favorecer o lesado por reconhecer nele a parte mais frágil, mas não lhe retirou a possibilidade de utilizar normalmente o direito de ação.[1606]

O entendimento configura-se como notoriamente restritivo: não se compadece com o amplo direito de ação assegurado aos administrados em geral e deixa em situação cômoda o agente que efetivamente perpetrou o dano. Por outro lado, não vislumbramos no ordenamento jurídico fundamento para a blindagem do agente causador do dano em virtude da possibilidade de ser ajuizada ação em face do Estado. Semelhante pensamento, portanto, é antagônico ao sistema de garantias outorgado pela Constituição.

Sendo assim, tanto pode o lesado propor a ação contra a pessoa jurídica, como contra o agente estatal responsável pelo fato danoso, embora seja forçoso reconhecer que a Fazenda Pública sempre poderá oferecer maior segurança ao lesado para o recebimento de sua indenização; por outro lado, a responsabilidade do agente livra o lesado da conhecida demora do pagamento em virtude do sistema de precatórios judiciais.[1607] Além dessas hipóteses, ainda pode o autor, no caso

de culpa ou dolo, mover a ação contra ambos em litisconsórcio facultativo, já que são eles ligados por responsabilidade solidária.[1608]

O STF, entretanto, já decidiu que, em se tratando de dano causado por magistrado no exercício da função jurisdicional, a ação indenizatória deve ser ajuizada somente em face da respectiva pessoa de direito público, e não diretamente em face do magistrado, e isso porque este se caracteriza como agente político do Estado, não se podendo, na hipótese, vislumbrar responsabilidade concorrente, mas apenas a que eventualmente venha a decorrer do exercício do direito de regresso.[1609] A despeito de ter havido divergências entre os órgãos das várias instâncias judiciais no assunto, parece-nos acertada a solução alvitrada, tendo em vista, realmente, a especificidade da natureza da atividade jurisdicional. Tratando-se, no entanto, de ato meramente administrativo, entendemos que a ação pode ser endereçada diretamente ao juiz, tal como ocorre com os demais agentes administrativos.

5. Denunciação à Lide

Outro ponto tormentoso no tocante à ação indenizatória diz respeito ao tema da denunciação à lide. A questão consiste em saber se a pessoa jurídica responsável, ré no processo, deve ou pode denunciar à lide o servidor que provocou o dano.

Segundo alguns estudiosos, a denunciação à lide é obrigatória, atendendo ao que dispõe o art. 70, III, do CPC. O dispositivo determina seja feita a denunciação à lide *"àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda"*. Como o servidor tem dever indenizatório para com o Estado no caso de o lesado ter êxito na ação, deveria ser denunciado à lide.[1610]

Um pouco diverso, entretanto, é o entendimento de que, na hipótese, o litisconsórcio seria facultativo, e não obrigatório.[1611] O fundamento dessa posição encontra-se no próprio art. 70, III, do estatuto processual, hipótese que, segundo inúmeros processualistas, retrata *facultatividade*, apesar de constar no *caput* que a denunciação é *obrigatória*.[1612] Resulta desse pensamento que, se o réu não requerer a denunciação, o processo será válido, e o Estado poderá exercer seu direito de regresso contra o servidor responsável em ação autônoma *a posteriori*. De qualquer modo, se o Estado requer a denunciação, o juiz, segundo essa corrente, acolhe o pedido, e o servidor responsável também passa a integrar a relação

processual.

Esse entendimento gera controvérsia no campo do direito processual, que consiste em saber qual a posição processual do litisdenunciado, se aceita da denunciação. Alguns entendem que este é no máximo assistente litisconsorcial do réu denunciante, e isso porque nada pede para si nem contra ele é pedido. Outros sustentam, com base na relação jurídica de direito material, que a aceitabilidade da denunciação enseja para o litisdenunciado a qualidade de litisconsorte, *"sujeito, portanto, aos efeitos da sentença, direta e solidariamente"*.[1613] Este último entendimento, aliás, se compatibiliza com aquele pelo qual se admite que a ação indenizatória seja movida diretamente em face do servidor, ou contra este e o Estado, ambos respondendo solidariamente pelos danos causados.

Para outros, no entanto, não pode haver denunciação à lide nessa hipótese de responsabilidade estatal, sendo, portanto, inaplicável a regra do art. 70, III, do CPC. Há mais de um argumento para essa posição. Primeiramente, o dispositivo do estatuto processual só teria aplicação às hipóteses normais de responsabilidade civil, mas não à responsabilidade do Estado, tendo em vista ser esta regulada em dispositivo constitucional próprio (art. 37, § 6º). Ademais, diversos são os fundamentos do pedido. O pedido do lesado escora-se na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ao passo que o pedido deste contra o seu agente é calcado na responsabilidade subjetiva. Por fim, não teria cabimento desfazer indiretamente o benefício que a Constituição outorgou ao lesado: se foi ele dispensado de provar a culpa do agente, não teria cabimento que, no mesmo processo, fosse obrigado a aguardar o conflito entre o Estado e seu agente, fundado exatamente na culpa.[1614] Essa, a nosso ver, é a melhor doutrina a respeito do assunto.[1615]

Anote-se, ainda, que essa parece ter sido a posição adotada pela Lei nº 8.112/90 – o Estatuto dos servidores públicos federais –, segundo a qual, ocorrendo dano causado a terceiros, o servidor deverá responder perante a Fazenda Pública *em ação regressiva* (art. 122, § 2º). Conquanto não seja o dispositivo de extrema clareza, é de supor-se que considerou tal ação como autônoma, diversa, portanto, daquela em que o lesado tenha demandado a Fazenda.

Aliás, o intuito de proteção ao hipossuficiente em relações jurídicas de caráter indenizatório foi o mesmo adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, que, na

relação de regresso, exige processo indenizatório autônomo, vedando expressamente a denunciação à lide. Nas hipóteses em que o comerciante é solidariamente responsável com o fabricante, construtor, produtor ou importador, o consumidor pode demandar qualquer deles e, para não ser prejudicado, a lei impõe que aquele que pagar a indenização deve exercer seu direito de regresso contra o outro responsável em ação diversa da ajuizada originariamente pelo consumidor.[1616]

Deve-se registrar, porém, que a matéria é bastante controvertida, dividindo-se os Tribunais quanto à adoção de uma ou de outra posição. Em consulta, porém, às numerosas decisões sobre o tema, observa-se que começa a predominar o entendimento no sentido da admissibilidade da denunciação à lide, não como chamamento obrigatório, como emana do art. 70 do CPC, mas de cunho facultativo, o que significa dizer que, não tendo havido a denunciação, o processo é válido e eficaz, restando, então, admissível o pleno exercício do direito de regresso do Estado contra o servidor responsável.[1617] Apesar disso, o TJ do Rio de Janeiro já deixou assentada a melhor orientação no caso: *"Em ação de indenização ajuizada em face de pessoa jurídica de Direito Público, não se admite a denunciação da lide ao seu agente ou a terceiro (art. 37, § 6º, CF)".*[1618]

VIII. O Direito de Regresso

1. Sentido

Direito de regresso é o assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente responsável pelo dano, quando tenha este agido com culpa ou dolo.

É importante lembrar que no tema da responsabilidade civil do Estado existem duas relações jurídicas diversas – uma que liga o lesado ao Estado e outra que vincula o Estado a seu agente. Essa última relação é que consubstancia o direito de regresso do Estado, estando prevista na parte final do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Meios de Solução

Assim como ocorre na relação entre o lesado e o Estado, pode o agente concordar na indenização ao Estado na via administrativa, como fruto de acordo

entre as partes, ou na via judicial, caso se apresente o conflito de interesses.

Na via administrativa, o pagamento da indenização pelo agente será sempre resultado de acordo entre as partes. Ao Estado é vedado estabelecer qualquer regra administrativa que obrigue o agente, *manu militari,* a pagar o débito. É ilegal, por exemplo, qualquer norma que autorize o Estado a descontar, por sua exclusiva iniciativa e sem qualquer barreira de contenção, parcelas indenizatórias dos vencimentos do servidor. O Estado é um credor como qualquer outro nesse caso e não dispõe de privilégio nesse sentido. Somente será legítimo o desconto em folha se: 1º) houver anuência expressa do servidor; 2º) houver previsão em lei, com fixação de percentual máximo de desconto, observado o princípio da razoabilidade; [1619] e 3º) for assegurado ao servidor, nesta última hipótese, o contraditório e a ampla defesa.[1620]

Na via judicial, frustrado o acordo, o Estado promoverá ação normal de indenização, que tramitará pelo procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme a hipótese.[1621] Quanto à questão do foro, aplica-se aqui o que dissemos a propósito da ação do lesado contra o Estado.

3. Causa de Pedir

Como a responsabilidade do agente é a subjetiva, só será cabível a ação de regresso se o agente responsável tiver agido com culpa ou dolo.

A causa de pedir da ação a ser ajuizada pelo Estado, por conseguinte, consiste na existência do fato danoso, causado por culpa do agente, e na responsabilidade subjetiva deste. Sendo assim, cabe ao Estado, autor da ação, o ônus de provar a culpa do agente, como estabelece o art. 333, I, do CPC.

Em consequência, se o dano tiver sido causado por atividade estatal sem ser possível a identificação do agente (culpa anônima do serviço), o Estado será obrigado a reparar o dano, jungido que está pela teoria da responsabilidade objetiva, mas lhe será impossível exercer o direito de regresso contra qualquer agente.

4. Interesse de Agir

O interesse de agir reside na utilidade que tem o titular do direito material de recorrer ao Judiciário para fazer valer sua pretensão.

Cada pessoa estatal regulamentará a forma pela qual seus procuradores devem providenciar a propositura da ação de indenização no exercício do direito de

regresso. Em alguma legislação, todavia, encontra-se norma que assina a seus procuradores determinado prazo para propor a ação, contado do *trânsito em julgado da sentença condenatória*.[1622]

Parece-nos, porém, que dentro desse período ainda não terá nascido para o Estado a condição da ação relativa ao interesse de agir. Este só deve surgir quando o Estado já tiver pago a indenização ao lesado; nesse momento é que o erário sofreu o prejuízo e, em consequência, somente a partir daí é que pode se habilitar ao exercício de seu direito de regresso contra o agente. A só condenação do Estado, mesmo que transitada em julgado a decisão, não importa o imediato interesse processual na ação de indenização a ser movida contra o agente. A não ser assim, ter-se-ia que admitir que, mesmo sem ter tido prejuízo efetivo, o Estado estaria habilitado a postular o ressarcimento em face do agente. Mas como se entender nesse caso o direito *de regresso*?[1623]

Em contrário, todavia, já se pronunciou o STJ, decidindo, após entender cabível a denunciação à lide do servidor, que *não é necessário o deslinde da ação indenizatória contra o Estado para que este venha a exercer seu direito de regresso contra o seu agente*.[1624] Para nós, soa estranho esse entendimento: tal possibilidade renderia ensejo até mesmo a enriquecimento sem causa em favor do Estado, visto que poderia ele receber a indenização de seu servidor sem ter pago anteriormente nem vir a pagar no futuro qualquer indenização ao lesado e, em consequência, sem sofrer qualquer lesão patrimonial que pudesse amparar o pedido indenizatório regressivo.

5. Prescrição

Neste tópico, cuida-se de indagar qual o prazo de prescrição para que o Estado possa exercer o seu direito de regresso contra o agente responsável pelo dano, formulando a respectiva pretensão indenizatória para ressarcir-se do que pagou ao lesado a título de indenização. Aqui, portanto, a matéria diz respeito à prescrição da *ação do Estado em face de seu agente*.

Segundo dispõe o art. 37, § 5º, da CF, cabe à lei fixar os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, que provoquem prejuízos ao erário, ressalvando, contudo, "*as respectivas ações de ressarcimento*".

Pelo texto constitucional, pode concluir-se que a Carta, no caso de ilícitos

oriundos de agentes do Poder Público, admitiu *ações prescritíveis* e *ações imprescritíveis*, referindo-se, em relação a estas, ao ressarcimento de prejuízos. Desse modo, em se tratando de efeitos administrativos e penais, advindos da conduta ilícita, haverá prescritibilidade, na forma estabelecida na lei. Para os primeiros, a lei será federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso; para os últimos, a lei será privativamente federal (art. 22, I, CF).

Consequentemente, no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a *imprescritibilidade* da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou.[1625] Diante da garantia constitucional, "*o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído*", como já consignou notável constitucionalista.[1626]

É importante, todavia, observar três aspectos sobre a matéria.

Primeiramente, a imprescritibilidade abrange apenas a ação que vise ao ressarcimento de prejuízos causados por atos de *agentes do Poder Público*, ou seja, daqueles que, mediante título jurídico formal conferido pelo Estado, sendo servidores ou não, estejam no exercício de função pública. Destarte, se o causador do dano é terceiro, sem vínculo com o Estado, não se aplica o art. 37, § 5º, da CF. Incide, pois, na hipótese, a regra geral para a prescrição da pretensão de reparação civil, contemplada no art. 206, § 3º, V, do Cód. Civil, que fixa o prazo de três anos. Nesse caso, observar-se-á o postulado normal da prescritibilidade das pretensões, com escora no princípio da segurança jurídica.[1627]

O segundo aspecto concerne aos sujeitos da garantia constitucional. Embora a Carta não o diga expressamente, a imprescritibilidade alcança apenas as *pessoas jurídicas de direito público*, ou seja, as pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas, e, por essa razão, não atingem as empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas de direito privado.[1628] É que, tecnicamente, só se pode falar em *"agentes públicos"* – expressão cunhada no art. 37, § 5º, CF – quando se trata de pessoas de direito público.

Por último, cabe relembrar que a norma se aplica somente no caso dos *efeitos danosos* (*prejuízos*) advindos das condutas ilícitas de natureza civil. Quer dizer: outras pretensões do Estado decorrentes de responsabilidade civil do agente, que não

tenham cunho ressarcitório pela ausência de prejuízos, não estão incluídas na garantia da imprescritibilidade.

IX. Súmulas

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 387: *É lícita a cumulação de indenizações de dano estético e dano moral.*

Capítulo XI -

Servidores Públicos

I. Agentes Públicos

1. Sentido

A expressão *agentes públicos* tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. Como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos.

A Lei nº 8.429, de 2/6/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito na Administração Pública, firmou conceito que bem mostra a abrangência do sentido. Diz o art. 2º:

> *"Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".*

Como o artigo anterior faz referência a todos os agentes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a qualquer dos Poderes dessas pessoas federativas, não é difícil constatar a amplitude da noção de agentes públicos. Ainda que a conceituação apresente algumas redundâncias e mesmo que voltada para a referida lei, a verdade é que retrata fielmente o sentido que os estudiosos

emprestam à expressão.

Com tão amplo significado, desde as mais altas autoridades da República, como os Chefes do Executivo e os membros do Poder Legislativo, até os servidores que executam as mais humildes tarefas, todos se qualificam como agentes públicos, vinculados que estão aos mais diversos órgãos estatais.

2. Classificação

Sendo quantitativa e qualitativamente tão abrangente a categoria dos agentes públicos, há que se reconhecer a existência de grupamentos que guardem entre si algum fator de semelhança.

Para melhor estudo, torna-se necessário agrupar os agentes públicos em categorias que denotem referenciais básicos distintivos. Trata-se, na verdade, de classificação de natureza didática, relevante para a formação de um sistema lógico de identificação. Vejamos essas categorias.

2.1. Agentes Políticos

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.[1629]

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas.

[1630] Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Ninguém discute a importância do papel que tais agentes desempenham no cenário nacional, mas, ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público.[1631] Não interferem diretamente nos objetivos políticos, como o fazem os verdadeiros agentes políticos. Assim, sua fisionomia jurídica se distancia bastante da que caracteriza estes últimos. Não se nos afigura adequada, com efeito, sua inclusão como agentes políticos do Estado. Mais apropriado é inseri-los como servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos, como veremos adiante.

É verdade que o art. 37, XI, da CF, com a redação dada pela EC 19/98, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluam entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas *fins remuneratórios*, não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, *o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público.*

2.2. Agentes Particulares Colaboradores

Outra categoria de agentes públicos é a dos agentes particulares colaboradores.

Como informa o próprio nome, tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, sempre como resultado do vínculo jurídico que os prende ao Estado. Alguns deles exercem verdadeiro *munus* público, ou seja, sujeitam-se a certos encargos em favor da coletividade a que pertencem, caracterizando-se, nesse caso, como transitórias as suas funções. Vários desses agentes, inclusive, não percebem remuneração, mas, em compensação, recebem benefícios colaterais, como o apostilamento da situação nos prontuários funcionais ou a concessão de um período de descanso remunerado

após o cumprimento da tarefa.

Clássico exemplo desses agentes são os jurados, as pessoas convocadas para serviços eleitorais, como os mesários e os integrantes de juntas apuradoras, e os comissários de menores voluntários. São também considerados agentes particulares colaboradores os titulares de ofícios de notas e de registro não oficializados (art. 236, CF) e os concessionários e permissionários de serviços públicos.

Alguns autores consideram agentes públicos as pessoas contratadas por meio de contrato de locação civil de serviços.[1632] Com a máxima vênia, lamentamos divergir. É que o vínculo nesse caso é meramente contratual e não traduz uma relação permanente de trabalho. Uma coisa é a contratação para fins de emprego (qualquer que seja o vínculo), e outra, inteiramente diversa, é o contrato para a execução de obras, serviços etc, neste caso sempre com objeto contratual definido e determinado. Por via de consequência, somente aqueles é que devem ser enquadrados como agentes públicos.[1633]

No que concerne especificamente aos titulares de registro e ofícios de notas, cujas funções são desempenhadas em caráter privado, por delegação do Poder Público, como consigna o art. 236 da CF, sujeitam-se eles a regime jurídico singular, contemplado na Lei nº 8.935, de 18/11/94, regulamentadora daquele dispositivo constitucional. Apesar de a função caracterizar-se como de natureza privada, sua investidura depende de aprovação em concurso público e sua atuação se submete a controle do Poder Judiciário, de onde se infere que se trata de regime jurídico híbrido. Não há dúvida, todavia, de que esses agentes, pelas funções que desempenham, devem ser qualificados como colaboradores do Poder Público, muito embora não sejam ocupantes de cargo público, mas sim agentes que exercem, em caráter de definitividade, função pública sujeita a regime especial. [1634]

2.3. Servidores Públicos

A categoria dentre os agentes públicos que contém a maior quantidade de integrantes é, sem a menor dúvida, a dos servidores públicos. Formam a grande massa dos agentes do Estado, desenvolvendo, em consequência, as mais variadas funções.

São denominados por uns de *agentes administrativos*, mas a expressão não é

adequada, porque diz menos do que o sentido que se deve emprestar à expressão *servidores públicos*. Na realidade, existem muitos servidores públicos que desempenham funções diversas da função administrativa do Estado. Por outros, são denominados de *funcionários públicos*, expressão também inadequada, já que, além de banida da Constituição, tem sentido mais restrito do que a de *servidores públicos*, e isso porque, na verdade, eram assim considerados apenas os servidores estatutários que integravam a estrutura dos entes federativos (Administração Direta), o que indica que se tratava de uma categoria dos servidores públicos. Estes, por sua vez, integram a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas autárquicas, sob qualquer regime funcional.[1635]

O certo é que tais agentes se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho e recebem, a cada período de trabalho, a sua correspondente remuneração. São, na verdade, profissionais da função pública. Como a relação jurídica que os vincula ao Estado apresenta certas peculiaridades e ainda porque é o estudo de seu regime jurídico o objeto deste capítulo, vamos deter-nos sobre essa análise em tópico específico mais adiante.

3. Agentes de Fato

A doutrina refere-se a um grupo de agentes que, mesmo sem ter uma investidura normal e regular, executam uma função pública em nome do Estado. São os denominados *agentes de fato*, nomenclatura empregada para distinguí-los dos agentes de direito. O ponto marcante dos agentes de fato é que o desempenho da função pública deriva de situação excepcional, sem prévio enquadramento legal, mas suscetível de ocorrência no âmbito da Administração, dada a grande variedade de casos que se originam da dinâmica social.

Podem ser agrupados em duas categorias:

1) os agentes necessários; e
2) os agentes putativos.

Agentes necessários são aqueles que praticam atos e executam atividades em situações excepcionais, como, por exemplo, as de emergência, em colaboração com o Poder Público e como se fossem agentes de direito. *Agentes putativos* são os que

desempenham uma atividade pública na presunção de que há legitimidade, embora não tenha havido investidura dentro do procedimento legalmente exigido. É o caso, por exemplo, do servidor que pratica inúmeros atos de administração, tendo sido investido sem aprovação em concurso público.[1636]

Não é fácil, logicamente, identificar os efeitos produzidos por atos de agentes de fato. Antes de mais nada, é preciso examinar caso a caso as situações que se apresentem. Como regra, pode dizer-se que os atos de agentes necessários são confirmados pelo Poder Público, entendendo-se que a excepcionalidade da situação e o interesse público a que se dirigiu o agente têm idoneidade para suprir os requisitos de direito. Em relação aos agentes putativos, podem ser questionados alguns atos praticados internamente na Administração, mas externamente devem ser convalidados, para evitar que terceiros de boa-fé sejam prejudicados pela falta de investidura legítima. Fala-se aqui na aplicação da teoria da aparência, significando que para o terceiro há uma fundada suposição de que o agente é de direito.[1637] Acresce, ainda, que, se o agente exerceu as funções dentro da Administração, tem ele direito à percepção da remuneração, mesmo se ilegítima a investidura, não estando obrigado a devolver os respectivos valores; a não ser assim, a Administração se beneficiaria de enriquecimento sem causa.[1638]

Note-se, porém, que o agente de fato jamais poderá usurpar a competência funcional dos agentes públicos em geral, já que este tipo de usurpação da função pública constitui crime previsto no art. 328 do Código Penal.

II. Servidores Públicos

1. Sentido

Servidores públicos são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica.

Sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário,[1639] não consideramos servidores públicos os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Todos são sempre regidos pelo regime trabalhista,

integrando a categoria profissional a que estiver vinculada a entidade, como a de bancários, economiários, securitários etc. Além do mais, o art. 173, § 1º, da CF estabelece que empresas públicas e sociedades de economia mista devem sujeitar-se às regras de direito privado quanto às obrigações trabalhistas. São, portanto, empregados normais. Por fim, a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrou tais empregados como servidores públicos, nem em sentido lato.[1640]

Como foi dito acima, os servidores públicos fazem do serviço público uma profissão, como regra de caráter definitivo, e se distinguem dos demais agentes públicos pelo fato de estarem ligados ao Estado por uma efetiva relação de trabalho. Na verdade, guardam em muitos pontos grande semelhança com os empregados das empresas privadas: tanto estes como os servidores públicos emprestam sua força de trabalho em troca de uma retribuição pecuniária, comumente por períodos mensais. Ambos são trabalhadores em sentido lato: executam suas tarefas em prol do empregador (público ou privado) e percebem, ao final do mês, sua remuneração (vencimentos, para os servidores, e salário, para os trabalhadores privados).

2. Características

Podemos apontar algumas características que delineiam o perfil da categoria dos servidores públicos.

A primeira delas é a *profissionalidade*, significando que os servidores públicos exercem efetiva profissão quando no desempenho de suas funções públicas. Formam, por conseguinte, uma categoria própria de trabalhadores – a de servidores públicos. Não é por outra razão que a vigente Constituição, preocupada com o aspecto da profissionalidade do servidor público, impôs aos entes federativos a criação de escolas de governo para a formação e aprimoramento profissional, visando, inclusive, à verificação de requisitos para a promoção nas carreiras (art. 39, § 2º).[1641]

Outra característica é a *definitividade*. O sentido aqui é o da permanência no desempenho da função. Isso não quer dizer que não haja funções de caráter temporário, mas todas estas vão representar sempre situações excepcionais, que, por serem assim, refogem à regra geral da definitividade. A regra geral é a de que o servidor desenvolverá seus misteres com cunho de permanência.

Temos também a existência de uma *relação jurídica de trabalho*, e nela pode verificar-se a todo o tempo a presença de dois sujeitos: de um lado, a pessoa beneficiária do exercício das funções, que em sentido amplo pode qualificar-se como empregador (pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas), e de outro, o servidor público, vale dizer, aquele a quem incumbe o efetivo exercício das funções e que empresta sua força de trabalho para ser compensado com uma retribuição pecuniária. Pode dizer-se mesmo que a relação de trabalho corresponde à relação de emprego, logicamente em sentido amplo, sem considerar apenas os empregos regulados pela legislação trabalhista. Por isso, não é incomum ouvir-se de um servidor exonerado a afirmação de que *"perdeu o emprego*". Na prática, *emprego* tanto serve para indicar a relação de trabalho das entidades privadas em geral, como para identificar a relação jurídica da qual faz parte o servidor público.

3. Classificação

Procurando sistematizar os grupos de que se compõe a categoria dos servidores públicos, parece-nos razoável e didático efetuar uma classificação com o fim de agrupá-los em segmentos bem definidos.

3.1. Servidores Públicos Civis e Militares

Essa é a primeira classificação dos servidores públicos e obedece aos dois ramos básicos de funções públicas: a civil e a militar. É a Constituição Federal que separa os dois agrupamentos, traçando normas específicas para cada um deles. As regras aplicáveis aos servidores públicos civis se encontram entre os arts. 39 a 41 da CF.

De acordo com o novo sistema introduzido pela EC nº 18/98, há o grupo dos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos, CF), e o dos militares das Forças Armadas, integrantes da União Federal (art. 142, § 3º, CF).

No que concerne aos militares, cumpre fazer uma observação. A despeito da alteração introduzida pela EC 18/98, que substituiu a expressão *"servidores públicos civis"* por *"servidores públicos"* e da eliminação da expressão *"servidores públicos militares",* substituída por *"Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios"* (Seção III, mesmos Capítulo e Título, art 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos *lato sensu,* embora diversos os estatutos

jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham. Por tal motivo, parece-nos correta a expressão "*servidores militares*".[1642]

Nosso estudo se limitará aos servidores civis, mas nunca é demais lembrar que, havendo dois grupos de servidores com normas constitucionais específicas, deverá haver, como há, estatutos infraconstitucionais também apropriados para cada um deles.

3.2. Servidores Públicos Comuns e Especiais

Esta classificação leva em consideração a natureza das funções exercidas e o regime jurídico que disciplina a relação entre o servidor e o Poder Público.

Servidores públicos comuns são aqueles a quem incumbe o exercício das funções administrativas em geral e o desempenho das atividades de apoio aos objetivos básicos do Estado. Formam a grande massa dos servidores, podendo ser estatutários ou trabalhistas. Os estatutários podem ser divididos em duas subcategorias: 1ª) *servidores de regime geral*, aqueles que se submetem ao regime geral contido no estatuto funcional básico; 2ª) *servidores de regime especial*, aqueles em que o estatuto funcional disciplinador se encontra em lei específica.[1643]

Servidores públicos especiais são aqueles que executam certas funções de especial relevância no contexto geral das funções do Estado, sendo, por isso mesmo, sujeitos a regime jurídico funcional diferenciado, sempre estatutário, e instituído por diploma normativo específico, organizador de seu estatuto. Pela inegável importância de que se reveste sua atuação, a Constituição contempla regras específicas que compõem seu regime jurídico supralegal. Nessa categoria é que nos parece coerente incluir os Magistrados, os membros do Ministério Público, os Defensores Públicos, os membros dos Tribunais de Contas e os membros da Advocacia Pública (Procuradores da União e dos Estados-Membros).[1644]

3.3. Servidores Públicos Estatutários, Trabalhistas e Temporários

Essa classificação atende a dois critérios: a natureza do vínculo jurídico que liga o servidor ao Poder Público e a natureza dessas funções.

Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é

disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de *estatutos*. Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.

Essa categoria ainda admite uma subdivisão: a dos servidores públicos sujeitos ao *estatuto geral* da pessoa federativa correspondente, e a dos servidores sujeitos a *estatutos especiais*. De fato, como regra, ao lado do estatuto geral dos servidores públicos, que disciplina os quadros funcionais em geral, com suas classes e carreiras, vicejam estatutos especiais, que regulam a relação jurídica de trabalho de certas categorias específicas de servidores.

Os servidores públicos estatutários é que, quando integrantes da própria estrutura das pessoas políticas, foram tradicionalmente denominados de *funcionários públicos,* expressão bastante forte que lamentavelmente a Constituição em má hora e, a nosso ver, sem qualquer necessidade, descartou. Apesar disso, as pessoas em geral continuam a adotá-la quando se referem a esses servidores regidos por estatutos funcionais. Até mesmo autores de renome a empregam, embora com a advertência do abandono constitucional.[1645] Note-se, porém, que os atuais servidores estatutários podem integrar não somente a estrutura da pessoa federativa, mas também a de suas autarquias e fundações autárquicas.

A segunda categoria é a dos *servidores públicos trabalhistas (ou celetistas),* assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho. Seu regime básico, portanto, é o mesmo que se aplica à relação de emprego no campo privado, com as exceções, é lógico, pertinentes à posição especial de uma das partes – o Poder Público.

A última categoria é a dos *servidores públicos temporários*, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos.

III. Regimes Jurídicos Funcionais

Pelas referências feitas acima sobre as várias subdivisões da categoria dos servidores públicos, não será difícil constatar que muitas de suas peculiaridades variam exatamente em função do regime jurídico que incide sobre as respectivas relações de trabalho.

Regime jurídico, como se sabe, é o conjunto de regras de direito que regulam determinada relação jurídica. Sendo assim, vale a pena examinar as características principais dos regimes jurídicos que disciplinam as diversas relações de natureza funcional e, por conseguinte, as categorias específicas dos servidores que estudamos acima.

Do regime jurídico se originam diversos direitos e deveres para os servidores públicos. Na verdade, são muito variados os *fatos funcionais* que os envolvem durante o tempo em que exercem a função pública. Por essa razão, o órgão administrativo precisa ter o prontuário referente a cada servidor, de modo a permitir que as autoridades competentes consultem qualquer dado de sua vida funcional. As anotações funcionais do servidor usualmente constam de atos administrativos inseridos em seu prontuário, constituindo o que se costuma denominar de *apostilas*. O fato funcional averbado denomina-se de *apostilamento*. Como as apostilas têm a presunção de legitimidade, direitos e deveres nelas averbados desafiam regular cumprimento; somente em decorrência de seu desfazimento, por anulação ou revogação, é que ficam destituídas de eficácia.

1. Regime Estatutário

Regime estatutário é o conjunto de regras que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo, como vimos acima, se encontra no estatuto funcional da pessoa federativa. As regras estatutárias básicas devem estar contidas em lei; há outras regras, todavia, mais de caráter organizacional, que podem estar previstas em atos administrativos, como decretos, portarias, circulares etc. As regras básicas, entretanto, devem ser de natureza legal. A lei estatutária, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos mandamentos constitucionais sobre servidores. Pode, inclusive, afirmar-se que, para o regime estatutário, há um regime constitucional superior, um regime legal contendo a disciplina básica sobre a matéria e um regime administrativo de caráter

organizacional.

Duas são as características do regime estatutário. A primeira é a da *pluralidade normativa*, indicando que os estatutos funcionais são múltiplos. Cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para os seus servidores, precisa ter a sua lei estatutária para que possa identificar a disciplina da relação jurídica funcional entre as partes. Há, pois, estatutos funcionais federal, estaduais, distrital e municipais, cada um deles autônomo em relação aos demais, porquanto a autonomia dessas pessoas federativas implica, necessariamente, o poder de organizar seus serviços e seus servidores. Em alguns casos, certos Municípios adotam as regras do estatuto do respectivo Estado. Se assim for, no entanto, a adoção do regime deve ter sido autorizada em lei municipal, considerando-se que esta, em última instância, repetiu todas as normas da lei estatutária do correspondente Estado.

A outra característica concerne à natureza da relação jurídica estatutária. Essa relação não tem natureza contratual, ou seja, inexiste contrato entre o Poder Público e o servidor estatutário. Tratando-se de relação própria do direito público, não pode ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado. Nesse tipo de relação jurídica não contratual, a conjugação de vontades que conduz à execução da função pública leva em conta outros fatores tipicamente de direito público, como o provimento do cargo, a nomeação, a posse e outros do gênero.[1646]

A conclusão, pois, é a de que o regime estatutário, como tem em vista regular a relação jurídica estatutária, não pode incluir normas que denunciem a existência de negócio contratual.

Na União Federal, que adotou o regime estatutário para seus servidores, o estatuto funcional é o da Lei nº 8.112, de 11/12/1990. Neste diploma é que estão alinhadas as regras que indicam os direitos, deveres e obrigações dos servidores públicos e da própria União.

Acresce destacar, ainda, que constitui competência privativa do Chefe do Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, "c", da CF, a iniciativa de *lei* que disponha *sobre o regime jurídico* dos servidores públicos, inclusive provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Frequentemente, porém, as Casas Legislativas usurpam esse poder de iniciativa reservado ao Chefe do Executivo, quer através de

leis (com veto do Executivo), quer através de Constituições estaduais, regulando inúmeros aspectos próprios do regime estatutário, como aposentadoria, remuneração, vantagens pecuniárias etc., o que tem dado ensejo a várias decisões dos Tribunais Superiores que, acertadamente, declaram a inconstitucionalidade, direta ou incidentalmente, de tais atos por ofensa ao aludido mandamento.[1647]

Alguns entes federativos – tendo em vista previsão em Constituições Estaduais ou em leis orgânicas municipais – editaram *leis complementares* para instituir seu regime estatutário. A despeito das hesitações acerca do tema, não nos parece formalmente adequada tal modalidade legislativa. A exigência de *lei ordinária* contemplada no art. 61, § 1º, II, da CF, constitui princípio extensível, aplicando-se, pelo regime de simetria, a todas as pessoas federativas. Com efeito, a adoção de lei complementar dificulta eventuais alterações a serem propostas no estatuto funcional pelo Executivo, pois que reclamam *quorum* mais elevado para a aprovação dos projetos de lei. Haveria, portanto, para os entes federativos tratamento diferenciado relativamente à mesma matéria. Sendo assim, lei complementar na espécie se revela inconstitucional.[1648]

Litígios entre o Estado e os servidores estatutários são dirimidos perante a Justiça comum – *Justiça Federal,* no caso de servidores federais, e *Justiça Estadual,* em se tratando de servidores estaduais e municipais (neste caso, a competência interna será estabelecida no respectivo código de organização judiciária).[1649] Em virtude da alteração introduzida pela E.C. 45/2004 (Reforma do Judiciário) no art. 114, da CF,[1650] houve quem entendesse que os referidos conflitos passariam a ser solucionados pela Justiça do Trabalho.

Semelhante inferência se revela equívoca. E por mais de uma razão. Uma primeira consiste em que a expressão *"relação de trabalho"* sempre foi interpretada em sentido estrito, para indicar exclusivamente a relação contratual entre empregadores e empregados, inclusive, é óbvio, quando empregador é um ente público. Uma segunda reside em que não houve, quanto ao conteúdo da norma, nenhuma alteração nessa parte; em outras palavras, a antiga redação do art. 114, nesse aspecto, mudou apenas de apresentação. Por último, ninguém desconhece que a Justiça do Trabalho está direcionada para relações de trabalho de *natureza contratual*, não sendo, portanto, o foro adequado para dirimir conflitos de que façam parte servidores estatutários, visto que, como examinamos, inexiste contrato entre tais

servidores e os entes públicos.[1651]

2. Regime Trabalhista

O regime trabalhista é aquele constituído das normas que regulam a relação jurídica entre o Estado e seu servidor trabalhista. Como o regime é aquele aplicável genericamente às relações jurídicas entre empregadores e empregados no campo privado, encontra-se ele na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1/5/1943).

As características desse regime se antagonizam com as do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da *unicidade normativa,* porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma.[1652] Neste caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregadores de modo geral.

A outra característica diz respeito à natureza da relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista. Diversamente do que ocorre no regime estatutário, essa relação jurídica é de natureza contratual. Significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho.[1653]

É preciso considerar que, mesmo sob regime contratual trabalhista, o servidor não deixa de caracterizar-se como tal. Em consequência, é vedado ignorar tal situação funcional no caso de ocorrer alteração para o regime estatutário. Ocorrendo essa alteração (que não pode ser compulsoriamente imposta e, assim, deve resultar de opção do servidor), é dever do ente federativo respeitar todos os direitos funcionais adquiridos pelo servidor sob a égide do regime celetista, agregando-os, sem solução de continuidade, à nova relação funcional estatutária. Relegar os direitos já conquistados pelo servidor constitui flagrante inconstitucionalidade, como têm consignado acertadamente alguns julgados.[1654] O STF, diga-se de passagem, consolidou em súmula específica dita orientação. [1655]

Na hipótese de litígios entre servidores trabalhistas e a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, decorrentes da relação de trabalho, na qual figuram

tais entes públicos como empregadores, o foro competente para solucioná-los é a Justiça do Trabalho, *ex vi* do art. 114, I, da CF, com a redação da E.C. 45/2004 (que nessa parte, repetimos, alterou somente a apresentação, mas não o conteúdo). Como se trata de relação jurídica de *natureza contratual,* formalizada por *contrato de trabalho*, adequada é a justiça trabalhista para enfrentar e dirimir litígios que dela se originem.

2.1. Regime de Emprego Público

Para concretizar mais um dos vetores do projeto de reforma administrativa do Estado, iniciado pela EC 19/98, o Governo Federal fez editar a Lei nº 9.962, de 22/2/2000, disciplinando o que o legislador denominou de *regime de emprego público*, que nada mais é do que a aplicação do regime trabalhista comum à relação entre a Administração e o respectivo servidor.

A lei é *federal*[1656] e, portanto, incide apenas no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, estando excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.[1657] Prevê que o regime de emprego público será regido pela CLT (Decreto-lei nº 5.452/43) e pela legislação trabalhista correlata, considerando-as aplicáveis *naquilo que a lei não dispuser em contrário* (art. 1º). Dessa ressalva, infere-se que a Lei nº 9.962 é a legislação básica e que as demais haverão de ter caráter subsidiário: só prevalecem se forem compatíveis com aquela.

Observe-se, por oportuno, que Estados, Distrito Federal e Municípios nem poderão valer-se diretamente da disciplina da referida lei, por ser originária de pessoa política diversa, nem lhes será possível instituir regramento idêntico ou similar, eis que a competência para legislar sobre direito do trabalho, como ocorre na espécie, é privativa da União Federal (art. 22, I, CF). Desejando admitir servidores pelo regime de contratação, deverão, como regra, obedecer à disciplina da CLT. O que nos parece legítimo, porém, é que tais pessoas editem *lei* na qual se imponham *à própria Administração* autolimitações quanto aos poderes atribuídos pela CLT ao empregador em geral, como, por exemplo, fixando os casos em que a Administração rescindirá o contrato. Aqui não haverá *criação* de norma de direito do trabalho, mas mera *diretriz funcional*, em que as regras mais se assemelham àquelas pactuadas diretamente no instrumento contratual, em plena conformidade com os preceitos da legislação trabalhista.

A lei não submete a seu regime os servidores estatutários regidos pela Lei nº 8.112/90, ainda que se trate de servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão. Antecipa, entretanto, a criação, em leis específicas, de outros empregos a serem regulados pela nova lei, bem como a transformação de cargos atuais em empregos, demonstrando o nítido intuito de ampliar o quadro de servidores celetistas e, consequentemente, de reduzir o número de estatutários.

O recrutamento para o regime de emprego público exige prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o que não poderia ser diferente ante o disposto no art. 37, II, da Lei Fundamental. O vínculo laboral tem natureza *contratual* e se formaliza pela celebração de contrato por prazo *indeterminado*. O contrato só pode ser rescindido quando houver: 1) prática de falta grave, tal como relacionado no art. 482, da CLT; 2) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; 3) necessidade de redução de quadro, no caso de excesso de despesa, como previsto no art. 169 da CF;[1658] 4) insuficiência de desempenho apurada em processo administrativo.[1659] Essas regras indicam não só que ficou excluída a hipótese de *resilição unilateral*[1660] do contrato por parte do Estado-empregador, não sendo assim aplicável nesse aspecto o art. 479 da CLT, mas também que é *vinculada* à atividade da União no que tange às hipóteses de desfazimento do vínculo: em nenhuma hipótese a rescisão contratual poderá dar-se ao mero alvedrio da Administração Federal, decorrente da valoração de conveniência e oportunidade.[1661]

A lei exclui da observância de tais exigências a extinção de contratos de servidores firmados com base na regra de autonomia de gestão, de que trata o art. 37, § 8º, da CF.[1662] Significa dizer que é mais frágil o vínculo trabalhista nessa hipótese e que, em relação a tais contratações, será viável o exercício do direito à resilição unilateral do contrato pela União, ainda quando o motivo tenha fundamento em razões de natureza discricionária.

Merece análise um último aspecto do regime de emprego público. No projeto encaminhado à sanção do Presidente da República,[1663] constava que o aludido regime não incidiria sobre os servidores titulares de cargos efetivos que desenvolvessem as denominadas *atividades exclusivas de Estado*, já que, em relação a eles, foram assegurados critérios e garantias especiais no caso de perda do cargo por insuficiência de desempenho (art. 41, § 1º, III, CF) ou por excesso de quadro (art.

169, §§ 4º e 7º, CF).[1664] O dispositivo foi vetado pelo Chefe do Executivo, sob a alegação de que tais atividades ainda se encontram em processo de regulamentação em outro projeto de lei.[1665] A despeito do veto, entretanto, não há qualquer dúvida de que algumas carreiras realmente não comportam, por sua natureza particular, a incidência do regime de emprego público e devem continuar sujeitas ao regime estatutário, sejam ou não consideradas as respectivas funções como "atividades exclusivas de Estado". Citem-se, para exemplificar, as carreiras de diplomacia, fiscalização, polícia, advocacia pública e a carreira militar em geral. Por conseguinte, o regime de emprego público será o adequado para os servidores que executem as funções normais de apoio técnico e administrativo em geral, os quais, verdade seja dita, formam a maioria esmagadora dentro da categoria dos servidores públicos.

3. Regime Especial

O regime especial visa a disciplinar uma categoria específica de servidores: os servidores temporários. Como visto anteriormente, o recrutamento desse tipo de servidores tem escora no art. 37, IX, da CF, mas algumas observações devem ser feitas em relação ao regime especial.

De início, cabe analisar a questão sobre o instrumento que vai formar as regras disciplinadoras. O texto constitucional usa a expressão *"a lei estabelecerá"*, indicando desde logo que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, na clássica sistematização de JOSÉ AFONSO DA SILVA, porque dependente de lei para que possa consumar o objetivo nela contemplada. Indaga-se, todavia: qual lei? Como se trata de recrutamento que pode traduzir interesse para algumas pessoas federativas e desinteresse para outras, deve entender-se que a lei reguladora deverá ser a da pessoa federativa que pretender a inclusão dessa categoria de servidores.[1666] Significa, pois, que nenhum ente federativo poderá valer-se da lei reguladora editada por outro.[1667]

Outro ponto a ser examinado é o relativo à natureza da relação jurídica funcional. Diz a Constituição que a lei estabelecerá os casos de *contratação* desses servidores. Assim dizendo, só se pode entender que o Constituinte pretendeu caracterizar essa relação funcional como de natureza contratual. Cuida-se, de fato, de verdadeiro *contrato administrativo* de caráter *funcional*, diverso dos contratos

administrativos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor. Não obstante essa qualificação, a lei instituidora do regime certamente poderá incluir algumas normas que mais se aproximem do regime estatutário, que, inclusive, tem aplicação subsidiária no que couber.[1668] O que não poderá, obviamente, é fixar outra qualificação que não a contratual.[1669]

O STJ, aliás, já teve a oportunidade de decidir, em processo de conflito de competência, que esse tipo de contratação *"não revela qualquer vínculo trabalhista disciplinado pela CLT"*, sendo, pois, da Justiça Federal a competência para dirimir questão de pagamento de verbas quando for ré a União Federal.[1670] Nos Estados que adotarem semelhante regime, portanto, a competência será dos juízos fazendários, os mesmos que normalmente processam e julgam litígios de servidores estatutários. Em suma: litígios de servidores sob a égide dos regimes estatutário e especial são processados e julgados na *justiça comum* (federal ou estadual), e não na trabalhista.[1671]

Entretanto, impõe-se distinguir. A justiça comum só é competente para apreciar tais litígios quando *o ente federativo tiver efetivamente editado a lei específica reguladora do regime especial*, como determina o art. 37, IX, da CF.*[1672]* Se não o tiver feito, sequer pode recrutar servidores pelo regime especial; caso o faça, a pretexto de admitir servidores temporários, estará celebrando, dissimuladamente, mero contrato de trabalho, de modo que futuros conflitos deverão ser decididos na Justiça do Trabalho. Não obstante, semelhante distinção parece não ser acolhida por certos setores do Judiciário, o que não se afigura, em nosso entender, o melhor entendimento.[1673]

Outro aspecto merecedor de exame consiste na *longa permanência* do vínculo temporário, em virtude de sucessivas prorrogações (algumas expressas, outras tácitas), gerando verdadeira consolidação da relação de trabalho. A matéria aqui é controvertida. Numa vertente, entende-se que essa causa – o fator *tempo* - não é idônea para converter o regime especial no regime trabalhista;[1674] noutra, advoga-se essa possibilidade, em face do desvirtuamento do regime inicial.[1675] A despeito da anomalia, parece-nos melhor este último entendimento, e por mais de uma razão: a uma, porque a permanência do servidor comprovaria a inexistência de qualquer temporariedade do vínculo, como o exige a Constituição; a duas, porque outra orientação só prejudica o próprio servidor, que não teria as parcelas relativas à

rescisão do contrato de trabalho, não sendo razoável recaírem sobre ele os efeitos da má gestão administrativa.[1676] Reitere-se, contudo, que tal polêmica só se justifica se a pessoa federativa tiver editado sua lei específica para o regime especial; caso contrário, o vínculo terá mesmo que ser trabalhista, seja temporário ou permanente.

O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis.

O primeiro deles é a *determinabilidade temporal* da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. Constitui, porém evidente simulação a celebração de contratos de locação de serviços como instrumento para recrutar servidores, ainda que seja do interesse de empresas públicas e sociedades de economia mista.[1677]

Depois, temos o pressuposto da *temporariedade* da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade.[1678]

O último pressuposto é a *excepcionalidade* do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo *excepcional* para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial.[1679] Algumas vezes o Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.[1680]

Sensível a esse tipo de evidente abuso – no mínimo ofensivo ao princípio da moralidade administrativa – o STF julgou procedente ação direta e declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que permitia o recrutamento de servidores pelo regime especial temporário, calcando-se em dois fundamentos: 1º) falta de especificação das atividades de excepcional interesse público; 2º) ausência de motivação quanto à real necessidade temporária das funções a serem exercidas. [1681] A decisão é de todo louvável e registra acertado controle sobre esse tipo de admissão de servidores em desconformidade com o parâmetro constitucional.

Lamentavelmente, a contratação pelo regime especial, em certas situações, tem servido mais a interesses pessoais do que ao interesse administrativo. Por intermédio desse regime, têm ocorrido contratações "temporárias" com inúmeras prorrogações, o que as torna verdadeiramente permanentes. Ocorre também que a Administração realiza concurso para investidura legítima em regime estatutário ou trabalhista e, ao invés de nomear ou contratar os aprovados, contrata terceiros para as mesmas funções. Trata-se de condutas que refletem *desvio de finalidade* e que merecem invalidação em face dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Pode até mesmo concluir-se que semelhantes distorções ofendem o *princípio da valorização do trabalho humano*, previsto no art. 170, *caput*, da Carta vigente, até porque têm sido desprezados alguns dos direitos fundamentais dos servidores. [1682]

A União Federal, fundada no art. 37, IX, da CF, promulgou lei reguladora desse regime. Trata-se da Lei nº 8.745, de 9/12/1993, na qual foram estabelecidos diversos casos considerados de necessidade temporária de excepcional interesse público, os prazos de contratação e a incidência de algumas regras do regime estatutário. Destacam-se, entre as citadas atividades, as de contratação em ocasião de calamidade pública, surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professor estrangeiro e algumas funções específicas das Forças Armadas.

O citado diploma tem sofrido alterações por leis posteriores, como regra incluindo novas hipóteses permissivas desse tipo de contratação. A última alteração residiu na possibilidade de adotar o regime especial para contratação de assistência e emergências em saúde pública, com dispensa do processo seletivo em razão da peculiaridade emergencial da situação, e com prazo máximo de dois anos.[1683]

4. Regime Jurídico Único

Em sua redação originária, dispunha o art. 39, *caput,* da CF, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único* e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Muita polêmica se originou desse mandamento, porquanto, não tendo sido suficientemente claro, permitiu o entendimento, para uns, de que o único regime deveria ser o estatutário, e para outros o de que a pessoa federativa poderia eleger o regime adequado, desde que fosse o único. Na verdade, nunca foi dirimida a dúvida. O certo é que havia entidades políticas em que se adotou o regime estatutário, ao lado de outras (sobretudo Municípios), nas quais adotado foi o regime trabalhista.

O sistema do regime jurídico único, entretanto, anteriormente previsto no art. 39 da CF, foi abolido pela EC nº 19/98, que implantou a reforma administrativa do Estado. O efeito da alteração foi o de permitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pudessem recrutar servidores sob mais de um regime jurídico. Desse modo, tornou-se possível, por exemplo, que um Estado tenha um grupo de servidores estatutários e outro de servidores trabalhistas, desde que, é claro, seja a organização funcional estabelecida em lei. O mesmo foi permitido para as demais pessoas federativas. Aliás, a própria União Federal, como já vimos, tem a previsão de servidores estatutários (Lei nº 8.112/90) e de servidores trabalhistas (Lei nº 9.962/2000 e legislação trabalhista).

Nada impediria, é claro, que a entidade política adotasse apenas um regime funcional em seu quadro, mas, se o fizesse, não seria por imposição constitucional, e sim por *opção administrativa,* feita em decorrência de avaliação de conveniência, para melhor atender a suas peculiaridades. A qualquer momento, no entanto, poderia modificar a estratégia inicial e instituir regime funcional paralelo, desde que, logicamente, o novo sistema seja previsto em lei.

Sucede, entretanto, que o STF deferiu medida cautelar para o fim de suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da CF, com a redação dada pela EC 19/98, o que rendeu ensejo ao retorno da redação anterior, *pela qual havia sido instituído o regime jurídico único*. Considerou a Corte a existência de aparentes indícios de inconstitucionalidade formal, tendo em vista erro de procedimento na tramitação daquela Emenda. A decisão, porém, teve eficácia *ex nunc*, subsistindo a legislação

editada sob o império do dispositivo suspenso.[1684] Com o restabelecimento do *regime jurídico único*, retornou a controvérsia sobre a matéria. Vale a pena relembrar as três posições: 1ª) o regime único indica a obrigatoriedade de adoção *exclusiva* do regime estatutário;[1685] 2ª) cabe à pessoa federativa optar pelo regime estatutário ou trabalhista, mas, uma vez feita a opção, o regime deverá ser o mesmo para a Administração Direta, autarquias e fundações de direito público;[1686] 3ª) admite-se a opção por um regime único para a Administração Direta e outro para autarquias e fundações públicas.[1687]

Como não havia suficiente clareza (e continua não havendo) sobre o significado do *"regime jurídico único"* na Constituição, justificava-se a controvérsia acima apontada. De qualquer modo, pensamos que o Constituinte nem quis obrigar à adoção exclusiva do regime estatutário, nem, por outro lado, desejou admitir a cisão de regimes entre a Administração Direta, de um lado, e as autarquias e fundações de direito público, de outro. No primeiro caso, não houve expresso mandamento constitucional que conduzisse àquela conclusão; no segundo, a cisão retrataria uma ruptura na lógica criada para a unicidade do regime. Por via de consequência, reiterando pensamento que já adotávamos em edições anteriores, consideramos que a *intentio* do Constituinte foi a de que o regime de pessoal fosse apenas *único*, seja o estatutário, seja o trabalhista – tese sufragada pela segunda corrente doutrinária já mencionada – com o que se poderiam evitar os velhos confrontos entre servidores da mesma pessoa federativa, tendo por alvo normas diversas estabelecidas por cada um daqueles regimes.

Cabe anotar, também, que a *unicidade* de regime jurídico alcança tão-somente os servidores permanentes. Para os servidores temporários, continua subsistente o *regime especial*, como previsto no art. 37, IX, da CF. Portanto, será sempre oportuno destacar que a expressão *"regime único"* tem que ser considerada *cum grano salis*, para entender-se que os regimes de pessoal são *dois* – um, o *regime comum* (tido como *regime único*), e outro, o *regime especial* (para servidores temporários).

Ao mesmo tempo em que baniu o regime jurídico único, a EC 19/98, alterando inteiramente o art. 39, § 1º, da CF, extinguiu também o sistema de *isonomia funcional*, que, diga-se a bem da verdade, nunca foi efetivamente cumprido pelas pessoas do Estado. Estabelecia-se, na redação original, a necessidade de pagamento de remuneração igual àqueles que ocupassem cargos de atribuições

iguais ou cargos assemelhados do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes. O mandamento nem foi cumprido nem dificilmente o será no futuro, pois que poucas coisas são tão confusas na Administração quanto o sistema remuneratório dos servidores. O sistema caótico é fruto do acúmulo de erros e erros, cometidos por várias décadas de arbitrariedades, abusos e imoralidades administrativas. Retorna-se, por conseguinte, ao sistema anterior, no qual foram constantes as discriminações injustificadas quanto aos vencimentos, daí decorrendo profunda insatisfação dos servidores: nada parece mais desanimador do que um servidor saber que, tendo cargo igual ao de outro servidor, ou exercendo funções idênticas ou assemelhadas, sua remuneração é desigualmente inferior.

IV. Organização Funcional

1. Quadro Funcional

Quadro funcional é o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções públicas remuneradas integrantes de uma mesma pessoa federativa ou de seus órgãos internos.[1688]

O quadro funcional é o verdadeiro espelho do quantitativo de servidores públicos da Administração. Se houvesse efetiva organização funcional, o quadro seria o elemento pelo qual o órgão ou a pessoa poderiam nortear-se para inúmeros fins, como a eliminação de excessos, o remanejamento de servidores, o recrutamento de outros, a adequação remuneratória etc., pois que nele se teria o real espectro das carências e demasias observadas nos setores administrativos. Lamentavelmente, porém, reina o caos nesse controle funcional e frequentemente se tem tido conhecimento do malogro das Administrações em identificar os componentes de seu quadro.

Carreira é o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional. As *classes* são compostas de cargos que tenham as mesmas atribuições. Os *cargos* que compõem as classes são cargos de carreira, diversos dos cargos isolados que, embora integrando o quadro, não ensejam o percurso progressivo do servidor. [1689]

2. Cargos, Empregos e Funções Públicas

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. [1690]

A *função pública* é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica.

No sistema funcional, determinadas funções são suscetíveis de remuneração. É muito confusa a nomenclatura referente a tais situações. Em geral, emprega-se a expressão *função gratificada,* que, na verdade, indica uma *gratificação de função,* ou seja, uma função especial, fora da rotina administrativa e normalmente de caráter técnico ou de direção, cujo exercício depende da confiança da autoridade superior. Em virtude da especificidade da atribuição, o servidor percebe um *plus* em acréscimo a seu vencimento. Trata-se, pois, de vantagem pecuniária.

A Constituição, no art. 37, V, utilizou a expressão *"funções de confiança",* que, na verdade, é marcada por evidente imprecisão. A análise do dispositivo demonstra que se pretendeu aludir às já mencionadas funções gratificadas. A expressão é vaga e inexata porque existem várias outras funções de confiança atribuídas a situações funcionais diversas, como é o caso das relacionadas a cargos em comissão. A confusão se completa com a expressão *"funções comissionadas",* usada às vezes para indicar cargos em comissão. A falta de uniformidade impera nesse aspecto. Vale a pena registrar, desde logo, que cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas que não pertencem aos quadros funcionais da Administração, ao passo que as funções gratificadas (ou de confiança, no dizer da Constituição) são reservadas exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ainda que sejam lotados em órgão diverso. A exigência consta do já citado art. 37, V, da CF.

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo.[1691] O titular do cargo se caracteriza como servidor público estatutário.

O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação

das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado *desvio de função*, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo,[1692] e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa.

A expressão *emprego público* é utilizada para identificar a relação funcional trabalhista, assim como se tem usado a expressão *empregado público* como sinônima da de *servidor público trabalhista*. Para bem diferenciar as situações, é importante lembrar que o servidor trabalhista tem função (no sentido de tarefa, atividade), mas não ocupa cargo. O servidor estatutário tem o cargo que ocupa e exerce as funções atribuídas ao cargo.[1693]

3. Classificação dos Cargos

Uma primeira classificação leva em consideração a situação dos cargos diante do quadro funcional. Sob esse aspecto, dividem-se em *cargos de carreira* e *cargos isolados*. Os primeiros permitem a progressão funcional dos servidores através de diversas classes até chegar à classe mais elevada. Os cargos isolados, ao contrário, têm natureza estanque e inviabilizam a progressão.

Sob o ângulo das garantias e características dos cargos, podem eles agrupar-se em três categorias:

1) cargos vitalícios;
2) cargos efetivos; e
3) cargos em comissão.[1694]

Cargos vitalícios são aqueles que oferecem a maior garantia de permanência a seus ocupantes. Somente através de processo judicial, como regra, podem os

titulares perder seus cargos (art. 95, I, CF). Desse modo, torna-se inviável a extinção do vínculo por exclusivo processo administrativo (salvo no período inicial de dois anos até a aquisição da prerrogativa). A vitaliciedade configura-se como verdadeira prerrogativa para os titulares dos cargos dessa natureza e se justifica pela circunstância de que é necessária para tornar independente a atuação desses agentes, sem que sejam sujeitos a pressões eventuais impostas por determinados grupos de pessoas.[1695] A vitaliciedade tem previsão constitucional. Atualmente são cargos vitalícios os dos magistrados (art. 95, I, CF), os dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, "a", CF) e os dos membros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º, CF). Por se tratar de prerrogativa de sede constitucional, em função da qual cabe ao Constituinte aferir a natureza do cargo e da função para atribuí-la, não podem Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais, nem mesmo lei de qualquer esfera, criar outros cargos com a garantia da vitaliciedade. Consequentemente, apenas Emenda à Constituição Federal poderá fazê-lo.[1696]

Cargos efetivos são aqueles que se revestem de caráter de permanência, constituindo a maioria absoluta dos cargos integrantes dos diversos quadros funcionais. Com efeito, se o cargo não é vitalício ou em comissão, terá que ser necessariamente efetivo. Embora em menor grau que nos cargos vitalícios, os cargos efetivos também proporcionam segurança a seus titulares: a perda do cargo, segundo emana do art. 41, § 1º, da CF, só poderá ocorrer, depois que adquirirem a estabilidade, se houver sentença judicial ou processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, e agora também em virtude de avaliação negativa de desempenho, como introduzido pela EC 19/98.

Os *cargos em comissão*, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de *cargos de confiança.* A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).

O texto constitucional anterior estabelecia que os cargos em comissão e as

funções de confiança deveriam ser exercidos *preferencialmente* por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional. A EC nº 19/98, da reforma do Estado, todavia, alterando o inciso V do art. 37, restringiu essa investidura, limitando o exercício de funções de confiança a servidores ocupantes de cargo efetivo e a investidura em cargos em comissão a servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo as atribuições de tais funções e cargos destinar-se apenas à chefia, direção e assessoramento. A norma ora vigente limita a investidura, em cargos em comissão, de pessoas que não pertencem aos quadros públicos, com o que se procurará evitar tantos casos de imoralidade e nepotismo existentes em todos os setores da Administração.[1697]

Várias restrições e vedações – como já acentuamos anteriormente – foram instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 07, de 18.10.2005, no que tange à nomeação para *cargos em comissão ou funções gratificadas* de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de membros de Tribunais, de juízes e de servidores investidos em cargo de direção ou assessoramento, ficando fora da vedação apenas aqueles que já sejam titulares de cargos de provimento efetivo, ou seja, que já pertençam ao quadro funcional; ser-lhes-á vedado, no entanto, atuar em subordinação ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade (art. 2º, § 1º).

Nota-se, pois, que semelhantes vedações configuram-se como exceções ao art. 37, II, da CF, que contempla o princípio da livre nomeação de servidores para cargos em comissão. Dita Resolução foi editada com fundamento no art. 103-B, § 4º, II, da CF, introduzido pela E.C. 45/2004, que confere ao Conselho a atribuição de zelar pela observância dos princípios administrativos enunciados no art. 37, *caput,* da Constituição. Na hipótese, os princípios diretamente protegidos são os da moralidade e da impessoalidade, intentando-se impedir e corrigir a prática de *nepotismo*, lamentavelmente de costumeira e conhecida frequência em certos Tribunais e órgãos judiciais.[1698]

O STF estendeu a vedação à administração direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, impedindo a nomeação – para cargo ou função de confiança, ou função gratificada – de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, relacionados à autoridade nomeante ou a servidor da mesma pessoa

jurídica ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento. Vedado também ficou o *nepotismo transverso* (ou *nepotismo cruzado*), aquele que resulta de ajuste que enseja designações recíprocas. Todos esses aspectos foram consolidados na Súmula Vinculante nº 13, do STF.[1699]

Não obstante o silêncio da referida Súmula a respeito, parece-nos que a proibição não alcança os servidores titulares de cargos de *provimento efetivo ou vitalício* – ressalva, aliás, que, como visto acima, foi prevista na citada Resolução do CNJ. O alvo efetivo do favorecimento ilegal concentra-se em cônjuges, parentes etc., que *não integram* os quadros funcionais. Diferente é a hipótese daqueles servidores – que não somente já os integram, como ainda tiveram seu ingresso condicionado à prévia aprovação em concurso público. Sendo assim, e por força do princípio da impessoalidade, não poderiam sofrer discriminação relativamente a colegas com a mesma situação jurídica. Nesses casos, a vedação – isto sim – deve recair tão-só na impossibilidade de o nomeado para cargo em comissão ficar diretamente subordinado ao parente responsável pela nomeação.

Em relação às *pessoas privadas da Administração* (empresas públicas e sociedades de economia mista), é frequente a alusão a "cargos efetivos" e "cargos em comissão" (ou "cargos de confiança"). A despeito de serem referidos na CLT, [1700] trata-se da utilização do modelo adotado no regime estatutário, visando ao delineamento da organização funcional. *Cargo*, como já vimos, é instrumento próprio do regime estatutário, e não do trabalhista. Portanto, aludidas expressões indicam, na verdade, "empregos efetivos" e "empregos em comissão", todos eles regidos pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, diferentemente dos verdadeiros cargos públicos, regidos pelos estatutos funcionais do respectivo ente federativo.[1701]

4. Criação, Transformação e Extinção de Cargos

A regra geral para a criação, transformação e extinção de cargos públicos é contemplada no art. 48, X, da CF. Segundo este dispositivo, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a criação, transformação e extinção dos cargos, empregos e funções públicas. Na criação, formam-se novos cargos na estrutura funcional; na extinção, eliminam-se os cargos; e a transformação nada mais é do que a extinção e a criação simultânea de cargos:

um cargo desaparece para dar lugar a outro. A norma constitucional significa que, como regra, todos esses fatos relativos aos cargos *pressupõem a existência de lei.*[1702] O dispositivo, todavia, foi alterado pela EC nº 32, de 11/9/2001, que, fazendo referência ao art. 84, VI, "b", da CF, também alterado pela citada Emenda, passou a admitir que o Chefe do Executivo proceda à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Desse modo, mesmo que o cargo tenha sido criado por lei, pode ser extinto por decreto no caso de vacância.[1703]

Convém anotar, entretanto, que apenas a *lei* pode ser o instrumento de criação dos cargos, sendo, por conseguinte, inconstitucional a lei que autorize o Chefe do Executivo a expedir *decretos* para tal finalidade. Primeiramente, porque ofende o art. 61, § 1º, II, "a", da CF, que exige a própria lei (de iniciativa do Chefe do Executivo) para que se efetive a criação do cargo. Ofende também o art. 84, VI, "a", da CF, que, embora admita o decreto para a organização e funcionamento da Administração, veda aumento de despesas, e estas fatalmente teriam que ocorrer no caso de novos cargos.[1704]

Tem sido usualmente admitida na Administração a denominada transformação de cargos "sem aumento de despesa", implementada por atos administrativos oriundos de autoridades dirigentes de pessoas e órgãos públicos, através dos quais se extinguem alguns cargos e se criam outros com despesa correspondente à daqueles. Na verdade, não se trata propriamente, no caso, de transformação de cargos, a ser prevista em lei, mas sim de mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo. Tal procedimento, aliás, restou sufragado pela EC 32/2001, que, alterando o art. 84, da CF, conferiu ao Presidente da República (e aos demais Chefes de Executivo) competência para dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração, desde que não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.[1705]

Em nosso entender, contudo, essa reorganização tem limites para o Administrador, sendo vedado, a pretexto de executá-la, alterar tão profundamente a estrutura funcional do órgão que dela possa resultar a sua desfiguração, com extinção de carreiras e criação de novos cargos, sem que haja autorização legal. Da mesma forma, não pode um ato administrativo mudar atribuições dos cargos para os quais seus titulares se habilitaram por concurso: isso refletiria desvio de finalidade e, indiretamente, retrataria transformação do cargo. Alterações dessa

natureza somente podem perpetrar-se por meio de lei formal, como já se decidiu corretamente.[1706]

Ocorre que o próprio art. 48 dispensa a sanção do Presidente nos casos dos arts. 49, 51 e 52, que dispõem, respectivamente, sobre a competência do Congresso, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Os arts. 51, IV, e 52, XIII, a seu turno, autorizam a Câmara e o Senado, respectivamente, a dispor sobre sua organização e sobre a criação, transformação e extinção de seus cargos. Resulta de todo esse quadro normativo que esses fatos relativos aos cargos, *quando se trata da organização funcional da Câmara e do Senado, não dependem de lei*, como nos demais casos. Em consequência, seus cargos são criados, transformados e extintos através de *resolução.[1707]*

Como os Poderes são independentes, releva examinar a questão da iniciativa das leis que visem à criação, transformação e extinção dos cargos públicos. No caso de cargos do Executivo, a iniciativa da lei é privativa do Chefe desse Poder (art. 61, § 1º, II, "a", CF). No que toca ao Judiciário, a iniciativa cabe ao Tribunal interessado, não só em relação aos cargos da estrutura de apoio administrativo, como também os próprios cargos da Magistratura (art. 96, II, "b", CF). A regra pertinente ao Judiciário é aplicável aos casos de cargos dos Tribunais de Contas: a iniciativa cabe a cada um desses Tribunais. O Ministério Público, por sua vez, foi erigido à categoria de unidade orgânica independente; por esse motivo, o art. 127, § 2º, da CF estabeleceu que cabe à Instituição, logicamente através de seu Procurador-Geral, propor ao Legislativo a criação, transformação e extinção dos cargos de sua estrutura institucional básica (Promotor de Justiça, Procurador etc.) e também dos cargos integrantes da organização de apoio, denominada de serviços auxiliares.[1708] No Legislativo, já se viu, não há o problema de iniciativa: os cargos são criados e extintos por atos internos desse Poder.

É importante destacar que o poder de iniciativa para a criação ou reestruturação funcional de cargos e carreiras se aloja no âmbito de discricionariedade de cada titular, cabendo-lhe o exame da conveniência e oportunidade para tomar aquela providência. Em que pese a evidência desse poder administrativo, algumas ações têm sido propostas – sobretudo a ação civil pública, frequentemente mal utilizada – com a pretensão de obter mandamento judicial para tal exercício da atividade discricionária. Com muita lucidez e técnica, os Tribunais

têm rechaçado tal pretensão sob o fundamento de que não é lícito ao Poder Judiciário, em ação de conhecimento, atrair para si a deliberação de atos da Administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos Poderes do Estado, sendo, pois, *"inadmissível compelir o Poder Executivo, por meio de ação civil pública, com preceito cominatório de obrigação de fazer, a remeter ao Poder Legislativo mensagem dispondo sobre a criação e estruturação de carreira de cargos públicos"*.[1709] O STJ também já proclamou que *"a decisão judicial que intervém na administração pública determinando a contratação de servidores públicos em caráter precário é flagrantemente ilegítima"*.[1710]

Não obstante, afigura-se flagrantemente inconstitucional a criação de cargos em comissão em *número excessivo e desproporcional* ao quantitativo dos cargos efetivos, fato que denuncia claramente o propósito de favorecimento de alguns poucos apaniguados, frequentemente por interesses políticos.[1711] Da mesma forma, é inconstitucional a lei que cria cargos em comissão com *atribuições incompatíveis* com o regime de livre nomeação e exoneração, isto é, funções que não sejam de direção, chefia ou assessoramento.[1712] Revela-se ainda ilegítima a transformação de cargos na qual se permita *reenquadramento* indiscriminado dos servidores, *sem critério de adequação* relativamente aos requisitos (natureza de funções, escolaridade etc) do cargo novo e do cargo transformado, ensejando privilégios por via oblíqua.[1713] Em todos esses casos, é notória a intenção de fraudar os princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade, a fim de beneficiar indevidamente alguns privilegiados em detrimento dos desapadrinhados, numa inaceitável persistência da cultura da imoralidade.

Avulta notar que os empregos públicos da Administração Direta, autarquias e fundações de direito público também exigem sua criação por lei, sendo esta de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, "a", CF). Já os empregos públicos de pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista), quer os denominados "cargos efetivos" quer os chamados "cargos em comissão" ou "de confiança" (na verdade, "empregos efetivos" ou "empregos em comissão", como vimos) podem ser criados através dos atos de organização funcional dessas entidades.[1714]

5. Provimento

Provimento é o fato administrativo que traduz o preenchimento de um cargo público. Como esse fato depende da manifestação volitiva da autoridade competente em cada caso, tem-se que o fato *provimento* é consubstanciado através de um ato administrativo de caráter funcional: são os atos de provimento.

Alguns autores definem o provimento como *o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público*.[1715] Assim não pensamos, porém. A nosso ver, o provimento caracteriza-se como *fato administrativo*, ou seja, um evento que consiste no preenchimento de um cargo vago. *Prover*, como se sabe, significa *preencher o que está vago*. Como o fato precisa de formalização, sua existência depende da prática de um ato administrativo. Sendo assim, enquanto o provimento é o fato em si que consiste no preenchimento do cargo, o ato administrativo é o meio idôneo para materializá-lo. Portanto, não se pode dizer tecnicamente que provimento *é o ato* de preenchimento, mas sim que é o ato que *materializa ou formaliza* o provimento. Há provimento do cargo quando o indivíduo é aprovado em concurso ou quando é promovido: os atos que formalizam o provimento, contudo, são diversos.[1716]

5.1. Tipos de Provimento

Há dois tipos de provimento, de acordo com a situação do indivíduo que vai ocupar o cargo. De um lado, temos o *provimento originário*, aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente, seja porque pertencia a quadro funcional regido por estatuto diverso do que rege o cargo agora provido. Exemplo: é provimento originário aquele em que o servidor, vindo de empresa da iniciativa privada, é nomeado para cargo público após aprovação em concurso. Também é provimento originário a hipótese em que um detetive, sujeito a estatuto dos policiais, é nomeado, após concurso, para o cargo de Defensor Público, sujeito a estatuto diverso.

De outro lado, há também o *provimento derivado*, aquele em que o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo anterior com outro cargo, sujeito ao mesmo estatuto. Se, por exemplo, o servidor é titular do cargo de Assistente nível A e, por promoção, passa a ocupar o cargo de Assistente nível B, o provimento é derivado.

5.2. Formas de Provimento

Várias são as formas de provimento, todas dependentes de um ato administrativo de formalização. O art. 8º da Lei nº 8.112/90 enumera essas formas: nomeação, promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução. A ascensão e a transferência, anteriormente previstas no dispositivo, foram suprimidas pela Lei nº 9.527, de 10.12.97.

Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário. Em se tratando de cargo vitalício ou efetivo, a nomeação deve ser precedida de aprovação prévia em concurso público. Se se tratar de cargo em comissão, é dispensável o concurso. *Promoção* é a forma de provimento pela qual o servidor sai de seu cargo e ingressa em outro situado em classe mais elevada. É a forma mais comum de progressão funcional. *Ascensão* (ou acesso) é a forma de progressão pela qual o servidor é elevado de cargo situado na classe mais elevada de uma carreira para cargo da classe inicial de carreira diversa ou de carreira tida como complementar da anterior. *Transferência* é a passagem do servidor de seu cargo efetivo para outro de igual denominação, situado em quadro funcional diverso. [1717] *Readaptação* é forma de provimento pela qual o servidor passa a ocupar cargo diverso do que ocupava, tendo em vista a necessidade de compatibilizar o exercício da função pública com a limitação sofrida em sua capacidade física ou psíquica. E a *recondução* é o retorno do servidor que tenha estabilidade ao cargo que ocupava anteriormente, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou pela reintegração de outro servidor ao cargo do qual teve que se afastar.[1718]

No que concerne particularmente à promoção, é forçoso reconhecer que são muito variados os sistemas de melhoria funcional. Algumas leis funcionais distinguem a *promoção* e a *progressão* (esta *stricto sensu*, porque toda melhoria, em última análise, retrata uma forma de progressão funcional). Naquela o servidor é alçado de cargo integrante de uma classe para cargo de outra, ao passo que na progressão o servidor permanece no mesmo cargo, mas dentro dele percorre um *iter* funcional, normalmente simbolizado por *índices* ou *padrões*, em que a melhoria vai sendo materializada por elevação nos vencimentos. Para exemplificar, suponha-se que a carreira de Técnico de Administração tenha 3 classes, correspondentes aos níveis A, B e C, e que em cada classe haja 3 padrões de vencimentos (X, Y e Z). Se o servidor é Técnico de nível A e tem o padrão X, ao passar para o padrão Y, é beneficiado

pela progressão. Após percorrer todos os padrões, terá direito a ocupar o cargo de Técnico de nível B: nesse momento sua melhoria funcional se processou pela promoção, visto que saiu de um cargo (o de Técnico nível A, que, em consequência, ficou vago) e ingressou em cargo de outra classe. Como foi dito, é claro que haverá variações de acordo com as diversas leis funcionais, algumas, aliás, disciplinadoras de regimes complicadíssimos e ininteligíveis de melhoria do servidor.

Embora possa haver certa semelhança com algumas dessas formas, com elas não se confundem a *remoção* e a *redistribuição*, que não são formas de provimento derivado por não ensejarem investidura em nenhum cargo. Em ambas há apenas o deslocamento do servidor: na remoção, o servidor é apenas deslocado no âmbito do mesmo quadro e, na redistribuição, o deslocamento é efetuado para quadro diverso. Em qualquer caso, porém, o servidor continua titularizando seu cargo, o que não ocorre nas formas de provimento derivado.

Neste passo, é importante destacar que essas modalidades de deslocamento funcional podem esconder inaceitável arbítrio por parte do órgão administrativo, mediante flagrante ofensa ao princípio da impessoalidade. Se isso ocorrer, o ato é írrito e nulo.[1719] Para evitar esse tipo de desvio de finalidade, cabe ao administrador explicitar, de forma clara, as razões de sua decisão relativamente a determinado servidor *(motivação),* permitindo seja exercido o controle de legalidade sobre a justificativa apresentada. Deve, ainda, exigir-se que tais atos resultem de critérios previamente estabelecidos, diante dos quais possam todos os servidores merecer o mesmo tratamento.[1720]

A reversão, a reintegração e o aproveitamento são formas de provimento por reingresso do servidor. Por esse motivo, serão estudadas adiante em separado.

6. Investidura: Nomeação, Posse e Exercício

O termo *investidura* apresenta algumas discrepâncias em seu sentido. Entendemos, porém, que a investidura retrata uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público.[1721]

Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo. Como regra, a nomeação exige que o nomeado não somente tenha sido aprovado previamente em concurso público, como também tenha preenchido os

demais requisitos legais para a investidura legítima. Uma vez nomeado o servidor, o desfazimento da nomeação não fica ao exclusivo critério da Administração: o ato somente pode ser desfeito depois de assegurar-se ao interessado a garantia do contraditório e da ampla defesa.[1722] Vimos também que o concurso é dispensável no caso de nomeação para cargos em comissão (art. 37, II, CF).

A *posse* é o ato da investidura pelo qual ficam atribuídos ao servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo. É o ato de posse que completa a investidura, espelhando uma verdadeira *conditio iuris* para o exercício da função pública. É o momento em que o servidor assume o compromisso do fiel cumprimento dos deveres e atribuições, como bem averba OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO.[1723] Com a posse, completa-se também a relação estatutária da qual fazem parte o Estado, de um lado, e o servidor, de outro.

Por fim, o *exercício* representa o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. O exercício, como é óbvio, só se legitima na medida em que se tenha consumado o processo de investidura. É o exercício que confere ao servidor o direito à retribuição pecuniária como contraprestação pelo desempenho das funções inerentes ao cargo.

7. Reingresso

Reingresso é o retorno do servidor ao serviço público pela ocorrência de determinado fato jurídico previsto no estatuto funcional. Como tais formas representam a investidura do servidor depois de extinta a relação estatutária, constituem modalidades de provimento derivado.

Uma das formas de reingresso é a *reintegração*. Ocorre a reintegração quando o servidor retorna a seu cargo após ter sido reconhecida a ilegalidade de sua demissão. O fato gerador dessa modalidade de provimento é o reconhecimento da ilegalidade, por sentença judicial, do ato que extinguiu a relação jurídica estatutária. O art. 41, § 2º, da CF assegura ao ex-servidor o direito de retornar a seu cargo, desde que invalidada por sentença judicial o ato anterior de demissão.

No texto anterior, o dispositivo assegurava que, no caso de reintegração, o servidor que vinha ocupando o cargo tinha direito de ser reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização, ou aproveitado em outro cargo ou, ainda, posto em disponibilidade. A EC nº 19/98 alterou o dispositivo, condicionando a

existência desse direito apenas ao servidor *estável* que venha ocupando o cargo antes da reintegração, o que significa que o servidor não estável pode ser exonerado pela Administração, sem que se lhe confira a possibilidade de recondução, aproveitamento ou disponibilidade. Aliás, a referida Emenda acentuou também o fato de que, mesmo quando viável a disponibilidade, a remuneração será proporcional ao tempo de serviço.

Outra forma é o *aproveitamento*, que significa o retorno do servidor a determinado cargo, tendo em vista que o cargo que ocupava foi extinto ou declarado desnecessário. Enquanto não se dá o aproveitamento, o servidor permanece em situação transitória denominada de disponibilidade remunerada. A disponibilidade reclama que a Administração providencie o adequado aproveitamento do servidor, evitando-se que fique indefinidamente percebendo remuneração sem exercer qualquer função pública. A exigência emana do art. 41, § 3º, da CF.[1724]

A última forma de provimento por reingresso é a *reversão*. Esse tipo de reingresso é específico para o servidor inativo e se consuma mediante a ocorrência de duas situações funcionais:

1) o restabelecimento, por laudo médico, de servidor aposentado por invalidez; ou
2) vício de legalidade no ato que concedeu a aposentadoria.[1725]

Anteriormente se reconhecia uma forma de reversão em que o servidor, após a sua aposentadoria, solicitava o seu retorno ao serviço público, ficando a critério da Administração atender ou não à postulação. Atualmente não mais se afigura viável essa forma de reversão: do momento em que o servidor foi aposentado, a relação estatutária extinguiu-se e dela resultou, inclusive, a vacância do cargo. Ora, uma nova investidura só seria possível mediante aprovação prévia em concurso público, o que não se dava naquela forma de reversão. Se fosse admitida, estaria vulnerada, por linha transversa, a regra do art. 37, II, da CF.

No entanto, sem embargo dessa óbvia linha de teorização, nova legislação federal, alterando a Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Federais), passou a admitir a reversão *"no interesse da administração"*, desde que: 1º) haja solicitação da

reversão; 2º) a aposentadoria tenha sido voluntária e concedida nos cinco anos anteriores ao pedido; 3º) o servidor fosse estável quando se aposentou; 4º) haja cargo vago.[1726] Pelas novas regras, a reversão dar-se-á no mesmo cargo em que o servidor se aposentou ou naquele que resultou de eventual transformação. Se o cargo estiver provido, o servidor ficará como *excedente* até a ocorrência de vaga. [1727]

Em nosso entendimento, tais normas são flagrantemente inconstitucionais. Como já se enfatizou, a aposentadoria extingue a relação estatutária e acarreta a vacância do respectivo cargo, não se podendo admitir a ressurreição da relação jurídica definitivamente sepultada. Por outro lado, esse tipo de reversão rende ensejo a que o servidor, depois de abandonar o serviço público, resolva simplesmente desistir de sua inatividade e voltar ao mesmo cargo, deixando sempre fluido e instável o quadro funcional. Não se pode esquecer, ainda, que reingresso dessa natureza ofende frontalmente o princípio da acessibilidade aos cargos mediante prévia aprovação em concurso público, expressamente acolhido no art. 37, II, da vigente Constituição, e isso porque inaugura nova relação estatutária, diversa daquela que se extinguiu pela aposentadoria. O fundamento, aliás, é o mesmo adotado pelo STF para os casos de transferência e ascensão funcional, institutos que, também aceitos anteriormente, como o era a reversão por interesse administrativo, foram banidos do atual sistema por vulneração ao aludido postulado.

Resta confirmado, por conseguinte, que só pode ocorrer a reversão quando houver restabelecimento do servidor aposentado por invalidez ou se houver ato ilegal de aposentadoria, ambas as hipóteses consentâneas com o atual regime estatutário constitucional.

O mesmo se pode dizer da antiga *readmissão,* forma anterior de reingresso pela qual o servidor, depois de deixar o serviço público, requeria o retorno direto a seu cargo, sem aprovação em concurso público, ficando a critério da Administração aceitar ou não o pedido. Hoje tal forma é vedada pelo mesmo art. 37, II, da CF e sua aceitação implicaria conduta constitucionalmente vedada.

Sem embargo do notório anacronismo e da flagrante inconstitucionalidade desse instituto, tem sido adotada a readmissão do servidor por decisão de alguns órgãos públicos, o que contraria frontalmente o princípio do concurso público e

parece traduzir inevitável desvio de finalidade. Há, inclusive, diplomas que preveem essa forma de reingresso. O STF, porém, por seu Plenário, já teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que previa a readmissão, sem concurso público, de magistrado exonerado. Disse a Corte que essa modalidade de provimento não tem previsão na Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN (Lei Complementar nº 35/79), não podendo lei estadual instituí-la.[1728] A decisão é digna de aplausos, mas convém salientar que, segundo pensamos, haveria inconstitucionalidade ainda que houvesse previsão no referido diploma, sabido que semelhante situação estaria em confronto com o art. 37, II, da Lei Maior, que exige o concurso público.

Ainda sobre a readmissão, é oportuno tecer breve comentário sobre o art. 453, § 1º, da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.[1729] O dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF ao argumento de que, incluídos tais empregados na vedação do art. 37, XVI, da CF, a lei estaria admitindo a cumulação de vencimentos e proventos *em qualquer caso*, o que ofende o art. 37, § 10, da CF. Averbou, ainda, o eminente Relator que, mesmo que se entenda que os empregados estão fora da proibição daquele mandamento, a aposentadoria espontânea estaria ensejando a extinção do vínculo empregatício, com o que estaria o empregado sujeito à despedida arbitrária (ou sem justa causa), sem indenização.[1730]

8. Vacância

Vacância é o fato administrativo-funcional que indica que determinado cargo público não está provido, ou, em outras palavras, está sem titular.

Autorizada doutrina define vacância como sendo o *ato administrativo* pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função.[1731] Em nosso entender, contudo, a definição não corresponde fielmente ao conceito de *vacância*. Não se trata de *ato*, mas sim de uma *situação fática funcional*. Por outro lado, a vacância não se dá apenas por destituição; há outros fatos geradores da referida situação. Aliás, a Lei nº 8.112/90 é, nesse ponto, bastante técnica: dispõe o art. 33 do Estatuto que a vacância do cargo público *"decorrerá de"*, para logo após alinhar uma série de fatos ensejadores dessa situação.[1732]

Diversos podem ser os fatos que geram a situação de vacância. Dois deles bem conhecidos são a exoneração e a demissão, sobre as quais teceremos alguns

comentários adiante. Também a transferência, a promoção, a readaptação e a ascensão provocam a vacância dos cargos cujos titulares passaram a ocupar outros cargos. Por fim, a aposentadoria e o falecimento do servidor: pelo fato de extinguirem a relação estatutária, provocam situação de vacância dos cargos anteriormente titularizados pelo servidor aposentado ou falecido.

9. Direito Adquirido dos Servidores

Muitas discussões têm sido travadas a respeito do direito adquirido dos servidores públicos. Afinal, há direito adquirido em favor dos servidores?

A resposta reclama a análise de dois vetores.

O primeiro diz respeito ao estatuto funcional. O servidor, quando ingressa no serviço público sob regime estatutário, recebe o influxo das normas que compõem o respectivo estatuto. Essas normas, logicamente, não são imutáveis; o Poder Público pode introduzir alterações com vistas à melhoria dos serviços, à concessão ou extinção de vantagens, à melhor organização dos quadros funcionais etc. Como as normas estatutárias são contempladas em lei, segue-se que têm caráter genérico e abstrato, podendo sofrer alterações como ocorre, normalmente, em relação aos demais atos legislativos. O servidor, desse modo, *não tem direito adquirido à imutabilidade do estatuto,* até porque, se o tivesse, seria ele um obstáculo à própria mutação legislativa. Citemos um exemplo: suponha-se que o estatuto do servidor, quando este foi nomeado para o cargo, contemplasse uma licença para estudar no exterior. Nada impede que o Poder Público extinga a licença posteriormente, por entendê-la inconveniente à Administração. O servidor não tem direito adquirido à manutenção da referida licença no estatuto funcional. Esse é um ponto de grande relevância, não se podendo perder de vista que as leis que traduzem normas gerais e abstratas, como é o caso dos estatutos, são normalmente alteráveis.

Não obstante, a lei estatutária contempla vários direitos individuais para o servidor. A aquisição desses direitos, porém, depende sempre de um suporte fático ou, se se preferir, de um fato gerador que a lei expressamente estabelece. Se se *consuma o suporte fático previsto na lei e se são preenchidos os requisitos para o seu exercício, o servidor passa a ter direito adquirido ao benefício ou vantagem que o favorece.* Aqui, portanto, não se trata do problema da mutabilidade das leis, como antes, mas sim da imutabilidade do direito em virtude da ocorrência do fato que o gerou. Cuida-se

nesse caso de direito adquirido do servidor, o qual se configura como intangível mesmo se a norma legal vier a ser alterada. É que, como sabido, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como proclama o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Vejamos um exemplo: suponha-se que o estatuto funcional do servidor, quando de seu ingresso no serviço público, admitisse adicional de tempo de serviço, conferindo o percentual de cinco por cento dos vencimentos para cada período de cinco anos de efetivo exercício (quinquênios). Não tem o servidor direito adquirido à permanência do adicional; em outras palavras, a Administração pode extingui-lo. Se a extinção se der, para exemplificar, quando o servidor já tiver onze anos de serviço, a norma terá sofrido alteração, mas terá ele direito adquirido ao percentual de dez por cento, porque a essa altura se terá completado o fato gerador do direito à percepção desse percentual: o exercício das funções pelo período de dois quinquênios. Caso a extinção ocorra quando o servidor conte apenas com dois anos de efetivo exercício, nenhum direito terá, porquanto não se terá consumado nem o fato gerador do primeiro percentual, qual seja, o exercício da função por cinco anos. A situação aqui é de mera expectativa, diferente da anterior, em que o fato realmente se consumou, originando a aquisição do direito.

Em se tratando de nova Constituição, a doutrina dominante registra que não há a garantia do direito adquirido contra seus mandamentos, visto que ela inaugura outra ordem jurídica, sucedendo a anterior, e tem incidência imediata sobre as situações nascidas sob a égide da Constituição antecedente. O STJ, aliás, já consignou expressamente tal posição, decidindo que *"inexiste direito adquirido contra texto constitucional, em especial no que se refere a regime jurídico de servidores públicos".*[1733] Exemplo elucidativo está no art. 17, do ADCT da CF, que determinou a redução dos valores remuneratórios aos limites fixados na Constituição: a norma é aplicável mesmo que o excesso de remuneração tenha decorrido de sentença transitada em julgado ou de ato jurídico perfeito, não havendo, pois, como invocar direito adquirido.[1734]

Diversa, contudo, é a situação de alteração da Constituição por Emenda Constitucional. Esta decorre do Poder Constituinte Derivado, que se caracteriza por ser derivado, subordinado e condicionado, submetendo-se a várias limitações fixadas na Constituição (art. 60, CF). Dentre elas, destacam-se as limitações

materiais, constitutivas das denominadas "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4º, CF), *"matérias que formam o núcleo intangível da Constituição Federal".*[1735] Em virtude destas, não pode ser objeto de deliberação a proposta de Emenda que vise a abolir *"direitos e garantias individuais"*. Sendo assim, se o servidor já tem direito adquirido, que é um dos vetores dos direitos individuais, não pode sobre a alteração constitucional retroagir para alcançá-lo e suprimi-lo.

Em vista dos novos ares do Direito Administrativo, que consagram, como já vimos, os *princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança,* à luz do art. 54 da Lei nº 9.784/99, pode considerar-se que o servidor que, de boa fé, obteve determinada vantagem funcional por meio de ato inquinado de vício de legalidade, a que não deu causa, tem, após o prazo de cinco anos, direito adquirido à manutenção do ato, estando a Administração, nesse caso, impedida de exercer seu poder de autotutela. [1736]

10. Cessão de Servidores

Cessão de servidores é o fato funcional por meio do qual determinada pessoa administrativa ou órgão público cede, sempre em caráter *temporário,* servidor integrante de seu quadro para atuar em outra pessoa ou órgão, com o objetivo de cooperação entre as administrações e de exercício funcional integrado das atividades administrativas. Trata-se, na verdade, de empréstimo temporário do servidor, numa forma de parceria entre as esferas governamentais. Avulta notar, porém, que tal ajuste decorre do poder discricionário de ambos os órgãos e do interesse que tenham na cessão; sendo assim, não há falar em direito subjetivo do servidor à cessão.

Alguns estatutos funcionais disciplinam a cessão, enquanto outros silenciam sobre o fato, e isso porque se trata de ajuste bilateral oriundo de consenso entre pessoas ou órgãos diversos, frequentemente sujeitos a estatutos diferentes. Presente o interesse dos pactuantes, usualmente configurado através da troca de ofícios, o cedente formaliza sua anuência por meio de *ato administrativo de cessão,* sujeito a todos os requisitos de validade.

O órgão que disponibiliza o servidor denomina-se de *cedente* e aquele ao qual é cedido o servidor leva o nome de *cessionário.* Entretanto, como acentuamos em outra oportunidade, a alteração não desnatura a vinculação funcional do servidor com o

órgão cedente. Sendo assim, extinta a cessão, o servidor retornará normalmente às suas funções no órgão de origem.[1737]

Duas são as modalidades de cessão de servidores: a *cessão sem ônus para o cedente e a cessão com ônus para o cedente*. Na primeira, o servidor é cedido, mas o encargo com a remuneração recai sobre o órgão cessionário; aqui, a remuneração pode ser paga diretamente pelo cessionário ou pelo cedente, sendo que neste caso será providenciado o necessário reembolso.[1738] Na segunda, dá-se o contrário: a remuneração continua a ser paga pelo cedente, muito embora possa o servidor cedido auferir alguma vantagem pecuniária junto ao órgão cessionário.

A *cessão* não se confunde com a *transferência:* naquela há o empréstimo temporário do servidor, ao passo que nesta se concretiza, como vimos, o deslocamento definitivo do servidor para outro cargo, inclusive com mudança de cargo. Essa é a razão por que a transferência não é mais admitida como mero ajuste bilateral: por força da Constituição, só aprovado em novo concurso público pode o servidor ser investido em cargo diverso.

A prática tem demonstrado que a cessão propicia, constantemente, efeitos de grande complexidade na relação funcional, principalmente quando em número excessivo de servidores cedidos. Além de o servidor cedido atuar em órgão com quadro, carreiras, classes e cargos de natureza diversa, pode ficar em situação de expectativa e instabilidade, muitas vezes à mercê da permanência ou sucessão de dirigentes dos órgãos envolvidos. Não raros, desse modo, são os litígios funcionais decorrentes da cessão.[1739]

V. Regime Constitucional

Já tivemos a oportunidade de verificar que, acima das regras estatutárias contidas na lei respectiva, sobrepairam os mandamentos constitucionais pertinentes aos servidores públicos. Repetimos que é de todo razoável falar-se em estatuto constitucional do servidor público, ao lado dos estatutos legais.

Esse estatuto é formado por várias normas que disciplinam as relações funcionais e, por isso, constituem elas o que denominamos de *regime constitucional* do servidor público. São os vetores desse regime que examinaremos a seguir.

1. Concurso Público

1.1. Sentido

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.[1740] Abonamos, então, a afirmação de que o certame público está direcionado à boa administração, que, por sua vez, representa um dos axiomas republicanos.[1741]

Por se tratar de procedimento administrativo em cujo cerne se encontra densa competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos, o concurso público não raras vezes rende ensejo à instauração de conflitos entre os candidatos, ou entre estes e o próprio Poder Público. É importante, em consequência, que essa característica marcante seja solucionada de forma legítima, sobretudo com a aplicação dos princípios da motivação e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).[1742]

O concurso pode ser de provas ou de provas e títulos. Atualmente não mais é juridicamente possível o concurso apenas de títulos, porque esta forma de seleção não permite uma disputa em igualdade de condições. A regra do concurso está no art. 37, II, da CF. A EC nº 19/98, que implantou a reforma do Estado, alterou o dispositivo, introduzindo alteração no sentido de que o concurso público de provas ou de provas e títulos se faça *"de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei"*. Em nosso entender, porém, mesmo sem esse acréscimo, já se deveria entender que o concurso, como processo seletivo que é, tem que se compatibilizar com a natureza e a complexidade das funções atribuídas ao cargo ou ao emprego, porquanto são eles, sem qualquer dúvida, os verdadeiros fatores que norteiam as fórmulas concursais. Seja como for, entretanto, o mandamento constitucional visa a obrigar o administrador público a observar o princípio da razoabilidade, de modo a que nem haja exageros na aferição das provas e títulos, nem sejam estes meros artifícios para chancelar favorecimentos, situações nitidamente ilegítimas.

O concurso de provas e títulos, se observarmos com lógica e coerência o

intento constitucional, indica que os candidatos devem ter seu conhecimento medido pelas provas a que se submeterem, porque esse é o objetivo delas. Por esse motivo é que são comumente denominadas de *provas de conhecimento*.

Obviamente, não é esse o escopo do concurso de títulos, integrante do concurso de provas e títulos. A titulação dos candidatos não pode servir como parâmetro para aprovação ou reprovação no concurso público, pena de serem prejudicados seriamente aqueles que, contrariamente a outros candidatos, e às vezes por estarem em início da profissão, ainda não tenham tido oportunidade de obterem esta ou aquela titulação. Entendemos, pois, que os pontos atribuídos à prova de títulos só podem refletir-se na *classificação* dos candidatos, e não em sua *aprovação* ou *reprovação*.[1743] De outro lado, revela-se ilegítima a pontuação desproporcional atribuída a títulos; aqui a Administração deve respeitar o princípio da proporcionalidade, pois que, não agindo dessa maneira, pesarão fundadas suspeitas sobre o propósito de favorecimento de determinados candidatos. Só assim é possível considerar o concurso de provas e títulos compatível com o princípio da impessoalidade inscrito no art. 37 da CF.[1744]

1.2. Fundamento

O concurso público é o instrumento que melhor representa o *sistema do mérito*, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos.

Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o *princípio da igualdade*, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o *princípio da moralidade administrativa*, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o *princípio da competição*, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.[1745]

1.3. Alcance da Exigência

A prévia aprovação em concurso público é, como regra, condição de ingresso

no serviço público.

O alcance da exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que pode se considerar que a exigência da aprovação em concurso se configura como a regra geral.

A regra abrange não só o provimento em cargos públicos, como também a contratação de servidores pelo regime trabalhista. O mandamento constitucional, aliás, faz referência à investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Por outro lado, o concurso deve ser exigido quer para a Administração Direta, quer para as pessoas da Administração Indireta, sejam as públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam as pessoas privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.[1746] No que toca ao regime estatutário, o requisito é também indispensável, como regra, para a investidura em cargos vitalícios e efetivos.

Houve alguns especialistas que advogavam a tese de que o concurso não seria exigível no caso de pessoas da Administração Indireta com atividade econômica.[1747] Posteriormente, porém, sufragou-se a tese de que a exigência alcançaria todas as pessoas da Administração Direta e Indireta.[1748] Este era realmente o escopo do Constituinte para evitar favorecimentos e apadrinhamentos imorais e ilegais, infelizmente usuais na Administração Indireta.

Como o art. 37, II, da CF, exige o concurso público para *"a investidura em cargo ou emprego público",* a jurisprudência passou a entender, diferentemente do que ocorria sob a égide da Carta anterior, onde sucederam inúmeros abusos e desvios de finalidade, que o acesso (ou ascensão) e a transferência não mais constituem formas de provimento derivado, como o é a promoção, meio legítimo de alcançar-se degraus mais elevados na carreira. O STF já decidiu que *"estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso".* *[1749]* Deste modo, se o cargo integra carreira diversa da que pertence o servidor, este só poderá ocupá-lo se for aprovado em concurso público.[1750]

A matéria relacionada a essa questão foi definitivamente assentada pelo STF na Súmula nº 685, que tem os seguintes dizeres: *"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".*

Significa, pois, que é vedado admitir que o servidor ocupante de cargo de uma carreira seja transferido para cargo de carreira diversa sem que tenha sido aprovado no respectivo concurso, seja qual for a modalidade de provimento. Investidura desse tipo sem prévia aprovação em concurso configura-se como ilegítima, gerando a necessidade de sua anulação pelo Judiciário ou pela própria Administração.

Não obstante, o mau hábito cultivado por décadas tem levado a Administração a tentar algumas escaramuças com a finalidade de relegar a segundo plano a exigência do concurso. Assim, por exemplo, têm sido consideradas inconstitucionais as leis que transformavam em estatutários e, pois, titulares de cargos efetivos, servidores trabalhistas contratados sem concurso, mesmo que tivessem mais de cinco anos de serviço público antes da promulgação da Constituição. A norma do art. 19 do ADCT da CF só conferiu estabilização aos servidores, mas não deu ensejo a provimento de cargos, o que só poderia ocorrer se o servidor se submetesse a concurso público e nele fosse aprovado, como o exige o art. 37, II, da CF. É o típico caso de transformação de emprego em cargo só admissível mediante aprovação no respectivo certame.[1751]

Em outras ocasiões, a Administração cria nova carreira com novos cargos e simplesmente pretende preenchê-los com servidores trabalhistas ou mesmo com estatutários de carreiras diversas. Clara está, nessa hipótese, a intenção de burlar a regra constitucional. O STF, inclusive, já declarou inconstitucional lei do Estado do Mato Grosso, que, tendo criado um Grupo Especial de Advogados do Estado, carreira nova, permitia a investidura automática nos cargos por advogados da administração pública direta, autárquica e fundacional. Para ser legítima a investidura, tornar-se-ia imprescindível a prévia aprovação no respectivo concurso. [1752] Ainda com base no art. 37, II, da CF, e na Súmula 685, foi declarada inconstitucional lei estadual que autorizava o Poder Judiciário a firmar contratos administrativos para atendimento aos serviços vinculados a cargos de provimento efetivo não providos por força de vacância ou de afastamento do servidor – fato que gerava a evidência de possíveis favorecimentos pela ausência de concurso público.[1753]

Situação diversa, no entanto, é aquela em que nova carreira criada por lei recebe atribuições anteriormente conferidas a carreira diversa. Nesse caso, se os integrantes da carreira mais antiga ingressaram por meio de concurso público, nada

impede que se lhes faculte optar pelos cargos da nova carreira. Aqui não estaria sendo vulnerado nem o princípio da aprovação em concurso público, nem o da exigência de concurso para primeira investidura, já que esta, na hipótese em foco, tem fisionomia distinta e particularidade própria.[1754]

Questão que tem gerado funda polêmica consiste na usual contratação por entes públicos (normalmente Municípios) de servidores sem a prévia aprovação em concurso público. Seja qual for a hipótese, é certo que semelhante recrutamento se reveste de ilegalidade e, portanto, deve sujeitar-se à invalidação. Nessas situações, o regime jurídico do servidor deve ser considerado o *regime trabalhista*, já que este se configura como o regime geral dos trabalhadores, tendo, por isso, caráter *residual*; o contrato de trabalho, aliás, independe da formalização do vínculo e, por essa razão, é que a lei trabalhista admite o contrato *escrito, verbal e tácito*. Admissões efetuadas pretensamente sob regime estatutário ou especial (servidores temporários) devem enquadrar-se no regime trabalhista. Entretanto, formou-se, no âmbito da Justiça do Trabalho, entendimento pelo qual a contratação sem concurso é nula e só gera para os empregados o direito a salários e aos valores relativos ao FGTS.[1755]

Não abonamos esse restritivo efeito jurídico. Na verdade, tal solução acaba punindo o empregado, que é a parte mais fraca na relação com o Estado, e favorece a este, o responsável pela contratação ilegal, eximindo-o de determinados ônus e lhe permitindo locupletar-se de sua própria torpeza.[1756] O desfazimento do vínculo de trabalho deve assegurar ao ex-servidor todos os direitos trabalhistas, pecuniários ou não, o que encontra amparo no princípio da dignidade humana e nos direitos sociais previstos no art. 7º da Carta vigente. Além disso, deve aplicar-se aos administradores responsáveis por tais admissões (o que quase nunca ocorre) as sanções que resultam de sua improbidade e má-administração.[1757]

1.4. Inexigibilidade

Há algumas situações especiais em relação às quais a Constituição dispensa a aprovação prévia em concurso público pelo servidor. Note-se, porém, que tais situações são excepcionais e atendem apenas à estratégia política do Constituinte.

No que toca aos cargos vitalícios, é inexigível o concurso para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF). A investidura dos

membros dos Tribunais de Contas sujeita-se à regra idêntica (art. 73, §§ 1º e 2º, CF). O mesmo ocorre com os Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CF) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CF).

Para os cargos efetivos, a dispensa favorece aos ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT da CF).

Por outro lado, não há também a exigência de concurso para o provimento de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). A dispensa nesse caso, como é fácil observar, atende à específica natureza desses cargos, titularizados por servidores da confiança das autoridades nomeantes. Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão, é lícito afirmar, com suporte em interpretação sistemática, que a inexigibilidade de concurso abrange também os *empregos em comissão* (ou *de confiança*) das pessoas administrativas de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.[1758]

A escolha do administrador alvitrando a nomeação de servidor para ocupar cargo ou emprego em comissão (ou de confiança, em geral) não é inteiramente livre; ao contrário, deve amparar-se em critérios técnicos e administrativos, com análise do nível e da eficiência do nomeado. Lamentavelmente, tal possibilidade tem gerado favorecimentos ilegais a certos apaniguados e verdadeira troca de favores. Ultimamente, porém, o sistema, como já se viu, tem oferecido mecanismos de impedimento para esse estado de coisas (inclusive nepotismo), o que é correto, porquanto a função pública não pode ficar à mercê de violação do princípio da moralidade diante da falta de ética de alguns administradores públicos.[1759]

Por fim, tem-se admitido que o concurso público também é inexigível para o recrutamento de servidores temporários. Aqui a dispensa se baseia em razões lógicas, sobretudo as que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade da situação de interesse público, pressupostos, aliás, expressos no art. 37, IX, da CF.[1760]

A Emenda Constitucional nº 51, de 14.2.2006, introduzindo o § 4º ao art. 198 da CF, consignou que os *agentes comunitários de saúde* e os *agentes de combate às endemias* podem ser recrutados pelos gestores locais do sistema único de saúde através de *processo seletivo público*, de acordo com a natureza e a complexidade de suas

atribuições e requisitos para seu desempenho, estendendo-se o alcance da norma à contratação direta por Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvada leis especiais desses entes.[1761] À primeira vista, tal processo seletivo não seria o mesmo que o concurso público de provas e títulos, assim como previsto no art. 37, II, da CF, parecendo ter-se admitido procedimento seletivo simplificado – exceção ao princípio concursal. A legislação regulamentadora, porém, aludiu a *processo seletivo público de provas ou de provas e títulos*, o que espelha o concurso público.[1762] A expressão empregada no novo texto, além de atécnica, só serviu para suscitar dúvida no intérprete; na verdade, bastaria que o Constituinte se tivesse referido simplesmente ao concurso público – instituto já com definição própria e imune a tais dúvidas.

1.5. Concurso Interno

O concurso interno é o processo seletivo realizado exclusivamente dentro do âmbito de pessoas administrativas ou órgãos públicos. Como o demonstra a própria expressão, esse tipo de certame não pode ser tido como concurso público, sabido que a participação dos candidatos é de caráter limitado.

A questão do concurso interno surgiu a propósito da regra do art. 19, § 1º, do ADCT da CF. Depois de conferir a certos servidores o direito à estabilidade no serviço público (art. 19, ADCT, CF), a Constituição consignou que o tempo de serviço desses servidores seria contado como título quando fossem submetidos a *concurso* para fins de efetivação, na forma da lei. Como a norma não empregou o adjetivo *público*, alguns entenderam que a hipótese ensejaria mero concurso interno. Parece-nos que esse não é o melhor entendimento. Na verdade, o Constituinte em nenhum momento pretendeu excepcionar a regra geral do concurso público. Ao contrário. Quis, isto sim, possibilitar que alguns servidores, se aprovados em concurso público para cargos efetivos, pudessem ter seu tempo anterior de serviço computado como título. Os que não desejassem a efetivação nos cargos não precisariam submeter-se ao concurso, pois que já teriam conquistado a estabilidade. Os servidores, no entanto, que pretendessem ocupar cargos efetivos, deveriam participar normalmente do concurso público e, se aprovados, seu tempo anterior de serviço valeria como título para a classificação final dos candidatos.[1763]

Para melhor interpretar o sistema constitucional relativo ao recrutamento de

servidores, deve considerar-se admissível o concurso interno apenas para provimento de cargos de classes intermediárias e finais de carreira, ou ainda para a ascensão funcional, pela qual o servidor pretende sair de cargo da classe final de uma carreira para outro da classe inicial de carreira superior ou complementar, isso em circunstâncias especiais, como aquela em que a carreira superior é complementar à inferior.[1764]

A jurisprudência, porém, tem anulado situações em que servidores públicos tenham vantagens desarrazoadas em relação a terceiros na competição para o ingresso em cargos públicos. O STF, por exemplo, já decidiu que constitui quebra do princípio da igualdade a concessão desse tipo de vantagens sem qualquer justificativa. Em relação a certa lei do Estado do Rio de Janeiro, consignou o STF: *"Se se admite – como faz o dispositivo impugnado – que integrantes do Quadro Permanente da Polícia Civil possam concorrer para quaisquer outros cargos do mesmo Quadro, ainda que de atribuições inteiramente diversas, independentemente de sujeição às respectivas provas de capacitação física e de investigação social, estarão eles em posição de acentuada vantagem, em relação aos concorrentes que ainda não ocupam cargos do Quadro"*, concluindo que: *"Pode estar caracterizada, nesse ponto, uma quebra ao princípio da igualdade (isonomia), que deve ser observado entre todos os concorrentes".[1765]* Em outra ocasião, definiu o Pretório Excelso que *"é desarrazoado o critério previsto em edital de concurso público que empresta ao tempo de serviço público pontuação superior àquela referente a títulos de pós graduação"*, situação que, logo se vê, ofende o princípio da razoabilidade.[1766]

1.6. Inscrição e Aprovação

O concurso público, por ser um procedimento administrativo, compõe-se de várias etapas. Uma das etapas iniciais é a da inscrição. Inscrição é a manifestação de vontade do candidato no sentido de participar da competição. A inscrição, entretanto, não gera para o interessado direito à realização do concurso. Havendo razões de interesse administrativo, pode a Administração desistir de realizá-lo, cabendo-lhe, todavia, devolver aos já inscritos eventuais importâncias pagas a título de inscrição.

Por outro lado, a aprovação em concurso não cria, para o aprovado, direito à nomeação. Trata-se, como já decidido pelo STF, de mera expectativa de direito. [1767] A Constituição do Estado do Rio de Janeiro contemplou o direito à

nomeação em favor do candidato aprovado dentro do número de vagas do edital. O STF considerou o dispositivo inconstitucional porque se trata de matéria inerente a regime jurídico do servidor público, a qual somente poderia ser disciplinada por *lei* e, assim mesmo, em projeto de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, "c", da CF). Este, todavia, não participa no processo constituinte do Estado, de modo que a matéria foi indevidamente tratada na Carta estadual.[1768]

Em nosso entendimento, contudo, os tempos atuais estão a reclamar a inversão desse postulado. Se o edital do concurso previu determinado número de vagas, *a Administração fica vinculada a seu provimento,* em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções. Assim, deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo à nomeação. Sendo assim, a falta de nomeação é que deve constituir exceção, cabendo ao órgão público comprovar, de forma fundamentada, a sua omissão. Somente com tal orientação poderá impedir-se o arbítrio da Administração, ao mesmo tempo em que com ela poderá respeitar-se, com impessoalidade, a ordem classificatória advinda do concurso público, obstando-se a que os aprovados fiquem à mercê dos caprichos e humores dos dirigentes administrativos.[1769]

A propósito, vale a pena considerar, neste passo, que a Administração deve convocar o candidato aprovado por meio de *intimação pessoal,* quando se interpõe tempo razoável entre o resultado do concurso e a convocação, não sendo lícito transferir para o candidato o encargo de acompanhar diariamente o órgão oficial de imprensa.[1770] Várias hipóteses já ocorreram em que candidatos aprovados acabaram por ser preteridos na convocação, em razão dessa flagrante arbitrariedade. A Administração só se exime de convocar pessoalmente o aprovado quando este mudou de endereço sem proceder à necessária comunicação ao órgão administrativo, estando, pois, em lugar incerto.

Exemplo de flagrante arbitrariedade por omissão é aquela em que o órgão administrativo deixa transcorrer *in albis* o prazo de validade do concurso, e, a despeito de haver candidatos aprovados, não os nomeia. E o que é pior: providencia outro edital para deflagrar novo concurso. Semelhante situação precisa ser rigorosamente coibida: na verdade, não é compreensível que tal omissão faça tantos candidatos amargar a falta de nomeação. Por outro lado, esses candidatos têm direito adquirido a nomeação.[1771] Aliás, em nosso entender, o agente

responsável pela omissão deve responder por improbidade administrativa, com lastro na Lei nº 8.429/92.

Há situação similar, cuja solução remete à mesma premissa. Se o candidato é aprovado no concurso e há omissão ou recusa para a nomeação, apesar de ficar comprovado que a Administração, certamente por incompetência ou improbidade, providenciou recrutamento através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato foi aprovado, passa este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação de que a Administração tem necessidade da função e, por conseguinte, do servidor para exercê-la, não podendo suprir essa necessidade por contratação precária se há aprovados em concurso para supri-la.[1772]

Hipótese semelhante é aquela em que o concurso se destina a preenchimento de apenas uma vaga, fato definido no respectivo edital: ainda que haja vários aprovados, a Administração só estará obrigada a nomear o candidato selecionado em primeiro lugar, não tendo os demais direito a vagas que venham futuramente a surgir.[1773]

Da mesma forma, se o edital prevê que somente um certo número de candidatos, na ordem de classificação, será aproveitado para a fase subsequente do concurso (geralmente, um curso interno), os remanescentes não têm direito a participar dessa fase, ainda que alguns, pelo grau obtido, possam incluir-se no universo dos aprovados; sua situação jurídica, portanto, equipara-se à de reprovação. Consequentemente, a Administração poderá realizar novo concurso. Pode não ser o melhor critério de aferição, mas inexiste impedimento para adotá-lo. [1774]

Não obstante, se o candidato for aprovado no concurso e vier a ser nomeado, tem direito subjetivo à posse e, portanto, à complementação do processo de investidura.[1775] A ordem de classificação no concurso também tem importância para o provimento. A jurisprudência já definiu que, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato tem direito subjetivo à nomeação, caso seja preterido na ordem de classificação do concurso.[1776] Entretanto, se a participação e aprovação do candidato em alguma etapa do concurso público decorreram de concessão de medida liminar em ação judicial, não há para o interessado direito subjetivo à nomeação.[1777]

Nesse aspecto, aliás, vale a pena salientar que alguns órgãos judiciais, por evidente equívoco de ordem técnica, concedem medidas liminares para o efeito de ser o candidato nomeado e empossado no cargo, muito embora esteja ele ainda questionando o resultado desfavorável de certa prova ou mesmo do concurso. Em nosso entender, a Administração deve recorrer de tais prematuras decisões, primeiramente porque a controvérsia sobre a suposta ilegalidade não foi solucionada em caráter definitivo pelo Judiciário e, depois, porque a providência cautelar deve limitar-se à *reserva de vaga* e à consequente garantia, conforme o grau obtido, da posição na lista de classificação, na hipótese de o candidato obter decisão favorável no processo. É a reserva da vaga – e não a nomeação e a posse – que garante o interessado contra o *periculum in mora* decorrente da demora na solução do litígio.[1778]

Pode ocorrer que o candidato não tenha sido nomeado por ter sido considerado reprovado no concurso, e posteriormente, em ação judicial, a decisão tenha reconhecido sua aprovação e, consequentemente, tenha ordenado ao órgão administrativo a adoção de providência com vistas à nomeação. Qual deve ser a situação jurídica desse novo servidor em relação aos demais, nomeados preteritamente?

Há dois aspectos a considerar, um de natureza *funcional,* outro de caráter *remuneratório.* No que tange ao primeiro, o ato de nomeação deve retroagir ao momento em que houve as nomeações anteriores, e o servidor deve ser inserido na ordem classificatória, como se tivesse sido nomeado juntamente com os demais aprovados. Tendo havido progressões funcionais, como a promoção por exemplo, tem direito a elas, como se estivesse em exercício, eis que não pode ser prejudicado pelo equívoco administrativo. Quanto à remuneração relativa ao período anterior, entretanto, não tem direito à sua percepção, porquanto não houve o exercício da função gerador do direito aos vencimentos. Não obstante, tem direito a pleitear indenização contra o Estado para a reparação dos prejuízos, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.[1779]

A Administração Pública, nos últimos tempos, tem-se valido do concurso para *cadastro de reserva*, modalidade na qual, como regra, não se especifica o número de cargos ou empregos a serem preenchidos. Pode ocorrer em situações transitórias, como aquela em que o órgão aguarda a liberação de verbas para remunerar os

futuros servidores. A despeito de considerado legítimo,[1780] os candidatos ficam em situação de expectativa e instabilidade por desconhecerem quando haverá (ou mesmo *se haverá*) a convocação. Além disso, torna-se mais complexo o controle de legalidade da Administração em virtude da ampla liberdade que se lhe concede nesses casos, sendo difícil, inclusive, comprovar eventual arbitrariedade. Pode ser cômodo para a Administração, mas não nos parece seja ele o melhor método para garantir os direitos dos candidatos; o melhor é aquele em que o edital já define previamente o número de vagas e o prazo de duração do certame, permitindo que todos possam aferir o comportamento da Administração na integralidade do processo competitivo. Aliás, como já consignou reconhecida doutrina, se não há vagas ainda, o concurso é, no mínimo, desnecessário e constitui desvio de finalidade.[1781] Entretanto, reforçando tendência atual, tem-se reconhecido direito líquido e certo à convocação dos candidatos colocados nas posições subsequentes na ordem de classificação, quando há desistência por parte de outros candidatos que, convocados, expressaram a sua desistência.[1782]

1.7. Validade

O concurso público tem prazo de validade, para permitir a sua renovação e a candidatura de outros interessados. O prazo de validade é de dois anos, prorrogável uma vez por igual período. É a regra do art. 37, III, da CF.

É preciso interpretar bem a referida norma, pois que a expressão *igual período* andou suscitando alguma divergência. Se o concurso foi programado para ter prazo de validade por dois anos, a prorrogação será de dois anos. Entretanto, se o prazo inicial fixado for de um ano, por exemplo, o prazo de prorrogação será também de um ano. Em outras palavras, a expressão *igual período* significa que o prazo da prorrogação tem que ser igual ao prazo inicialmente projetado para o concurso.

Esgotado o prazo do concurso, com ou sem prorrogação, sem que haja novas vagas, os aprovados não podem pleitear a investidura. Com o final do prazo consumou-se a caducidade do concurso, de modo que os interessados deverão submeter-se a novo concurso. O TJ-RJ, a respeito do assunto, averbou que, *"se ao término final do prazo do concurso, já revalidado, inexiste vaga a atingir concursado, direito não há a beneficiar àquele que, aprovado, não se encontra na classificação em posição de ser nomeado"*. *[1783]*

Por outro lado, se escoou o prazo de validade do concurso e não houve prorrogação, quer porque o edital não o previu, quer porque a Administração não a providenciou no momento oportuno (antes do escoamento do prazo inicial), é vedado restabelecer sua validade *a posteriori*. Na verdade, o término do prazo de validade importa a caducidade do procedimento, vale dizer, perde este sua eficácia jurídica. Resulta que nomeações feitas no período de prorrogação ilegal têm que ser desfeitas.[1784]

Não obstante, é preciso ressalvar que o fim do prazo de validade não prejudica a investidura do servidor que, antes desse momento, tenha pleiteado no Judiciário o reconhecimento de algum direito ofendido pela Administração quando da realização do concurso. Mesmo que a ação seja julgada após o citado prazo, o Estado será compelido a nomear o aprovado. A não ser assim, sofreria este os efeitos decorrentes da demora na prestação jurisdicional, sem que tenha contribuído para semelhante situação.[1785]

1.8. Precedência na Convocação

A questão da precedência na convocação diz respeito ao hábito abusivo anterior de algumas Administrações de convocar candidatos para o provimento de cargos, mesmo havendo ainda aprovados no concurso anterior.

A Constituição procurou sanar esse problema, dispondo no art. 37, 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 cargo ou emprego, na carreira".*

A expressão *prazo improrrogável* constante do texto deve ser interpretada como o prazo dentro do qual tem validade o concurso. Aplica-se, pois, o direito de precedência na convocação tanto no prazo de validade fixado para o concurso, sem prorrogação, como no prazo de prorrogação, se tal fato ocorrer. Ambos são *improrrogáveis* e, desse modo, incide o direito de precedência.[1786]

A circunstância de serem criados novos cargos na estrutura administrativo-funcional, todavia, não gera o direito à convocação para futuros concursos, ainda que no concurso anterior tenha havido candidatos que, aprovados em uma das

fases do certame, não ficaram classificados dentro do número de vagas previstas no edital.[1787]

Hipótese interessante é aquela em que o concurso é realizado para preenchimento de uma única vaga, conforme o estabelecido no respectivo edital. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, apreciando a questão, decidiu que *"é cediço que em concurso público as cláusulas do edital vinculam a Administração e os concorrentes. Também que a aprovação não gera direito subjetivo ao aproveitamento, salvo preterição por outro candidato. Constando do regulamento do concurso que ele se destina a selecionar um candidato para uma única vaga, os demais, mesmo aprovados, não têm direito líquido e certo às vagas que se criarem posteriormente, porque a elas não concorreram".*[1788]

1.9. Sanção

A exigência de aprovação prévia em concurso público e a fixação dos prazos de validade do certame são requisitos inafastáveis para a regularidade do procedimento de seleção. Havendo violação aos princípios da legalidade, da igualdade ou da impessoalidade no curso da competição, não haverá outra alternativa senão a de considerar nulo o concurso.

Sendo praticado qualquer ato de investidura em cargo, emprego ou função sem observância do requisito concursal ou do prazo de validade do procedimento, estará ele inquinado de vício de legalidade, devendo ser declarada a sua nulidade. A autoridade responsável pela ilegalidade também deverá sofrer a necessária sanção, tudo na forma que a lei estabelecer (art. 37, § 2º, CF). A lei a que se refere o texto constitucional deve ser aquela que for promulgada pela respectiva pessoa política, mas a sanção poderá ser prevista seja na lei estatutária do funcionalismo, seja em lei específica para o assunto.

1.10. Resultado do Concurso

Muitas dúvidas têm pairado a respeito dos direitos dos candidatos no que tange ao resultado de concursos públicos.

Um desses aspectos diz respeito à vista de provas. Trata-se de direito que precisa ser assegurado ao candidato, já que somente através da vista é que poderá ele verificar a existência de erros materiais ou de arbitrariedades cometidas por examinadores. Em nosso entender, a vista de provas decorre do próprio princípio

da publicidade, inscrito no art. 37, *caput,* da CF, como um dos princípios fundamentais da Administração Pública. Correta, pois, se nos afigura a decisão do STJ, que assentou: *"É injustificável o comportamento da Administração, fazendo inserir nas instruções normativas, baixadas através de edital de concurso, a vedação ao pedido de vista ou à interposição de recurso do resultado da seleção psicológica".*[1789] Embora a decisão se refira à prova psicológica, com maior razão é de estender-se às provas de conhecimento específico.

No que concerne a provas orais, o desejável é que sejam gravadas: afinal, as palavras voam *(verba volant).* A gravação se coaduna com o princípio da publicidade e permite que o interessado possa insurgir-se contra eventual cometimento de abuso por parte de algum examinador. Tratando-se de banca examinadora, o candidato, além da média, tem o direito de saber a nota que cada integrante lhe atribuiu, isso independentemente do silêncio do edital.[1790] Na verdade, nenhuma razão há para omitir-se esse dado do interessado.

Questão diversa, mas nem por isso menos complexa e constante, é a que se relaciona com o direito à revisão de prova. A jurisprudência tem se orientado no sentido de que só são passíveis de reexame no Judiciário as questões cuja impugnação se funda na ilegalidade da avaliação ou dos graus conferidos pelos examinadores. O mais comum nesses casos é a chamada *prova de múltipla escolha*, nas quais apenas uma alternativa é aceita pela banca. Se o interessado comprova que há mais de uma alternativa, a questão é de legalidade, e o Judiciário deve anular a questão, atribuindo ao candidato os pontos que perdeu em relação a ela.

Sobre esse tipo de prova, já houve questionamento relativo ao sistema de correção, adotado em alguns concursos públicos, em que é previsto o cancelamento de uma questão certa para uma ou várias questões erradas. Na verdade, essa é mera hipótese de técnica de concurso através da qual se procura evitar que o candidato, sem saber responder a determinada questão, simplesmente aponte uma das alternativas com a esperança de ser bafejado pela sorte. O STF também considera legítimo tal sistema, tendo consignado que *"a penalização, nas questões de múltipla escolha, com penalização consistente no cancelamento de resposta certa para questão ou questões erradas, é questão de técnica de correção para tal tipo de provas, não havendo nisso qualquer ilegalidade".*[1791]

Quando se cuida da denominada *prova discursiva*, a situação é diversa, porque a

avaliação das respostas levada a efeito pelos examinadores pode levar em consideração vários aspectos além do fator estritamente ligado ao conhecimento. Nesses casos, não há como evitar que as bancas examinadoras sejam dotadas de certo poder discricionário para avaliar as respostas e chegar à sua graduação. Esses critérios não podem ser reavaliados no Judiciário, pois que, além de serem privativos da Administração, sua reapreciação implicaria ofensa ao princípio da separação de Poderes.[1792] O TJ-SP, por exemplo, consignou: *"Os critérios adotados por Banca Examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo em hipótese de ilegalidade ou inconstitucionalidade".[1793]*

No mesmo sentido, decidiu o TRF da 1ª Região:

> *"Inexistindo ilegalidade nas questões, é vedado ao Poder Judiciário, mesmo em processo de cognição ordinária, examinar, subjetivamente, o acerto na formulação das perguntas e das respostas dadas como certas pela banca examinadora, o que importaria substituição desta, em detrimento dos demais concorrentes que se submeteram aos mesmos exames e encontraram as mesmas dificuldades dos autores".*[1794] -[1795]

É claro que muitas reclamações têm sido apresentadas por candidatos que se julgam prejudicados pela avaliação, de certo modo subjetiva, de sua prova pelos examinadores. Se o candidato não se conforma com o resultado, deve ser-lhe assegurado o direito a recurso, dirigido à autoridade mencionada no edital ou na lei ou ato de organização da entidade pública. Mesmo assim, sempre restará grande parcela de subjetivismo para a banca examinadora. Por essa razão, deve a Administração ter o redobrado cuidado de selecionar, para seus concursos, examinadores dotados de muito equilíbrio e imparcialidade, de modo a reduzir os riscos de resultados injustos provocados pela atuação de examinadores desequilibrados e desajustados aos objetivos reais visados pelos certames públicos. [1796]

Diante de alguns abusos cometidos em correções de provas, cresce pouco a pouco a doutrina que admite a sindicabilidade judicial em certas hipóteses especiais, que retratam ofensa aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. A nova doutrina se funda na moderna jurisprudência alemã que assegura ao candidato, em provas relativas ao exercício da profissão, o direito à

proteção jurídica e a uma "*margem de resposta*", de modo que uma resposta *tecnicamente sustentável* não seja considerada falsa. Em outra ótica, cresce o entendimento de que, mesmo em questões discursivas, deve a banca examinadora fixar previamente os aspectos básicos de sua solução (gabarito geral), em ordem a atenuar a densidade de subjetivismo e oferecer ao candidato maior possibilidade de controle da correção.

Conquanto não possa o Judiciário aferir os critérios adotados pela banca examinadora na solução das questões discursivas, é absolutamente legítimo que confronte as questões com o programa do concurso, tendo em vista que este faz parte do edital. Se questão formulada não se insere na relação dos pontos constantes do programa, está contaminada de vício de legalidade e se torna suscetível de invalidação na via administrativa ou na judicial. Aqui não se cuida de controle de mérito, nem de substituir valoração reservada ao administrador; cuida-se, isto sim, de controle de legalidade sobre o edital, ato de natureza vinculada, sendo, pois, permitido ao Judiciário exercê-lo em toda a sua plenitude.[1797]

1.11. Invalidação do Concurso

Nem sempre a Administração se tem havido com a devida legitimidade na realização de concursos públicos. Ao contrário, é comum ouvir-se reclamações de candidatos quanto a diversos aspectos dos concursos, como favorecimentos pessoais, regras de privilégio para alguns candidatos, critérios discriminatórios em editais, suspeitas de fraude, questões de prova mal formuladas etc. Por isso, têm sido significativas a descrença e a revolta, inteiramente justificáveis, aliás, de pessoas interessadas em ingressar no serviço público em relação à idoneidade e à verdadeira função seletiva de certos concursos.

Seja como for, é incontestável que, se está contaminado por vícios de legalidade, o concurso público deve ser invalidado e, se for o caso, novamente realizado sem tais equívocos. A invalidação pode dar-se, como de resto ocorre com os atos administrativos, pelo Judiciário ou pela própria Administração, neste caso em virtude de seu poder de autotutela.

Devemos distinguir, porém, a invalidação do concurso *antes* e *depois* da investidura dos aprovados.

Se a ilegalidade ocorre no curso do certame, a Administração pode invalidar o procedimento sem que esteja assegurado qualquer direito de defesa aos

participantes contra a anulação. O mesmo se passa se a ilegalidade é constatada após a sua realização, mas antes da investidura dos aprovados: a invalidação se legitima normalmente pela exclusiva atuação administrativa. A razão é que, como os candidatos e os aprovados têm mera expectativa em relação aos atos de investidura, é incoerente que se lhes possa outorgar direito de opor-se ao desfazimento do certame.

Nessa fase, não têm sido raras as impugnações feitas ao *edital* do concurso em virtude de eventuais ilegalidades. É sempre importante ressaltar que o edital não pode conter exigências que vulnerem o *princípio da acessibilidade* aos cargos e empregos públicos, pena de nulidade; como já se viu, são legítimos apenas os requisitos compatíveis com a natureza da função. Outro vício frequente consiste na *alteração do edital* relativamente a aspectos substanciais do ato: nada impede que se proceda a alguma retificação de ordem formal ou secundária; vedado, no entanto, é modificar elemento essencial, como, v.g., a mudança do critério de classificação, a inserção de disciplinas não contidas no ato anterior, a substituição da natureza da prova e outros do gênero. Em todos esses casos, o ato editalício desafia a invalidação.[1798]

Não é essa, contudo, a posição na hipótese de os candidatos aprovados já terem sido nomeados e empossados em seus cargos e de já estarem no exercício de suas funções. Aqui a invalidação do concurso se reflete diretamente sobre os atos de investidura, gerando, na prática, uma demissão por via oblíqua. Por isso, têm os Tribunais assegurado a tais servidores o direito ao contraditório e ampla defesa nos moldes estabelecidos no art. 5º, LV, da CF. Nesse caso, *"a orientação da jurisprudência do Pretório Excelso se firmou no sentido de que a anulação de concurso público, com a consequente exoneração dos servidores já empossados, somente é possível com a instauração de processo administrativo que possibilite o exercício da ampla defesa e o direito ao contraditório"*.[1799]

Essa hipótese, porém, não se confunde com aquela em que o indivíduo sequer se submeteu a concurso público, mas, apesar disso, foi ilegalmente nomeado. Aqui a própria Administração (e também o Judiciário), no regular exercício de sua autotutela, pode anular o ato de nomeação por conter indiscutível vício de inconstitucionalidade. Incide, pois, a prerrogativa da autoexecutoriedade dos atos administrativos, sem que contra a anulação direta do ato possa o interessado opor a garantia do contraditório e da ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da CF.[1800]

Há ainda uma outra situação que, por estar ocorrendo com certa frequência, merece ser analisada. Trata-se de concurso público em que, a despeito de o candidato não preencher algum requisito para a aprovação (reprovação em exame, ausência no dia da prova, exame físico etc.), consegue, em ação judicial (normalmente o mandado de segurança), ser beneficiado com a concessão de medida liminar na qual se determina que o Poder Público dê posse ao candidato.

Esse tipo de decisão cautelar *in limine* é totalmente inconstitucional e carece de qualquer técnica jurídica. A medida cautelar pode, quando muito, ordenar a reserva de vaga, mas nunca impor a formação da relação funcional pela investidura, porque isso ofende diretamente a prerrogativa da presunção de legitimidade de que são dotados os atos da Administração. Se o juiz vem a acolher o pedido do candidato, todos os efeitos do erro administrativo deverão ser reparados, inclusive, se for o caso, a responsabilização funcional da autoridade. Mas daí não se pode extrair a conclusão de que o órgão judicial possa ordenar que a posse seja ultimada.

O certo é que, em virtude dessa grave erronia técnica, dezenas e até centenas de candidatos são empossados e só após a lenta tramitação do processo é que o Judiciário decide o litígio em desfavor dos candidatos. Por causa do tempo já decorrido a partir da ilegítima investidura, postulam eles a convalidação de sua situação. Pedido em tal direção é nitidamente injurídico (quando não eivado de má-fé), de modo que o único desfecho possível no caso é o desfazimento da posse através da anulação, sem qualquer direito ao candidato que não cumpriu requisito para a aprovação no certame.[1801]

Nesses casos, é mister destacar, inexiste qualquer motivo para invalidar o concurso. A Administração deve, isto sim, diligenciar no sentido da anulação das nomeações ilegítimas e prematuras, tão logo o Judiciário reconheça ter sido improcedente a pretensão dos candidatos.

Não obstante, a realidade tem demonstrado a consolidação de situações jurídicas ilícitas decorrentes de concurso público. Embora provoque certo repúdio, não há como afastar, nesse caso, a teoria do fato consumado, visto que haveria maior gravame no desfazimento do concurso do que em sua convalidação. Nessas hipóteses, contudo, cumpre analisar detidamente os aspectos que cercaram o concurso, devendo o intérprete socorrer-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[1802] Registre-se, porém, que o desejável é que a

Administração seja diligente na apreciação do procedimento concursal e em sua invalidação, quando for o caso, impedindo que o decurso do tempo converta a ilicitude em padrão de legalidade.

2. Acessibilidade

2.1. Sentido

Acessibilidade é o conjunto de normas e princípios que regulam o ingresso de pessoas interessadas no serviço público. Os parâmetros que regem o acesso ao serviço público acarretam vinculação para os órgãos administrativos, de modo que não pode a Administração criar dificuldades maiores nem abrir ensanchas de facilidades fora das regras que compõem o sistema.

Cuida-se, pois, de verdadeiro direito subjetivo[1803] – o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, observadas logicamente as normas aplicáveis em cada tipo de provimento.

Convém notar que o direito de acesso, previsto no art. 37, I, da CF, corresponde ao ingresso no serviço público, ou, se assim se preferir, ao provimento inicial ou originário.[1804]

2.2. Incidência

A regra fundamental do acesso ao serviço público é a que figura no art. 37, I, da CF, com a alteração introduzida pela E.C. nº 19/98. Reza o dispositivo que "*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*".

Primeiramente, é preciso observar que o direito de acesso ao serviço público é conferido aos *brasileiros* que preencham os requisitos legais. Como não há qualquer restrição quanto ao sentido do termo, devemos entender que são titulares do direito não apenas os brasileiros natos como os naturalizados. Essa é a regra geral. A exceção está contemplada no art. 12, § 3º, da CF, que enumerou alguns cargos privativos de brasileiro nato: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; Ministro do STF; membros da carreira diplomática; oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa. [1805]

Em relação ao dispositivo, surgiu a questão de saber se, diante do texto

original, o estrangeiro poderia ingressar no serviço público, eis que não havia qualquer referência a tal situação. A nosso ver, o texto, isoladamente considerado, não abria qualquer brecha para o recrutamento de estrangeiro com vistas a cargo, emprego ou função na Administração. Numa interpretação sistemática, contudo, parecia-nos que a Constituição já admitia o ingresso no caso de contratação temporária, prevista no art. 37, IX, da CF, não só por ser temporária como por ter natureza excepcional.[1806] Havia, porém, entendimento pelo qual seria totalmente vedada a admissão.[1807]

O legislador federal confirmou essa possibilidade ao inserir, entre os casos desse recrutamento, a contratação de professor e pesquisador visitante estrangeiro.[1808] Confirmando a possibilidade, a EC nº 11, de 1996, inseriu o § 1º no art. 207 da CF, dispondo: *"É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei".[1809]*

Com o advento da EC nº 19/98, restou ampliado, no art. 37, I, da CF, o princípio da acessibilidade também aos estrangeiros, nos termos da lei reguladora. Reconheceu o Constituinte que a rigidez do texto anterior, limitando o acesso aos cargos e funções públicas apenas aos brasileiros, criou inúmeras dificuldades naquelas situações específicas em que se tornava necessário o recrutamento de professores, técnicos e profissionais estrangeiros. É claro que, mesmo não podendo esse recrutamento caracterizar-se como regra geral, é possível agora ao legislador ordinário, regulamentando o dispositivo, estabelecer os casos e as condições nos quais será legítimo o acesso de estrangeiros às funções públicas.

Em suma, o que se tem de certo na questão da acessibilidade é que ofende o princípio da legalidade, consignado no art. 37 da CF, a prática de ato que vise a alijar candidato a concurso público sem que o órgão responsável decline expressamente a justificativa que o impulsionou. É vedada a ausência de fundamento no ato. Nesse sentido – diga-se por oportuno – já decidiu o STF em verbete sumular: *"É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público".*[1810] Ato administrativo com tal natureza estará contaminado de vício nos requisitos do motivo e, muito provavelmente, da finalidade, o que o torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário.

2.3. Requisitos de Acesso

O direito de acesso ao serviço público não é desprovido de algumas exigências. Por esse motivo, o texto constitucional deixou bem claro que o acesso pressupõe a observância dos requisitos estabelecidos em lei.

Podemos dividir os requisitos em *objetivos* e *subjetivos*. Objetivos são aqueles que guardam pertinência com as funções do cargo ou emprego, como é o caso das provas de conhecimento, das provas de título, provas de esforço e demais testes de avaliação do mesmo gênero. Subjetivos são os requisitos que dizem respeito à pessoa do candidato, como os exames físico e psíquico, a boa conduta, a prestação de serviço militar, a escolaridade etc. Nenhum requisito subjetivo pode discriminar o candidato em razão de suas condições estritamente pessoais, como raça, cor, credo religioso, credo político, forma estética, sexo e idade (nesses últimos casos, com as exceções adiante registradas).

Mesmo os requisitos objetivos devem ser fixados em estrita consideração com as funções a serem exercidas pelo servidor, sob pena de serem considerados discriminatórios e violadores dos princípios da igualdade e da impessoalidade. Se a lei consigna algum dispositivo que institua requisito ofensivo a tais postulados, estará ele inquinado do vício de inconstitucionalidade. Em concursos da área jurídica, por exemplo, tem sido exigido o requisito da *prática forense*. Ora, a expressão está longe de ser precisa e seu sentido natural é o de que pode ser candidato ao concurso quem *tenha exercido atividade ligada à área jurídica*. Por essa razão, O STJ já decidiu que *"o conceito de* prática forense, *como delimitado no edital de concursos, é restritivo, limitativo, devendo abranger, também, aquelas outras atividades ligadas ao exercício laboral dos funcionários da Justiça, dos estágios das faculdades, das assessorias etc."*[1811] É o caso também do exercício no cargo de técnico judiciário, que obviamente importa prática forense pelas funções a ela relativas.[1812]

O art. 93, I, da Constituição, com a alteração introduzida pela E.C. 45/2004 (Reforma do Judiciário), passou a estabelecer que para o ingresso na carreira da Magistratura será exigido, dentre outros requisitos, que o bacharel em direito tenha, no mínimo, três anos de *atividade jurídica*. Idêntico requisito é exigido para o ingresso na carreira do Ministério Público, como dispõe o art. 129, § 3º, da CF, também alterado pela aludida E.C. 45/2004. A expressão, sem dúvida, é mais precisa que a de "*prática forense*", adotada em algumas leis e regulamentos de concurso. É mais ampla também, visto que englobará grande universo de interessados que, impedidos

de exercer a prática do foro em si, atuam em setores indiscutivelmente ligados à área jurídica, não sendo justo, realmente, que ficassem alijados do certame.

Para retirar algum resquício de subjetivismo do conceito, o CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público editou a *Resolução nº 40, de 26.05.2009* (que, aliás, substituiu outras Resoluções anteriores), pela qual foi considerada *atividade jurídica:* a) efetivo exercício da advocacia, com a produção anual mínima de cinco atos privativos de advogados em causas ou questões distintas; b) exercício de cargo ou função, inclusive magistério superior, nos quais se utilizem predominantemente conhecimentos jurídicos (ainda que não sejam privativos de bacharel em Direito); c) função de conciliador e de mediação ou arbitragem (mínimo de 16 horas e durante um ano) (art. 1º, I a III); d) cursos de pós-graduação em Direito (presenciais, integralmente concluídos e com aprovação) ministrados pelas Escolas do Ministério Público, da Magistratura e da OAB, e outros reconhecidos e aprovados pelos órgãos competentes, desde que com o mínimo de um ano de duração e carga de 360 horas-aula (art. 2º e §§ 1º e 2º). Por outro lado, não se inclui no conceito qualquer atividade anterior à conclusão do curso de bacharelado (art. 1º, § 1º). É computável o período de um ano para pós-graduação; de dois para Mestrado; e de três para Doutorado (art. 2º, § 3º). Como se pode observar, tais regras servem ao menos para fixar um paradigma mais objetivo visando a caracterizar o requisito constitucional.

Tem lavrado alguma controvérsia sobre o termo inicial da contagem do prazo para a *comprovação do tempo de atividade jurídica.* Vários têm sido os momentos apontados para o início do prazo, inclusive o da colação de grau (que, anote-se, não é referido na CF: arts. 93, I, e 129, § 3º).[1813] Parece-nos duvidoso tal critério. O termo *a quo* legítimo é aquele em que o candidato concluiu com êxito seu curso e que, por ter cumprido todas as condições, tem direito à colação do grau e recebimento do respectivo diploma; por isso, costuma receber um certificado provisório naquele primeiro momento. Na verdade, esses fatos ulteriores constituem mera finalização formal do procedimento e, em regra, são protelados por demora atribuída às próprias universidades e órgãos públicos, não podendo o interessado ser prejudicado pela omissão de terceiro.[1814] Não obstante, se a demora na colação de grau for atribuída à omissão do interessado, dela (e não da conclusão do curso) deve ser contado o aludido prazo, pois que o direito não

socorre aos omissos e desinteressados.

Registre-se que o requisito relativo à prática profissional (atividade jurídica) só se afigura legítimo por força de dispositivos constitucionais expressos relacionados ao ingresso na Magistratura e no Ministério Público, os quais, na verdade, excepcionam a regra geral da acessibilidade aos cargos públicos, prevista no art. 37, I, da CF. Para as demais carreiras, a exigência de comprovar prazo mínimo de *prática profissional* é inconstitucional e ofende o aludido princípio da acessibilidade bem como o da impessoalidade (art. 37, CF). Vulnera também o princípio da razoabilidade, já que tal restrição é incongruente com o sistema de concurso público adotado em nosso ordenamento, fundado basicamente no critério do mérito. Poderá admitir-se tal exigência, contudo, se ela se revelar absolutamente *indispensável às funções* a serem exercidas, o que, além de ter caráter de exceção, demandará o exame caso a caso da hipótese, bem como a inclusão do requisito em item próprio do edital.[1815] Semelhante requisito, afinal, é apropriado para recrutamento de empregados por pessoas do setor privado, que, como se sabe, não se sujeitam à compulsória realização de concurso público.

Vários são os exemplos de requisitos de acesso ilegítimos. Numa hipótese foi considerada inconstitucional e irrazoável lei que fixou estatura mínima para o cargo de Oficial de Saúde da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.[1816] Em outra hipótese, o STF, confirmando acórdão do Tribunal de Justiça local, manteve a mesma posição quando foi fixada altura mínima de 1,60m para preenchimento do cargo de escrivão de polícia do Estado do Mato Grosso do Sul, garantindo a uma candidata que tinha 1,57m o direito de participar do certame.[1817]

O que se extrai das decisões proferidas pelos Tribunais é que não só o legislador como o administrador público estão impedidos de criar requisitos objetivos ou subjetivos de exclusivo caráter discriminatório. E o que é mais grave: *sem qualquer relação direta com as funções atribuídas ao cargo*. Na verdade, requisitos de acesso só se legitimam se estiver rigorosamente comprovado que foram fixados levando em conta as funções a serem exercidas, vale dizer, a missão destinada ao servidor dentro do cenário da Administração Pública.

Aspecto de extrema relevância social – mas que não tem merecido a devida atenção – é o que se refere às *pessoas portadoras de deficiência*. A acessibilidade destas é assegurada no art. 37, VIII, da CF, que impõe seja reservado na lei *percentual dos*

cargos e empregos públicos, bem como a definição dos critérios de admissão. A Lei nº 7.853, de 24.10.99, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, além de enunciar, como fundamentais, os princípios da igualdade de tratamento e oportunidade, justiça social, respeito à dignidade humana e outros de caráter social.[1818] Regulamentando essa lei, foi editado o Decreto nº 3.298, de 20.12.99, que estabelece a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, nele sendo definidas e classificadas as deficiências,[1819] bem como previstas as normas de acesso ao trabalho,[1820] destacando-se entre elas a que exige o preenchimento de dois a cinco por cento dos cargos por portadores de deficiência.[1821]

Deve ressalvar-se, entretanto, que é possível ocorrer conflito entre o princípio do acesso ao deficiente (art. 37, VIII) e os princípios da igualdade e da impessoalidade (art. 37, *caput* e II, CF). Nesse aspecto, urge considerar que estes últimos se qualificam como *princípios gerais*, ao passo que o primeiro espelha, na realidade, um *princípio específico* e, por isso mesmo, de caráter *excepcional*. Desse modo, será sempre necessário analisar cada hipótese concreta para chegar-se a conclusão compatível com o princípio da razoabilidade. Para exemplificar: em concurso no qual se ofereciam apenas duas vagas, a aplicação do percentual de cinco por cento geraria uma fração (0,1), que, arredondada, geraria uma unidade, ou seja, haveria uma só vaga para não deficientes e uma outra para deficientes. Aqui não caberia a reserva de vaga em virtude da aplicação do princípio específico; se coubesse, ofendido estaria também o princípio da razoabilidade, além, é lógico, dos princípios gerais aludidos.[1822]

Diante de tal quadro normativo, não há dúvida de que as pessoas portadoras de deficiência têm *direito subjetivo à participação* nos concursos públicos, ao mesmo tempo em que o Poder Público tem o *dever jurídico* de fixar o percentual de cargos e empregos públicos a elas destinados. Se a lei do ente federativo não o tiver feito, deve fazê-lo o edital de concurso. Caso ambos sejam silentes, cabe ao interessado pleitear no Judiciário a admissibilidade da participação e a respectiva reserva de vaga.[1823]

É evidente que alguns requisitos devem ser observados, como o grau e extensão da deficiência e a compatibilidade desta com as funções a serem exercidas *(adequação funcional),* o que deve ser avaliado por equipe técnica multiprofissional; o

nível de escolaridade; a necessidade de adaptação *a posteriori* etc.[1824] De qualquer modo, porém, a jurisprudência já consignou – a nosso ver acertadamente – que o portador de visão monocular tem direito de, em concurso público, concorrer às vagas destinadas aos deficientes.[1825]

A qualificação da pessoa como portadora de deficiência, em havendo divergência sobre ela, pode ser discutida em ação judicial.[1826] Por outro lado, a participação de deficientes obriga à elaboração de duas listas de classificação, sendo uma delas composta exclusivamente por aqueles e destinada somente às vagas objeto da reserva.

Na verdade, não se tem visto, pelo menos até agora, maior preocupação dos órgãos estatais (salvo honrosas exceções) no que se refere ao recrutamento de pessoas portadoras de deficiência. Essa postura omissiva é inconstitucional: ao Poder Público cabe regular e incentivar essa participação, e isso porque, como sabido, trata-se de inegável instrumento de *inclusão social*.

Outro ponto importante, mas que tem suscitado entendimentos discrepantes por falta de análise mais funda e lógica sobre a matéria, reside na distinção – que muitos deixam de fazer – *entre requisitos de inscrição* e *requisitos do cargo*. Consistem os primeiros em algumas exigências legitimamente reclamadas pela Administração ao momento em que o candidato se inscreve no concurso. É o caso, por exemplo, de exibição da carteira de identidade (ou apresentação de cópia) para a identificação do candidato, ou de exibição de procuração, quando se trata de inscrição feita por mandatário em favor de terceiro.[1827] Tais requisitos, como é óbvio, devem estar previstos no edital do concurso, que é o regime jurídico disciplinador do certame. Qualquer requisito de inscrição exigido sem previsão no edital constitui inegável abuso de poder.

Diferentemente, os *requisitos do cargo* são aqueles que o candidato deve preencher para a investidura no cargo público. Dizem respeito, portanto, à natureza das funções a serem exercidas, e não ao procedimento de seleção levado a efeito pelo concurso. Em virtude do princípio da legalidade (art. 37, CF), esses requisitos devem estar contemplados *em lei*. Nada impede, contudo, que o edital os mencione, reproduzindo o que a lei estabelece. O que não é lícito é que tal exigência seja *apenas* prevista no edital. Também revela ilegalidade a exigência de cumprir requisito de cargo ao momento em que o candidato se limita a inscrever-se no concurso. Cuida-

se de exigência prematura, desnecessária e inoportuna. Se o requisito é para o cargo, sua exigência deverá dar-se somente quando o candidato, já agora aprovado, estiver em condições de ser nomeado para a consequente investidura.[1828] O Supremo Tribunal Federal, examinando o tema, também adotou essa posição.[1829] O Superior Tribunal de Justiça a consagrou expressamente em verbete sumular.[1830] Lamentavelmente, o STF decidiu diferentemente, admitindo, ao momento da inscrição, a exigência da comprovação do requisito de atividade jurídica por três anos – requisito tipicamente relacionado à investidura.[1831]

O STJ passou a adotar esse entendimento, restringindo-o, contudo, às carreiras da magistratura e do Ministério Público. Em tais hipóteses, por conseguinte, não incidiria a Súmula 266 do mesmo Tribunal, o que não impediria sua incidência sobre outras carreiras. Fundou-se a decisão na nova redação dada ao art. 93, I, da CF, pela EC 45/2004, bem como no art. 129, § 3º, da CF, que se identifica com aquele dispositivo.[1832] Entretanto, não abonamos semelhante pensamento. Na verdade, a alteração introduzida pela citada EC 45/2004 não fez qualquer referência ao momento de comprovação do tempo de atividade jurídica. Além disso, a contagem desse período tem que estender-se até a posse, pois que é nesse momento que o candidato aprovado ingressa na carreira, e não no momento em que apenas se inscreve no concurso. Aliás, em ambos os dispositivos consta a expressão *"o ingresso na carreira"* e esse, evidentemente, não se dá na oportunidade da inscrição no concurso. Essa é que nos parece a interpretação lógica do requisito em foco.

Quanto à escolaridade, que se configura como requisito para o cargo (mas que, às vezes, equivocadamente, é exigida no ato de inscrição), pode a Administração não proceder à nomeação se o candidato aprovado não a comprova nesse momento, ou a comprova em nível inferior ao exigido no edital. No entanto, a recíproca não é verdadeira: se o candidato tem nível de escolaridade superior ao exigido no edital, é vedado à Administração obstar-lhe a investidura sob esse argumento.[1833] Caso o concurso não esteja concluído e a lei venha a elevar o padrão de escolaridade para o cargo, é lícito alterar o edital para adequá-lo à nova exigência legal. Nesse caso, serão excluídos do certame aqueles que não possuírem a nova escolaridade, o que se funda na premissa (já mencionada anteriormente) de que o participante do concurso tem mera expectativa quanto à nomeação para o

cargo.[1834]

Há sistemas funcionais, conforme veremos adiante no tópico relativo à estabilidade, que incluem, como etapa do concurso, um período de exercício antecipado das funções do cargo, denominado de *estágio experimental.* Esse estágio tem a natureza jurídica de *prova de habilitação,* a mesma, aliás, das demais provas de conhecimento e, como é óbvio, antecede à nomeação. O estagiário, assim, ainda não é servidor, mas mero candidato em fase de concurso.[1835] Em tais sistemas, parece-nos legítimo exigir do candidato que preencha os requisitos do cargo *ao momento da designação para o estágio,* e não ao momento da futura nomeação, e isso porque, embora ainda não ocupe cargo, o candidato já vai exercer as funções a ele relativas. Desse modo, como os requisitos do cargo servem, em última análise, para indicar a aptidão visando ao exercício das correspondentes funções, a única conclusão razoável é a de que pode a Administração exigir os requisitos do cargo ao momento da designação para o exercício das funções durante o estágio experimental. Registre-se, no entanto, que serão sempre vedadas essas exigências ao momento da inscrição, em consonância com a orientação que mencionamos acima.

Questão delicada e complexa é aquela que diz respeito à *capacitação moral* do candidato instituída como requisito de acesso. Esse tipo de aferição nem sempre é muito simples e pode dar margem à arbitrariedade por parte dos agentes integrantes da comissão de concurso. Para que seja legítima, necessário se faz que a condição moral do candidato seja efetivamente incompatível com as funções do cargo a que aspira. O STF, por exemplo, já teve a oportunidade de sentenciar, em concurso para escrivão de polícia, inclusive reformando acórdão do TJ-RS, que a só existência de ação penal instaurada contra o candidato por crime de corrupção passiva não rende ensejo à definição de falta de capacidade moral, sendo fundamento o fato de que o afastamento ofenderia o art. 5º, LVII, da CF, pelo qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.[1836] A nosso juízo, contudo, essa hipótese ensejaria suspensão do direito à nomeação e posse até que a ação tivesse o trânsito em julgado: se não houve condenação, indícios fortes ao menos foram considerados para a instauração da ação penal.[1837] A melhor posição, portanto, é a que não admite excessos nem restritivos nem imoderadamente amplos.[1838]

Hipótese diversa, entretanto, é aquela em que o delito já foi alcançado pela

prescrição. Como se trata de instituto que rende ensejo à extinção da punibilidade, a prática do delito não pode servir como óbice à capacitação moral do candidato, permitindo que este concorra em igualdade de condições com os demais candidatos. Com esse entendimento, o STF, reformando acórdão do TJ-RS e restabelecendo a sentença monocrática, decidiu em favor de candidato cujo delito de falsidade ideológica havia sido objeto de prescrição.[1839]

A existência de anotações em certidão relativas a ações de natureza cível nas quais seja réu o candidato não tem o condão, da mesma forma, de atribuir-lhe o cunho de inidoneidade, impedindo a sua investidura. Primeiramente, porque a propositura de ações contra ele depende da iniciativa de terceiros, no caso os seus autores. Demais disso, sua tramitação, sem que tenha havido desfecho, aponta para a presunção que milita em seu favor, sendo ilegal que se imponham restrições incompatíveis com a falta de definitividade das soluções judiciais.[1840]

Visando a assegurar o caráter reservado de certas informações, a EC nº 19/98 acrescentou ao art. 37 da CF o § 7º, prevendo que lei venha a dispor sobre os requisitos e as restrições de servidores públicos da Administração Direta ou Indireta, quando as funções de seu cargo ou emprego ensejarem o acesso a informações privilegiadas. No caso, poderá a lei não somente estabelecer requisitos mais restritivos para o ingresso no serviço público, como também fixar restrições mais rigorosas aos servidores, haja vista que ao privilégio de acesso a tais informações reservadas deverá corresponder, obviamente, responsabilidade civil, penal e administrativo-funcional mais severa.

2.4. Sexo e Idade

Os fatores pertinentes ao sexo e à idade de candidatos ao provimento de cargos públicos têm provocado funda controvérsia entre os estudiosos e nos Tribunais.

Segundo pensamos, a análise de tais requisitos deve ser efetuada levando em conta tão-somente *a natureza das funções* a serem exercidas pelo futuro servidor. Podemos, no entanto, considerar que a regra geral consiste na impossibilidade de eleger esses fatores como requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos. Homens e mulheres, independentemente de sua idade, devem disputar normalmente as vagas reservadas para candidatos em concurso público.[1841]

É forçoso reconhecer, porém, a existência de certas situações e de certas funções públicas que permitiriam a fixação de determinada idade ou determinado sexo. O que é certo, diga-se por oportuno, é que tais situações devem revestir-se do caráter de excepcionalidade para não haver ofensa aos postulados constitucionais aplicáveis. Não obstante, se ocorrerem, será lícito estabelecer o requisito.

No que toca à idade, entendemos acertada a observação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual *"não é inconstitucional estabelecer limite de idade quando o concurso destinar-se a determinados cargos ou empregos cujo desempenho requeira esforços físicos ou cause acentuados desgastes intoleráveis a partir de faixas etárias mais elevadas".*[1842]

Muitas decisões judiciais discrepam também nesse ponto, mas parece estar sendo firmado esse entendimento. O STF, por exemplo, assentou a regra geral da inviabilidade do requisito de idade, mas ressalvou as hipóteses em que a limitação pudesse justificar-se em virtude da natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.[1843] Em casos nos quais a limitação não teria justificativa, os dispositivos legais foram considerados inconstitucionais.[1844]

A controvérsia sobre o requisito de idade acabou por ser definida pelo STF, que registrou em súmula: "*O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".*[1845]

Um desses casos consiste na previsão, em dispositivo legal ou em edital de concurso, de dispensa do requisito de idade em favor de candidatos que já sejam servidores públicos, em detrimento dos demais candidatos. A ilegitimidade é flagrante, visto que a discriminação de idade não teria suporte na natureza das funções, como seria aceitável, mas sim na qualificação jurídica pessoal do candidato. Há, portanto, inegável ofensa aos princípios da impessoalidade e da acessibilidade funcional, sendo plenamente cabível ao Judiciário reprimir essa distorção.[1846]

A despeito dessas premissas, que se afiguram de lógica aceitável, nem sempre os Tribunais têm adotado idêntico pensamento no trato da matéria, havendo, em alguns casos, decisões que não têm lastro sólido no sistema constitucional.

O STJ, por exemplo, decidiu que a proibição constitucional pertinente ao limite de idade não se estenderia aos juízes pelo fato de serem caracterizados como membros de Poder.[1847] O argumento é de extrema fragilidade, pois que o

mandamento constitucional é aplicável a todos os cargos públicos. O STF, entretanto, adotou a posição correta, considerando inconstitucional o limite de idade fixado para ingresso no Ministério Público, considerando seus membros, em sentido lato, como servidores públicos, a mesma caracterização, aliás, que deve ser atribuída aos magistrados para esse fim.[1848]

No que diz respeito à *idade mínima*, deve-se aplicar a mesma linha de pensamento adotada para o limite máximo de idade. O ponto central da legitimidade ou não dessa fixação, repita-se, é a natureza das funções a serem exercidas. Se a Administração institui limite mínimo ofendendo o princípio da razoabilidade, o requisito é inconstitucional. Caso demonstre, de forma fundamentada, a razão por que é fixada a idade mínima, a restrição é legítima e não merece qualquer impugnação. Analisando edital de concurso para ingresso na Polícia Militar do DF, o Pretório Excelso deu foros de legalidade à fixação de idade máxima e de idade mínima para a investidura na corporação.[1849] Para o cargo de Magistrado, por exemplo, tem sido admitida a exigência de idade mínima superior à fixada para outros cargos (*v.g.:* vinte e cinco anos), com a justificativa de que as relevantes funções do cargo exigem maior maturidade para serem devidamente exercidas.[1850] O mesmo poderá ocorrer com cargos de natureza assemelhada, dependendo sempre da natureza das funções.

Idêntica linha de pensamento pode ser adotada em relação ao requisito *sexo*. Em princípio, o sexo não pode ser fixado como requisito de acesso. Ressalvadas estarão, no entanto, as situações funcionais que justificarem a escolha de um ou outro dos sexos. Em concurso para prover cargos de Monitora em estabelecimento de abrigo para meninas adolescentes, seria válido limitar-se o acesso ao sexo feminino.[1851] Vedado será, entretanto, instituir esse requisito em casos que não tenham qualquer justificativa e em que as funções do cargo possam ser normalmente executadas por pessoas de qualquer dos sexos.[1852]

A propósito, é oportuno destacar que a *própria lei* pode exigir determinado sexo para os cargos e funções públicas. É o que ocorre com a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que impõe aos estabelecimentos penais destinados a mulheres quadro funcional constituído exclusivamente de agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.[1853] Verifica-se, pois, que a especificação do sexo, em certas situações, não se afigura apenas conveniente e

razoável, mas rigorosamente necessária.

2.5. Exame Psicotécnico

O exame psicotécnico é aquele em que a Administração afere as condições psíquicas do candidato a provimento de cargo público. Trata-se de requisito legítimo, visto que as funções públicas devem ser exercidas por pessoas mentalmente sãs. Algumas observações devem ser feitas, entretanto, a respeito desse tipo de aferição. Tratando-se de requisito de acesso a cargos públicos, deve ser expressamente previsto em lei.[1854]

Em estudo que fizemos a respeito, procuramos demonstrar que, por largo período, as pessoas se insurgiam contra esse exame porque não se lhes permitia a verificação dos resultados. Concluímos, ao final, que a validade do exame psicotécnico estava subordinada a dois pressupostos necessários: o real objetivo do teste e o poder de revisão, para o fim de evitar qualquer forma de subjetivismo que vulnere o princípio da impessoalidade na Administração.[1855]

Atualmente, está em curso de pacificação o entendimento de que o exame psicotécnico deve permitir ao candidato a avaliação do resultado. Em caso decidido pelo STF, o eminente Relator, Min. FRANCISCO REZEK, deixou averbado que *"não pode a Administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia"*.

E rematou o ilustre Relator: *"Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites".*[1856]

A decisão é irretocável e indica que não se pode considerar legítimo o exame, nem qualquer de suas etapas, quando a Administração promove entrevistas, diálogos, dissertações orais, sem que possa o candidato ter parâmetros para verificar o resultado. Sendo o exame calcado em pressupostos científicos e objetivos, terá licitude, pois que ao interessado será permitido confrontar o resultado a que chegaram os examinadores.[1857]

Não obstante, há que considerar-se que a exigência relativa à aferição psíquica do candidato ao concurso deve ser prevista em lei, como claramente estabelecido no art. 37, I, da CF. Se o exame psicotécnico é previsto apenas no ato da Administração, como elemento de aferição psíquica, a exigência se configurará

como inconstitucional. O STF já teve a oportunidade de definir esse tema nesse exato sentido,[1858] vindo, inclusive, a consagrar tal orientação em verbete sumular.[1859]

Por outro lado, se o servidor já se submeteu a exame psicotécnico para o cargo que ocupa e se submete a concurso para cargo idêntico ou de funções semelhantes da mesma pessoa federativa, sem que a Administração lhe tenha atribuído anteriormente qualquer comportamento doentio sob o aspecto psíquico, desnecessária será nova avaliação psicológica ou, se tiver sido realizada, irrelevante seu resultado. Foi a solução dada pelo STF em hipótese na qual Procurador da Fazenda Nacional, com mais de cinco anos de exercício, e aprovado com excelente resultado nas provas intelectuais, foi considerado inapto para ingresso no cargo de Procurador da República. O eminente Relator decidiu que, tendo o candidato ultrapassado aquelas provas e *"demonstrando perfeita adequação às funções do cargo pretendido, perde relevo o resultado do exame psicotécnico"*, de modo que a hipótese estaria a desafiar a concessão da segurança para o fim de lhe ser assegurada a posse no cargo para o qual se habilitou.[1860]

Hipótese semelhante, e também de flagrante ilegalidade, ocorre com as denominadas *entrevistas*, que, na realidade, escondem forma de eliminação de candidatos, ao sabor, frequentemente, de selecionadores nem sempre habilitados para extrair qualquer tipo de aferição do candidato. Trata-se de prática que, não raro, conduz a abusos que prejudicam gravemente o candidato e não lhe oferecem qualquer oportunidade de defesa contra o abuso nem ensejo para rechaçar os motivos (quando existem) eventualmente invocados. O TJ-RJ, acertamente, já decidiu: *"Concurso Público – Posse Impedida em Razão de Entrevista Pré-Admissional – Impossibilidade. Tendo o impetrante sido aprovado em concurso público de provas e títulos, não pode ser impedido de tomar posse em razão do resultado de entrevista pré-admissional, cujos resultados não lhe foram comunicados e onde não lhe foi possível defender-se de acusações que lhe foram feitas".*[1861]

Alguns órgãos administrativos, não se sabe bem o motivo, ou se é para alguma ocultação escusa, já que não se vislumbra qualquer razão plausível, insistem em conferir ao exame psicotécnico caráter sigiloso, chegando mesmo ao ápice de inserir essa qualificação em cláusula de edital de concurso. Essa imposição é notoriamente ilegítima e ofende literalmente o princípio que assegura a qualquer

indivíduo o direito à obtenção de informações perante os órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CF). Afinal, todos têm o direito de saber quais os motivos que conduziram o examinador a considerar o candidato inapto no exame psicotécnico, e, aliás, em qualquer tipo de prova. O resultado, já se disse, precisa ser suscetível de apreciação por outro técnico, permitindo, inclusive, que o interessado, se for o caso, recorra ao Judiciário para análise da legalidade ou não da conclusão do exame. Sem essa garantia, a administração teria a oportunidade de cometer mais abusos ainda do que os que comete usualmente. Os Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm sido cada vez mais sensíveis à necessidade de observância dessa garantia.[1862] O STJ também, realçando a ilegalidade, já anulou exame psicotécnico por ser sigiloso, irrecorrível e com critérios puramente subjetivos, ainda que com previsão no edital.[1863]

2.6. Acesso profissional ao idoso

A disciplina sobre os direitos e garantias concernentes ao idoso, há muito esperada, foi introduzida pela Lei nº 10.741, de 1/10/2003 – o Estatuto do Idoso.

No capítulo destinado à profissionalização e ao trabalho do idoso, a lei garantiu a este o direito ao exercício de atividade profissional, observadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas (art. 26).

Averbou ainda a lei que, para admitir idosos em qualquer trabalho ou emprego, será vedado discriminar e fixar limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir (art. 27). Como a definição legal do idoso atinge aqueles que têm idade superior a sessenta anos, é preciso adequar tais disposições legais às condições para investidura no serviço público.

Primeiramente, o limite de idade para a investidura do idoso não poderá ser superior a setenta anos, já que com essa idade ocorre a aposentadoria compulsória, como estabelece o art. 40, § 1º, II, da Constituição. Portanto, a proibição de discriminar idade do idoso deve aplicar-se entre sessenta e setenta anos de idade, para adequar-se a disposição legal ao mandamento constitucional.

Depois, será necessário considerar, como, aliás, ressalvou a lei, as funções do cargo. Algumas funções serão incompatíveis com o exercício por servidor de idade mais elevada; nesses casos, legítima será a exclusão do idoso. Contudo, se as

funções forem suscetíveis de ser exercidas por servidor naquela faixa etária, ilegal será a discriminação do interessado por força de sua idade.

Para a desejável aplicação do Estatuto do Idoso nessa parte, necessário será que o Poder Público crie e estimule programas de profissionalização especializada para os idosos, com o aproveitamento de seus potenciais e habilidades para funções regulares e remuneradas, conforme está previsto no art. 28, I, do Estatuto. A mesma disciplina específica deverá ser instituída para a investidura do idoso no serviço público.

3. Acumulação de Cargos e Funções

3.1. Regra Geral

Dispõe a Constituição Federal que é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, XVI). Essa é a regra geral a respeito. Significa, por exemplo, que não pode o titular de cargo de engenheiro acumular com o de oficial administrativo. O inciso XVII do mesmo art. 37, todavia, estende a proibição a mais duas situações. Uma delas é a da acumulação de empregos e funções. Dessa maneira, chega-se à primeira regra geral completa: é vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas.

A segunda situação de impedimento é a relativa aos cargos, empregos e funções nas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações mantidas pelo Poder Público. Temos, então, a segunda regra sobre o assunto: proíbe-se a acumulação de cargos, empregos e funções também nas pessoas da Administração Indireta. A EC nº 19/98, de reforma administrativa do Estado, alterando o art. 37, XVII, da CF, que trata desses outros casos de inviabilidade de acumulação, ampliou as vedações ali contidas, para alcançar também as subsidiárias das referidas entidades, bem como as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. Significa dizer que, mesmo que a entidade não integre a Administração Indireta, mas desde que seja subsidiária ou que sofra controle direto ou indireto do Poder Público, vedada estará a acumulação remunerada de funções ou empregos públicos.[1864]

A vedação atinge, por conseguinte, a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções na Administração Direta e Indireta, seja dentro de cada uma, seja entre os dois setores da Administração entre si. Por outro lado, observa-se

certa controvérsia no que tange à inclusão ou não, no art. 37, XVII, da CF, de empregos em empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista serem elas pessoas de direito privado. Em nosso entender, o mandamento constitucional não dá margem a qualquer dúvida, pois que a vedação tem por destinatária a Administração Pública, envolvendo, portanto, a Administração Direta e a Indireta. Assim, é inconstitucional a acumulação de emprego em duas empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou em uma sociedade de economia mista e uma empresa pública.[1865]

Vale a pena destacar que, em virtude da ampliação das hipóteses de vedação, não mais poderão subsistir eventuais situações de acúmulo anteriormente permitidas, sendo incabível a alegação de direito adquirido por se tratar de situação jurídica com efeitos protraídos no tempo. A regra constitucional tem aplicabilidade imediata. Conquanto válidos os efeitos anteriores da acumulação, será lícito à Administração ordenar que o servidor faça sua opção por um dos cargos ou empregos, sendo obrigado por conseguinte a afastar-se do outro.

O fundamento da proibição é impedir que o cúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência. Além disso, porém, pode-se observar que o Constituinte quis também impedir a cumulação de ganhos em detrimento da boa execução das tarefas públicas. Tantos são os casos de acumulação indevida que a regra constitucional parece letra morta; quando se sabe que o caos que reina nas Administrações sequer permite a identificação correta de seus servidores, afigura-se como grotesca a proibição constitucional, pois que será praticamente impossível respeitar o que se estabelece a respeito.

Note-se que a vedação se refere à acumulação *remunerada*. Em consequência, se a acumulação só encerra a percepção de vencimentos por uma das fontes, não incide a regra constitucional proibitiva.

3.2. Situações de Permissividade

A Constituição admite a acumulação remunerada em algumas situações que expressamente menciona. Observe-se, porém, que, seja qual for a hipótese de permissividade, há de sempre estar presente o pressuposto da compatibilidade de horários. Sem esta, a acumulação é vedada, mesmo que os cargos e funções sejam

em tese acumuláveis.

A EC nº 19/98, alterando o inciso XVI do art. 37 da CF, estabeleceu uma outra condição nos casos de permissividade: a observância de que os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Lei Maior. A alteração, convém ressaltar, não impede a situação jurídica em si da acumulação dos cargos ou empregos; o que a referida Emenda vedou foi a percepção de ganhos cujo montante ultrapasse o teto previsto no art. 37, XI, da CF. Desse modo, parece-nos que, à luz do novo texto constitucional, será possível a acumulação se em um dos cargos ou empregos, ou até mesmo em ambos, o servidor tiver redução remuneratória de forma a ser observado o teto estipendial fixado na lei.

São hipóteses de permissividade (art. 37, XVI):

a) dois cargos de professor;
b) um cargo de professor com outro técnico ou científico;
c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Essa última hipótese de permissividade decorreu de alteração introduzida no art. 37, XVI, "c", da CF, pela Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/2001. Anteriormente a permissividade limitava-se à acumulação de dois cargos de médico, o que gerou muitas controvérsias em relação a outros profissionais de saúde, que pretendiam lhes fosse estendido o benefício.[1866] Note-se, porém, que o novo mandamento se referiu a *profissionais de saúde,* ou seja, àqueles profissionais que exercem atividade técnica *diretamente* ligada ao serviço de saúde, como médicos, odontólogos, enfermeiros etc.[1867] Não alcança, portanto, os servidores administrativos que atuam em órgãos onde o serviço de saúde é prestado, como hospitais, postos de saúde, ambulatórios etc.

Por conseguinte, não são rigorosamente sinônimas as expressões *"profissionais de saúde"* e *"profissionais da área de saúde"* . Esta é mais ampla e envolve não só os servidores técnicos em saúde como todos os que trabalham na área de apoio administrativo. Resulta daí, então, ser vedada a acumulação do cargo de médico com cargo administrativo fora da área de saúde, ainda que aquela profissão seja

requisito para ocupá-lo.[1868] Entretanto, se o cargo é de direção ou de assessoria e apenas profissionais de saúde possam provê-lo, será viável a acumulação; é que, embora de natureza administrativa, tem o cargo o caráter de privatividade, o que é previsto na norma.

O acúmulo pode dar-se no mesmo regime ou em regimes diversos; assim é possível acumular dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. A exigência da regulamentação da profissão significa que se faz necessária a existência de *lei* disciplinando o exercício profissional e, como é frequente, instituindo a autarquia incumbida da fiscalização.

O conceito de cargo técnico ou científico, por falta de precisão, tem provocado algumas dúvidas na Administração. O ideal é que o estatuto fixe o contorno mais exato possível para sua definição, de modo que se possa verificar, com maior facilidade, se é possível, ou não, a acumulação. *Cargos técnicos* são os que indicam a aquisição de conhecimentos técnicos e práticos necessários ao exercício das respectivas funções. Já os *cargos científicos* dependem de conhecimentos específicos sobre determinado ramo científico. Normalmente, tal gama de conhecimento é obtida em nível superior; essa exigência, porém, nem sempre está presente, sobretudo para os cargos técnicos. Por outro lado, não basta que a denominação do cargo contenha o termo "técnico": o que importa é que suas funções, por serem específicas, se diferenciem das meramente burocráticas e rotineiras.[1869] Seja como for, nem sempre será fácil atribuir tais qualificações de modo exato.

Outras situações de permissividade referem-se à possibilidade de juiz e de membro do Ministério Público acumularem seus cargos com outro de magistério (art. 95, parágrafo único, e art. 128, § 5º, II, "d", da CF). O que se deve ter como certo é que, tratando-se de hipóteses que refletem exceções ao sistema geral de vedação à acumulabilidade, devem elas ser interpretadas restritivamente, sendo incabível estendê-las a outras situações que não se enquadrem naquelas expressamente permitidas.

Questão que suscitava controvérsia era concernente à possibilidade, ou não, de acumulação remunerada de proventos da aposentadoria com vencimentos de cargo, emprego ou função pública. A razão da controvérsia consistia no silêncio da Constituição a respeito dessa hipótese, contrariamente à Constituição de 1967, com

a Emenda nº 1/69, que expressamente vedava a acumulação com algumas exceções de permissividade. A vedação voltou a ficar expressa na Constituição em face do § 10 do art. 37, introduzido pela EC nº 20, de 15/12/1998, que implantou a reforma da previdência social.[1870]

Vale lembrar, afinal, que as hipóteses de permissividade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias, como é o caso de dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas a situações não previstas. Desse modo, é inadmissível a acumulação remunerada de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria. Na verdade, os casos de permissão espelham exceção ao sistema geral e além disso é de presumir-se que dificilmente o servidor poderia desempenhar eficientemente suas funções se fossem estas oriundas de três ou mais cargos, empregos ou funções.[1871] A vedação estende-se, ainda, a uma terceira função decorrente de contratação como temporário pelo regime especial.[1872]

A disciplina sobre acumulação de cargos e funções para os *magistrados* sofre incidência do disposto no art. 95, parág. único, I, da CF, que lhes veda *"exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério"*. A referência à disponibilidade funda-se na circunstância de que, em semelhante situação, o magistrado, apesar de afastado, continua a perceber remuneração do erário e, tendo em vista possibilidade de eventual reingresso, sua situação acaba por assemelhar-se à anterior, quando ocupava normalmente seu cargo. A ressalva quanto à permissividade – *uma* única função de magistério – limita-se a cargos ou funções em instituições pertencentes à Administração, seja centralizada, seja descentralizada (neste caso, como ocorre, v.g., nas universidades autárquicas ou fundacionais). Não obsta, contudo, à acumulação o fato de o professor ser guindado a cargos de direção institucional (*v.g.*, diretor de Faculdade ou Reitor de Universidade), desde que sejam eles privativos de docentes. Aqui urge recorrer à interpretação lógica: se os cargos de direção, como regra, nada mais são do que o efeito da evolução profissional da carreira do professor, o óbvio é que incida também nesse caso a permissividade cumulativa.

Por outro lado, como a restrição do texto – *uma única função* – se refere a instituições administrativas, nada impede que, além do cargo de magistério nessas

instituições, o magistrado tenha contrato com instituições ou cursos do setor privado, desde que, obviamente, haja compatibilidade de horários com o exercício da judicatura. Da mesma forma, é legítimo que, não ocupando cargo em estabelecimento público, tenha um ou mais contratos com instituições privadas para a função de professor. No caso de magistrado aposentado, aplica-se, subsidiariamente, o art. 37, § 10, da CF, segundo o qual os proventos de aposentadoria somente são cumuláveis com: 1º) cargo ou função de magistério; 2º) cargos eletivos; 3º) cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

No que concerne aos *membros do Ministério Público*, incide o art. 128, § 5º, II, "d", da CF, segundo o qual lhes é vedado *"exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério"*. Diferentemente do art. 95, parág. único, I, da CF, aplicável aos magistrados, o dispositivo em tela deixa claro que a restrição a *uma* função de magistério se refere ao exercício de função pública (daí a expressão *"qualquer outra função pública"*). Idêntica, pois, deve ser a interpretação para os magistrados, apesar da incompletude de seu texto. No que tange a instituições do setor privado, valem aqui as observações já feitas a propósito dos magistrados. Preocupado, porém, com o fato de que o excesso de atividades de magistério pode comprometer a atuação funcional, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 3, de 16.12.2005, em cujo art. 1º ficou vedado a qualquer membro do Ministério Público o exercício de magistério, *público ou privado*, por período superior a vinte horas semanais, não incluído, todavia, na vedação o magistério em escolas de aperfeiçoamento da própria Instituição ou em cursos mantidos por associações de classe ou fundações vinculadas ao *Parquet*.[1873]-[1874]

3.3. Efeitos

Se o servidor acumula remuneradamente cargos ou funções públicas, a sua situação encerra violação ao estatuto constitucional. Uma vez consumada tal situação, é de se perguntar quais os efeitos que dela provêm.

Adequada solução é a concebida pela Lei nº 8.112/90, pertinente aos servidores públicos federais. Se fica provada a boa-fé do servidor na acumulação proibida, deve ele optar por um dos cargos (art. 133, *caput,* e § 5º). Se a situação decorrer de conduta eivada de má-fé, perderá ambos os cargos e restituirá o que

tiver percebido indevidamente (art. 133, § 6º). Se o outro cargo integrar entidade federativa diversa, esta será comunicada da demissão do servidor (art. 133, § 6º). [1875]

3.4. Ingresso em Nova Carreira

Frequentemente tem sido suscitada a questão funcional concernente ao ingresso do servidor, já titular de cargo ou emprego público, em cargo ou emprego de carreira diversa, após aprovação em concurso público. O problema que se põe é o seguinte: o servidor já adquiriu estabilidade em seu cargo ou já exerce seu emprego com certo grau de permanência e, aprovado por concurso para carreira diversa, terá que se sujeitar a novo estágio probatório; porquanto, sendo diversa a carreira, o novo provimento, conforme já vimos, se qualificará como originário.

E nesse momento lhe assalta a dúvida: como trocar o certo pelo duvidoso? Para não correr riscos, o servidor, antes da nova investidura, postula e consegue deferimento de licença sem vencimentos em relação ao cargo ou de suspensão do contrato de trabalho, se for sujeito a regime celetista.[1876] A questão consiste em saber se esse recurso impediria a acumulação vedada pela Constituição. A matéria é polêmica e sobre ela tem havido opiniões discrepantes.

O problema tem vindo à tona principalmente porque nossa federação é de três graus, sendo composta de numerosas pessoas federativas. Cada uma delas tem sua própria autonomia funcional e capacidade para instituir seus planos de cargos e carreiras. Como a cada dia se intensifica o número de concursos públicos para os mais diversos cargos dessas esferas, ficam os servidores intimidados com os efeitos que possam advir de eventual acumulação de cargos.

Quando o estatuto respectivo já prevê a referida situação funcional, a questão fica logo resolvida. É o caso do art. 29, I, da Lei nº 8.112/90 (Estatuto Federal), que prevê o instituto da *recondução*. Por meio deste, o servidor estável retorna ao cargo que ocupava anteriormente no caso de "*inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo*". Na esfera federal, portanto, basta que o servidor comprove sua próxima investidura e a comunique ao órgão de pessoal, para o fim de lhe ser assegurado o eventual retorno.

A maioria dos estatutos funcionais, todavia, não contempla esse instituto, que, além de dotado de lógica luminar, é compatível com os mais comezinhos

postulados de justiça. Desse modo, é perfeitamente legítimo e equânime que o servidor se licencie do cargo anterior ou ajuste a suspensão do contrato de trabalho, sempre sem remuneração (vencimentos ou salário), e seja empossado no cargo ou emprego da nova carreira. Tal situação em nenhuma hipótese ofenderia o art. 37, XVI, da CF, que alude à acumulação *remunerada* de cargos.[1877] Se o mandamento, que tem cunho restritivo, diz que a acumulação vedada é a remunerada, não pode o intérprete ampliar o âmbito da restrição. Na verdade, impedir a investidura do servidor licenciado ou com contrato de trabalho suspenso, sem remuneração, provoca ofensa ao princípio do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, XIII, da CF.

O correto, assim, é que a licença ou a suspensão contratual vigore até o momento em que o servidor venha a adquirir estabilidade no novo cargo ou emprego; só nessa ocasião é que lhe cabe providenciar a exoneração do cargo anterior. E deve mesmo fazê-lo para regularizar sua situação funcional, sob pena de estar sujeito às responsabilidades decorrentes de sua desídia. Há estatutos que não preveem esse tipo de licença; outros a submetem ao juízo discricionário da Administração; e outros, ainda, limitam a licença a período menor do que três anos, que é o prazo atual da estabilidade. Em nosso entender, tais restrições não se compatibilizam com a vigente Constituição, sendo inaplicáveis à hipótese de investidura em novo cargo ou emprego público.

O que não se pode admitir, por não apresentar um mínimo sentido de justiça, é que o servidor, aprovado em novo concurso e mobilizado para galgar novos degraus no serviço público, seja pressionado a não aceitar a nova investidura por temor da perda irreversível de sua situação funcional anterior. Não tem cabimento exigir-lhe que se exonere do cargo anterior como condição para a posse no novo cargo; isso é o mesmo que obrigá-lo a trocar situação de estabilidade por outra de instabilidade. Afinal, só merece aplausos o esforço do servidor concursado na busca de cargos melhores. Atualmente é usual que, sempre por concurso, o servidor federal aspire a determinado cargo municipal, ou que servidor estadual tencione ocupar cargo federal. Tais situações merecem incentivo, e não cerceamentos, por parte da Administração.

O que a Constituição quer é apenas impedir dupla remuneração no serviço público, e tal mandamento não estará sendo vulnerado pelo servidor. É bem

verdade que há opiniões em contrário, que preferem entender que no caso haveria proibição, porque, acima da dupla remuneração, seria vedada a própria acumulação em si, seja de que forma for.[1878] Felizmente, outros estudiosos têm seu pensamento lastreado na Constituição, como deve ser, e percebem a necessidade de não deixar o servidor vitorioso sem a necessária proteção.[1879]

3.5. Convalidação Constitucional

Embora a situação não seja comum e atenda a hipóteses excepcionais, a Constituição convalidou caso de acumulação vedado sob a égide da Carta anterior.

Com efeito, o art. 17, § 2º, do ADCT da CF assegurou o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estivessem sendo exercidos na Administração Direta ou Indireta. Significa que muitas das situações englobadas no mandamento eram consideradas inválidas anteriormente e passaram à condição de validade por força do novo dispositivo constitucional.

Cuida-se, pois, de acumulações indevidas que foram convalidadas pela nova Constituição. Tendo havido convalidação, devem aproveitar-se todos os efeitos oriundos do cúmulo anterior, como se tivesse sido lícita a situação desde o seu início.[1880]

4. Estabilidade

4.1. Noção do Instituto

Estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos.

A mesma Emenda inseriu, no art. 41, o § 4º, estatuindo que, além do prazo acima, a aquisição da estabilidade depende ainda de avaliação especial de desempenho do servidor, a ser realizada por comissão funcional com essa finalidade. Consigne-se, todavia, que, para evitar futuras discussões sobre a aquisição, ou não, do direito, o art. 28 da EC 19/98 resguardou a estabilidade, no prazo anterior de dois anos, aos atuais servidores em estágio probatório, ou seja, àqueles que, quando da promulgação da Emenda, ainda não tivessem alcançado o referido prazo. Assim, o novo prazo de três anos só vai incidir sobre os servidores

que ingressarem no serviço público após 5/6/1998, data da publicação da Emenda no Diário Oficial.

Uma observação deve ser feita a propósito das novas condições para a aquisição da estabilidade. De um lado, a Constituição impõe o cumprimento de requisito temporal (art. 41, *caput*) e, de outro, exige que o servidor tenha seu desempenho aprovado por comissão de avaliação (art. 41, § 4º). Dependendo da situação, todavia, poder-se-á enfrentar conflito aparente de normas, a ser resolvido pela ponderação dos interesses tutelados pelas citadas regras. Caso a Administração não institua a comissão ou esta retarde sua decisão para após o prazo de três anos, deverá considerar-se que o servidor, cumprido o prazo, terá adquirido a estabilidade, mesmo sem a avaliação da comissão. É que a norma da avaliação funcional por comissão especial foi criada em favor da Administração, de modo que, se esta não concretiza a faculdade constitucional, deve entender-se que *tacitamente* avaliou o servidor de forma positiva. O que não se pode é prejudicar o servidor, que já cumpriu integralmente o período de estágio, pela inércia ou ineficiência dos órgãos administrativos. Assim, para conciliar os citados dispositivos, será necessário concluir que a avaliação do servidor pela comissão deverá encerrar-se antes de findo o prazo necessário para a aquisição da estabilidade, para, então, se for o caso, ser providenciado o processo de exoneração do servidor avaliado negativamente.[1881]

É oportuno considerar, neste passo, que a Administração deve providenciar, ainda dentro do período trienal, o *ato de exoneração* do servidor. A avaliação de desempenho é mero procedimento prévio e não tem idoneidade jurídica para afastar o servidor. O mesmo ocorre com a prática do ato de "*denegação da estabilidade*", praticado por alguns órgãos antes do ato exoneratório. Trata-se de desmembramento desnecessário, porquanto o ato de exoneração já contém implicitamente a denegação da estabilidade. E, a nosso ver, ainda redunda em efeito gravoso para a Administração: ainda que tenha havido esse último ato, o transcurso do prazo gera a estabilidade do servidor se o ato de exoneração não tiver sido assinado. É este, e não aquele, que gera a exclusão do servidor e a vacância do cargo. Assim, se a avaliação for negativa, deve de imediato produzir-se o ato de exoneração. O prazo constitucional é fatal e decadencial: transcorrido *in albis,* perde a Administração o próprio direito à exoneração do servidor.

O direito só é conferido ao servidor estatutário, não o sendo ao servidor trabalhista. A regra da estabilidade, contida no art. 41 da CF, refere-se a servidor *nomeado*, e o § 1º dita que o servidor estável só perderá o seu *cargo* por sentença judicial ou processo administrativo. Ora, a nomeação e o cargo, como tivemos a oportunidade de analisar, são figuras típicas do regime estatutário, não alcançando, por conseguinte, os servidores de regime diverso.[1882] É forçoso reconhecer, contudo, que, para alguns, a estabilidade abrange também os servidores trabalhistas, havendo, inclusive, alguns julgados principalmente na esfera da Justiça do Trabalho. Tal entendimento, porém, é minoritário e não se harmoniza com o sistema funcional estabelecido na Constituição.[1883]

A estabilidade não é estendida aos titulares de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, sendo incompatível com a transitoriedade de exercício que caracteriza esse tipo de cargos. Por outro lado, quando se fala em estabilidade, o referencial é para os cargos efetivos, porque a garantia de permanência para cargos vitalícios tem nomenclatura própria – vitaliciedade. Alterando o art. 41 da CF, a EC nº 19/98 eliminou qualquer margem de dúvida, referindo-se a *"servidores nomeados para cargo de provimento efetivo"*.

A estabilidade é instituto que guarda relação com o *serviço,* e não com o *cargo*. Emana daí que, se o servidor já adquiriu estabilidade no serviço ocupando determinado cargo, não precisará de novo estágio probatório no caso de permanecer em sua carreira, cujos patamares são alcançados normalmente pelo sistema de promoções. Entretanto, se vier a habilitar-se a cargo de natureza e carreira diversas, terá que submeter-se a novo estágio probatório para a aquisição da estabilidade. O STJ já teve a oportunidade de anotar que *"a estabilidade diz respeito ao serviço público, e não ao cargo",* aduzindo que *"o servidor estável, ao ser investido em novo cargo, não está dispensado de cumprir o estágio probatório nesse novo cargo".[1884]*

Um exemplo esclarece tal situação: se um servidor já é estável no cargo de "Auxiliar Administrativo" e, após concurso, é investido no cargo de "Psicólogo", deverá sujeitar-se a novo estágio probatório antes de adquirir a estabilidade. Temos admitido, no entanto, que, se o estatuto funcional for silente, deve assegurar-se ao servidor a possibilidade de retorno a seu antigo cargo no caso de não ser aprovado no período probatório relativo ao cargo novo. Uma das soluções é a de não consumar a exoneração antes da estabilidade, permanecendo o servidor com licença

ou afastamento sem remuneração. Assim entendemos por não nos parecer justo e legítimo descartar o servidor de uma situação de permanência para introduzi-lo numa outra de instabilidade, sobretudo quando foi habilitado através de novo concurso e sua atividade vai ser produzida em prol do próprio Poder Público.

Adquirida a estabilidade, o servidor só pode ser demitido através de sentença judicial ou processo administrativo em que se lhe assegure ampla defesa (art. 41, CF). São três os requisitos que podem render ensejo à demissão regular do servidor estável:

a) o cometimento de infração grave;
b) a apuração da falta em processo administrativo; e
c) a garantia da ampla defesa.[1885]

4.2. Estabilização Constitucional

Além da condição normal que ocasiona a estabilidade do servidor público, as Constituições têm criado hipóteses funcionais especiais às quais proporciona também a garantia de permanência.

A vigente Constituição previu hipótese dessa natureza no art. 19 do ADCT, considerando estáveis todos os servidores públicos civis federais, estaduais, distritais e municipais, da Administração Direta ou Indireta, que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Carta e que não tenham sido admitidos na forma estabelecida no art. 37 da CF.

Essa forma de garantia, que melhor se denomina *estabilização*, teve incidência de grande amplitude, abrangendo os servidores públicos estatutários e trabalhistas, somente sendo dela excluídos os servidores que desempenhassem cargo, emprego ou função de confiança ou outras funções e cargos que a lei considerasse como de livre exoneração. Em outras palavras, a estabilização alcançou todos aqueles servidores que exercessem suas funções com caráter de permanência (art. 19, § 2º, ADCT da CF). Consequentemente, não pode a estabilização estender-se a hipóteses não previstas no mandamento constitucional.[1886]

É de bom alvitre observar, no entanto, que as hipóteses não alcançadas pela estabilização se qualificam como exceções e, portanto, devem ser interpretadas

restritivamente. A regra geral, desse modo, é a da permanência dos servidores no serviço público, desde que consumado o fato gerador do direito previsto na norma constitucional. Se não há elementos probatórios que indiquem estar a situação do servidor dentro das exceções, deve ser-lhe reconhecido o direito à estabilidade. [1887]

Essa forma de estabilidade, como se pode notar, tem mais cunho político do que jurídico, diversamente da estabilidade prevista no corpo permanente da Constituição.

4.3. Estágio Probatório

Estágio probatório é o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero.[1888]

Lamentavelmente, o estágio probatório até agora só existiu na teoria, pois que, ressalvadas raríssimas exceções, jamais se conseguiu verificar qualquer sistema de comprovação adotado pela Administração que permitisse concluir por uma avaliação honesta e efetiva sobre os requisitos para o desempenho dos cargos públicos. Como é lógico, acabam ultrapassando esse período servidores ineptos, desidiosos e desinteressados, que, em consequência, adquirem a estabilidade e ficam praticamente insuscetíveis de qualquer forma de exclusão. Talvez aqui esteja um dos males do sistema de estabilidade funcional, fato que tem estimulado os legisladores a mitigá-lo ou simplesmente erradicá-lo do quadro das garantias do servidor.

Embora o servidor em estágio probatório não tenha estabilidade, sua exclusão do serviço público, no caso de restar comprovado que não reúne as condições mínimas para a permanência, não pode processar-se sem o mínimo requisito formal. O correto, no caso, é a instauração de processo administrativo em que se ofereça a cada interessado o direito de defender-se das conclusões firmadas pelos órgãos competentes. É o processo formal que vai admitir a verificação de legalidade na conduta dos administradores responsáveis pela aferição do servidor. Por isso, o STF já definiu que o funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.[1889]

Não tendo o servidor demonstrado, durante o estágio probatório, sua aptidão para o exercício da função pública, a Administração, observadas as formalidades

acima mencionadas, procede à sua exoneração, que, como veremos a seguir, não é penalidade, mas simples medida de salvaguarda da regular execução das atividades administrativas. Impõe-se, no caso, a instauração de processo administrativo regular, no qual deve assegurar-se ao servidor o direito ao contraditório e à ampla defesa, visto que, em última análise, há um litígio entre a Administração e o servidor, justificando-se, portanto, a incidência do art. 5º, LV, da CF.[1890] Por outro lado, para impedir alguma arbitrariedade, sempre caberá investigar *os motivos* do ato administrativo que tenha concluído no sentido da exoneração do servidor, exigindo-se, inclusive, que a *motivação seja expressa*.[1891]

Nunca é demais insistir em que o estágio probatório espelha instrumento de *avaliação* do servidor. Sendo assim, só pode ter adequada aplicabilidade quando o servidor é aferido em relação ao *efetivo exercício* das funções do cargo. Ou seja: ele precisa demonstrar sua capacidade de exercer tais funções pelo período de três anos. Essa a *ratio* do dispositivo constitucional. Infere-se, por conseguinte, que eventuais afastamentos pessoais do serviço, como, *exempli gratia*, licenças médicas ou licença-gestante, ensejam a suspensão do prazo, sendo descontadas tais ausências do lapso trienal.[1892] Idêntico efeito ocorre quando o servidor é cedido a outro órgão.[1893] Em semelhantes hipóteses, o estágio probatório se estenderá por mais de três anos, se considerada a data da investidura, e isso porque o servidor precisará completar o período no efetivo exercício das funções.[1894] Todavia, no caso de ter sido aplicada ao servidor a penalidade de suspensão, cujo limite é, como regra, de noventa dias,[1895] esse período não pode ser descontado do tempo de estágio, eis que se trata de afastamento coercitivo, e não voluntário; a não ser assim, o servidor estaria sofrendo dupla punição com a ampliação do prazo probatório.[1896]

A EC nº 19/98, revelando a preocupação do Governo com os servidores ineficientes, acrescentou o § 4º ao art. 41 da CF, dispondo que, *"como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade"*.

Como se nota, a Administração já está obrigada a fazer a avaliação de desempenho ao fim do estágio probatório. Entretanto, se a avaliação não for séria e honesta, o dispositivo, como alguns outros, será simples letra morta.

Tem havido entendimento de que o prazo de três anos para a aquisição da

estabilidade no serviço público não está vinculado ao prazo do estágio probatório, o que teria fundamento na interpretação do art. 41, *caput*, e § 4º, da CF; desse modo, deveria manter-se para o estágio o prazo anterior de dois anos, que continua fixado em algumas normas de estatutos funcionais.[1897] Tal entendimento, *concessa venia,* é insustentável e incoerente. Primeiramente, não há como desatrelar o prazo de estabilidade do prazo de estágio probatório (nem nunca houve, aliás): se a estabilidade pressupõe a prova de aptidão do servidor, é lógico que essa prova deverá ser produzida no mesmo prazo de três anos. Em segundo lugar, o art. 41, § 4º, inovou apenas na parte em que prevê a operacionalização do sistema de prova, para tanto concebendo seja instituída comissão com o fim de proceder à avaliação especial de desempenho do servidor; portanto, nada tem a ver com o prazo da estabilidade e do estágio. Por último, deve notar-se que as normas estatutárias que ainda registram o prazo de dois anos de estágio (o que foi feito sob a égide do mandamento constitucional anterior) estão descompassadas com a regra vigente do art. 41, da CF, de imediata aplicabilidade, razão por que não foram recepcionadas pelo novo sistema, ou, se se preferir, foram revogadas pela norma hoje vigente. O que os entes federativos devem fazer é adequar tais normas à Constituição; enquanto não o fazem, contudo, é claro que prevalece o texto constitucional. Absurdo, porém, é desvincular institutos (estabilidade e estágio probatório) que nada mais são do que faces da mesma moeda.[1898]

O estágio probatório de que tratamos não se confunde, em absoluto, com o denominado *estágio experimental,* adotado em alguns sistemas funcionais. Ambos têm apenas em comum o fato de que se cuida de período em que o indivíduo está sendo submetido à avaliação *pelo exercício da função pública relativa ao cargo já ocupado ou a sê-lo futuramente.* Mas, enquanto o estágio probatório se processa após a nomeação e o estagiário já é servidor público, o estágio experimental é mera fase do concurso, valendo como verdadeira prova prática a ser objeto de aprovação ou reprovação. Neste caso, por conseguinte, somente após ser considerado aprovado nas provas comuns e na prova específica do estágio experimental é que o candidato estará apto a ser nomeado e empossado no cargo pretendido.[1899]

4.4. Estabilidade e Efetividade

Com muita frequência têm sido confundidas as noções de estabilidade e

efetividade. Trata-se, entretanto, de figuras de perfil bem diferenciado, com natureza e finalidades próprias, embora ambas tenham grande relevância no estudo dos servidores públicos.

Estabilidade, como vimos acima, é a garantia constitucional do servidor público estatutário de permanecer no serviço público, após o período de três anos de efetivo exercício. *Efetividade* nada mais é do que a situação jurídica que qualifica a titularização de cargos efetivos, para distinguir-se da que é relativa aos ocupantes de cargos em comissão. Se um servidor ocupa um cargo efetivo, tem efetividade; se ocupa cargo em comissão, não a tem.

Vejamos a aplicação prática dessa diferença. Um servidor que, após aprovação em concurso, é investido em cargo efetivo, tem efetividade, e esta nasce no momento em que o servidor toma posse e completa a relação estatutária. Nos primeiros três anos, continua tendo efetividade, embora não tenha ainda estabilidade. Após esse período, o servidor, que já tinha efetividade, adquire também a estabilidade. Vejamos um exemplo contrário: no caso visto acima, em que a Constituição estabiliza servidores, podemos concluir sem dificuldade que o servidor passou a ter a garantia da estabilidade, mas não tinha efetividade, porque não ocupava qualquer cargo efetivo antes da promulgação da Carta. Terá, pois, estabilidade sem que tenha efetividade. Posteriormente, submete-se a concurso e se vê investido em cargo efetivo: nessa hipótese, além da estabilidade, passa a ter também efetividade.

Concluímos, desse modo, que:

a) pode haver efetividade sem estabilidade;
b) pode haver estabilidade sem efetividade;
c) pode haver, concomitantemente, efetividade e estabilidade; e
d) pode não haver nem estabilidade nem efetividade (caso dos servidores trabalhistas não alcançados pela regra excepcional de estabilização prevista no art. 19 do ADCT da CF).

4.5. Demissão e Exoneração

Institutos que também provocam confusão em seu emprego técnico são os da demissão e da exoneração.

Desde logo é mister realçar que ambas têm um ponto de identidade: são atos administrativos que ensejam a extinção do vínculo estatutário do servidor público, ocasionando a vacância dos cargos.

Mas, enquanto a *demissão* é ato de caráter punitivo, representando uma penalidade aplicada ao servidor em razão de infração funcional grave, a *exoneração* é a dispensa do servidor por interesse deste ou da Administração, não havendo qualquer conotação de sentido punitivo.[1900] O suporte fático da demissão é, portanto, inteiramente diverso do suporte da exoneração: na primeira, é a prática de uma infração grave, e, na segunda, o interesse do servidor ou da Administração.

Algumas normas empregam a expressão "*perda do cargo*" ou "*perda da função pública*" para indicar a sanção ou o efeito de outra decisão.[1901] Em última análise, tais situações se equiparam à demissão, representando uma sanção causada por alguma infração grave e desvinculando o servidor do órgão que integrava. A aplicabilidade de tais punições, todavia, pressupõe que o servidor esteja em atividade. Aplicá-las a inativos, com a devida vênia, não nos parece tecnicamente correto, sabido que não mais têm cargo ou função.[1902]

A exoneração admite ainda uma subdivisão: pode ser a pedido ou *ex officio*. Na primeira é o servidor que manifesta seu interesse em sair do serviço público e desocupar o cargo de que é titular. A exoneração *ex officio,* ao revés, implica a iniciativa da Administração em dispensar o servidor.

Logicamente, a Administração não é inteiramente livre para promover a exoneração *ex officio*. Poderá fazê-lo em três casos:

a) quando o servidor, ocupante de cargo efetivo, não satisfizer as condições do estágio probatório;
b) quando esse mesmo servidor, tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo legal; e
c) a juízo da autoridade competente, no caso de cargo em comissão.[1903]

Diversos os suportes fáticos dos institutos, diversas hão de ser as suas linhas jurídicas.[1904] Releva notar, por ser pertinente, que a exoneração de cargo em comissão não reclama motivação expressa: à autoridade nomeante (cujo ato dispõe de *motivo*, como é óbvio) será lícito proceder à exoneração do servidor a seu

alvedrio. O contrário se passa nos dois primeiros casos acima apontados: neles, além da garantia do contraditório conferida ao servidor, a justificativa (ou *motivo*) deve vir expressa, possibilitando-se, assim, eventual controle do ato.[1905]

A EC nº 19/98, visando à reforma do Estado, instituiu, agora com previsão no art. 41, § 1º, III, mais um caso de demissão, a ser disciplinado por lei complementar, que é aquele em que o servidor, após sofrer avaliação funcional, demonstrar insuficiência de desempenho, comprovada em processo administrativo com ampla defesa. Aliás, mais do que nunca, é necessário o contraditório nesse caso, para prevenir-se arbitrariedades e perseguições.

Criou também outra hipótese de exoneração de servidor estável (e não de demissão, como pensam alguns), quando tiverem sido insuficientes duas providências administrativas com vistas a adequar as despesas de pessoal aos limites fixados na Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000, que regulamentou o art. 169 da CF, este alterado pela EC 19/98, para o fim de criar, por si e por seus parágrafos, novos mecanismos de controle e redução das despesas com pessoal a cargo das pessoas federativas:[1906]

1) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão ou funções de confiança;
2) exoneração de servidores não estáveis, assim considerados aqueles que foram admitidos na Administração Direta, autarquias e fundações sem concurso público após 5/10/1983, (art. 33, Emenda Constitucional nº 19/98, que acrescentou o art. 247 ao texto constitucional).[1907]

Somente se inócuas essas medidas, previstas no § 3º do art. 169 da CF, introduzido pela EC nº 19/98, é que será admitida essa exoneração por excesso de quadro, conforme registra, com clareza, o § 4º do mesmo art. 169 da CF, também inserido pela citada Emenda.

Nesse caso, o servidor fará jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, sendo extinto seu cargo e vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (§§ 5º e 6º acrescentados ao art. 169). Para tanto, cada Poder deverá expedir ato normativo motivado, especificando a atividade funcional e o órgão ou

unidade funcional objeto da redução de pessoal.

Há autores que sustentam ser inaplicável a exoneração prevista no art. 169, § 4º, da CF, aos servidores já estáveis ao momento em que foi promulgada a EC 19/98, sob o fundamento de que não podem sujeitar-se a novo regime jurídico, pena de violação a seu direito adquirido.[1908] Não abonamos, *data venia*, esse pensamento. Como já deixamos consignado anteriormente, não se pode negar que a consumação de fatos previstos na lei propiciem a aquisição de direito adquirido aos servidores. Mas daí não se deve inferir que *todas as condições estatutárias sejam imunes ao processo de mutabilidade futura.* Nesse sentido, aliás, já se pacificaram os Tribunais no que toca ao regime estatutário. Se é certo que constitui direito adquirido dos servidores a estabilidade já adquirida antes da EC 19, não menos verdadeiro é o fato de que não há o direito a que sejam mantidos, no futuro, todos os efeitos decorrentes da mesma estabilidade. Ofensa ao direito adquirido ocorreria, aí sim, se a EC 19 tivesse simplesmente deixado de considerá-los estáveis, o que, à evidência, não sucedeu.

Essa forma de exoneração foi disciplinada pela Lei nº 9.801, de 14/6/1999, que regulamentou o citado art. 169, § 4º, da CF. No conteúdo da lei, deve destacar-se a norma pela qual se exige que o ato normativo do Chefe do Poder especifique qual será a redução da despesa e qual o número de servidores a serem alcançados pelo ato, bem como os órgãos em que se encontrem. Importante ainda é que se indique qual o *critério geral impessoal* a ser adotado para identificar os servidores atingidos, isso para evitar discriminações pessoais entre servidores em idêntica situação jurídica, o que seria inconstitucional por violar o princípio da impessoalidade da Administração Pública (art. 37, CF). Por fim, deve o ato especificar o prazo para pagamento das indenizações devidas e os créditos orçamentários destinados a tal objetivo.[1909]

Há mais de um critério geral impessoal para identificação dos servidores. Pode a Administração adotar o que consiste no menor tempo de serviço público; ou na maior remuneração; ou também na menor idade.[1910] Esses critérios são objeto de escolha por parte da Administração, que, em cada caso, deverá atender à situação específica desenhada no serviço público, tal como, por exemplo, excesso de quadro, ou existência de funções mais suscetíveis de serem reduzidas, ou ainda serviços passíveis de supressão. Seja como for, todavia, os cargos vagos em decorrência

dessas exonerações terão que ser declarados extintos, e a Administração Pública não poderá criar outros cargos e empregos com funções iguais ou assemelhadas no prazo de quatro anos.[1911]

A Lei nº 9.801/99 tem caráter geral, vale dizer, aplica-se à Administração de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sendo assim, é vedado a qualquer dessas pessoas federativas estabelecer, em leis próprias, regras que contrariem o conteúdo normativo daquele diploma, pena de serem inquinadas do vício da inconstitucionalidade.[1912]

A Emenda Constitucional nº 51/2006, introduzindo o § 6º ao art. 198 da CF, contemplou nova hipótese de *exoneração* de servidor: a daqueles que, exercendo funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, não cumpram os requisitos específicos para o exercício daquelas funções. Aqui a hipótese não é a de demissão, eis que inexiste qualquer transgressão como suporte fático da perda do cargo; trata-se, portanto, de exoneração, em que o desfazimento do vínculo funcional decorre da vontade de uma das partes da relação jurídica, no caso em foco, da manifestação do Poder Público.

4.6. Exoneração Conversível em Demissão

Quando o servidor está respondendo a processo administrativo suscetível da aplicação da pena de demissão, a Administração tem o direito de não conceder a exoneração a pedido, bem como o dever de não exonerar *ex officio* enquanto o processo não termina. Como é sabido, os efeitos da demissão têm aspectos diversos dos que advêm do ato de exoneração, de modo que não teria sentido conceder-se a exoneração diante da visível possibilidade de o servidor vir a ser demitido. O correto, na hipótese, é aguardar-se o desfecho do processo administrativo: havendo demissão, não haverá mesmo ensejo para conceder-se exoneração; sendo diversa a punição, a exoneração pode ser normalmente concedida, se for requerida pelo servidor, ou providenciada de ofício pela Administração.

Quid iuris, porém, se, a despeito de processo disciplinar em curso, com possibilidade de aplicação da pena de demissão, for concedida a exoneração a pedido, ou praticado o ato de exoneração *ex officio*? Em nosso entendimento, terá havido erro administrativo, porque a Administração não pode abrir mão de seu dever de sancionar quando o servidor tiver praticado infração funcional, sobretudo

a infração grave passível de demissão. Desse modo, se o processo culminar realmente com a pena de demissão, não haverá outra alternativa senão a de anular o ato de exoneração e praticar o de demissão, o que, na prática, significa *a conversão da exoneração em demissão*. O que nos parece injurídico é considerar que o ato de exoneração teria servido como meio de perdoar o servidor pela infração grave cometida.

O STJ, todavia, decidiu de maneira diversa. Em curso processo administrativo, o servidor foi exonerado a pedido, de acordo com programa de demissão voluntária. Concluído o processo, foi demitido a bem do serviço público. A Corte entendeu que, com a exoneração, se teria extinto a relação estatutária, sendo inviável a aplicação de pena disciplinar e restando para a Administração apenas a possibilidade de apurar a responsabilidade civil e criminal do ex-servidor.[1913]

Com a devida vênia, não abonamos esse pensamento. É verdade que a Administração não poderia ter concedido a exoneração requerida pelo servidor, na medida em que este respondia a processo administrativo já em curso e passível da sanção demissória. Mas o erro administrativo, nesse caso, não pode ter o condão de representar perdão administrativo da falta grave cometida pelo servidor. Se a falta existiu e foi comprovada no processo, é dever da Administração observar o estatuto funcional e aplicar a sanção. A não ser assim, o pedido de exoneração teria valido como forma de o infrator escapar da punição, o que seria consagrar a fraude em seu favor.

4.7. Servidores Trabalhistas

Muitas das regras constitucionais incidem sobre todos os servidores públicos civis, independentemente do regime jurídico a que se submetem. Por isso há, algumas vezes, certa dificuldade em atrelar este ou aquele instituto a um tipo específico de servidor, ou a todos em geral. A análise, quando tal ocorre, deve ser feita caso a caso.

A estabilidade é um desses institutos.

Embora já tenhamos feito referência anteriormente ao assunto, vale a pena repeti-lo e acrescentar outros elementos para melhor análise.

Quando a Constituição anterior tratava somente dos funcionários públicos (ou servidores públicos estatutários), nenhuma dificuldade havia em vincular a

estabilidade a essa categoria de servidores. A vigente Constituição, entretanto, cuida dos servidores públicos civis, categoria-gênero, como vimos, que se subdivide em várias modalidades de servidores. Assim, alguma dúvida pode ser suscitada a respeito da esfera de abrangência do instituto da estabilidade, no que toca aos servidores trabalhistas.

Reza o art. 41 da CF que são estáveis os servidores *nomeados para cargo de provimento efetivo* em virtude de concurso público. Por sua vez, dita o § 1º do mesmo dispositivo que é condicionada e limitada a perda do *cargo* no caso de servidor estável. Esses elementos indicam que o instituto não se aplica aos servidores trabalhistas. A nomeação e o cargo, já o consignamos, são figuras somente compatíveis com o regime estatutário, e guardam inteira incompatibilidade com o regime trabalhista. Este regime é contratual e, com tal natureza, não se processa qualquer nomeação nem o servidor ocupa cargo algum. No regime trabalhista ora vigente sequer subsiste o instituto da estabilidade trabalhista, como já houve anteriormente. Os casos de estabilidade espelham situações especialíssimas, expressamente contempladas no quadro normativo constitucional.[1914]

Sendo assim, temos que, sem embargo da circunstância de que a relação jurídica trabalhista, quando empregador o Poder Público, pode sofrer o influxo de algumas normas de direito público, o certo é que a garantia da estabilidade não incide na referida relação, limitando-se, pois, aos servidores públicos estatutários. Esse é o sentido que predomina entre os especialistas.[1915]

Poder-se-ia questionar sobre a estabilidade no caso de o servidor trabalhista ter sido contratado após aprovação prévia em concurso público. Alguns autores entendem que o concurso atribuiria ao servidor algumas garantias do regime estatutário, inclusive a estabilidade. Não pensamos assim, com a devida vênia. O concurso é pré-requisito de ingresso no serviço público, independente do regime jurídico a que pertencer o servidor, e em nenhum momento a estabilidade foi atrelada a esse requisito. Desse modo, não será atribuída ao servidor trabalhista a garantia da estabilidade ainda que tenha sido aprovado em concurso público antes da contratação. O concurso, nesse caso, tem o mesmo valor jurídico do procedimento levado a efeito por algumas entidades da iniciativa privada quando pretendem selecionar os melhores candidatos para a contratação trabalhista.

Existe entendimento, no entanto, segundo o qual seria ilegítima a possibilidade

de a Administração rescindir imotivadamente o vínculo laboral e despedir o servidor, com os ônus decorrentes, tal como no direito trabalhista.[1916] Ora, na verdade sempre haverá motivo para a rescisão do contrato, mesmo que seja o desinteresse do empregador, e, por isso mesmo, a lei trabalhista lhe comina certos efeitos pecuniários mais gravosos na hipótese de resilição contratual, que é exatamente essa que fica ao alvedrio do empregador. Eis por que, somente em casos especialíssimos, a Justiça do Trabalho admite a reintegração do empregado despedido. Assim, não nos parece que a ordem jurídica confira alguma situação especial aos servidores contratados pelo Estado sob a égide da lei trabalhista. Pode ocorrer que lei federal contemple, especificamente para algumas categorias de servidores trabalhistas, garantias não previstas na CLT: é o caso da já referida Lei nº 9.962/2000, em favor de servidores federais. Mas, excluídas tais hipóteses, incide normalmente a legislação trabalhista e esta admite *(si et in quantum)* a rescisão contratual pela só manifestação volitiva do empregador.[1917]

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já deixou definido que *o disposto no artigo 41 da CF, que disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis, não se aplica aos empregados de sociedade de economia mista... afastando, assim, a alegação de que os empregados da administração pública indireta, contratados mediante concurso público, somente poderiam ser dispensados por justo motivo.*[1918] Conquanto destinada a empregados de entidade da Administração Indireta, a decisão se aplica aos servidores trabalhistas da Administração Direta, indicando que não se lhes aplica o instituto da estabilidade, peculiar aos servidores estatutários, ainda que o ingresso no serviço público tenha sido precedido de aprovação em concurso público. Em outras palavras, a aprovação em concurso público não rende ensejo à aquisição do direito à estabilidade.

A Lei nº 9.962, de 22/2/2000, como já vimos, instituiu o regime de emprego público no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo que a CLT é o diploma básico regulador das relações entre a União e seus servidores trabalhistas. Nesse diploma, foram instituídas algumas regras protetivas dos servidores e entre elas está a inexistência do poder de resilição unilateral do contrato concedido aos empregadores em geral pela lei trabalhista. A proteção significa, de forma implícita, uma certa garantia de permanência no serviço público, bem assemelhada à estabilidade do regime estatutário. Entretanto, dois pontos merecem realce na nova legislação: 1) a nova lei só alcança a Administração

Federal, não incidindo nas esferas estadual, distrital e municipal; 2) a lei, sendo do mesmo nível hierárquico-normativo da CLT, é derrogatória desta lei geral no que se refere aos contratos de trabalho celebrados com o Governo Federal, estampando mesmo autolimitações consideradas integrantes do pacto laboral.

Assim sendo, os demais entes federativos – Estados, Distrito Federal e Municípios – não se sujeitam às referidas autolimitações. Os contratos de trabalho que celebrarem com servidores desse regime estarão sujeitos às regras da CLT, nas quais não se encontra o direito à estabilidade, nada impedindo, por conseguinte, apesar de algumas vozes em contrário, que se valham do direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho quando necessário ao interesse público. O que se deve coibir é o abuso de poder, que, se for cometido, há de merecer correção. Mas não se pode colocar o interesse do servidor, por mais digno que seja, acima do interesse público na rescisão de contratos trabalhistas, ainda mais porque, apesar de haver estabilidade no regime estatutário, o servidor não está protegido contra a extinção do cargo, conforme averbamos anteriormente.

Em relação aos servidores trabalhistas admitidos *há menos de cinco anos* antes da vigência da Constituição e, pois, não protegidos pela estabilização do art. 19 do ADCT da CF, já se decidiu que podem ser "demitidos" sem prévio procedimento administrativo por não terem a garantia da estabilidade.[1919] Em nosso entender, porém, é preciso distinguir, e isso porque no regime trabalhista o desfecho do vínculo se consuma com a rescisão do contrato de trabalho com ou sem culpa do empregado, e não propriamente por meio de demissão. Reiteramos, pois, que, em se tratando de rescisão sem culpa, cabe apenas ao empregador arcar com os ônus legais trabalhistas decorrentes de sua decisão unilateral, mas, cuidando-se de rescisão com culpa, parece-nos necessária a instauração de processo administrativo para averiguar a culpa do obreiro, conferindo-se a este o direito ao contraditório e à ampla defesa, em observância ao princípio fundamental contemplado no art. 5º, LV, da Constituição.

4.8. Vitaliciedade

A vitaliciedade representa a garantia, ou a prerrogativa especial, de permanência no serviço público, conferida a agentes públicos de determinadas categorias funcionais, titulares de cargos vitalícios, em virtude da especificidade das

funções que lhe são cometidas, tal como reconhecido em sede constitucional. No atual quadro normativo constitucional, são titulares do direito à vitaliciedade os magistrados (art. 95, I), os membros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º) e os membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, "a").

Na verdade, a vitaliciedade dos servidores vitalícios em muito se assemelha à estabilidade dos servidores efetivos, sendo comum em ambas o direito do servidor de continuar inserido no respectivo quadro funcional. Mas, enquanto a perda da vitaliciedade só pode derivar de sentença judicial transitada em julgado, como resulta daqueles dispositivos, a da estabilidade pode originar-se também de processo administrativo, embora assegurando-se o direito de ampla defesa ao servidor (art. 41, II e III, CF). Por conseguinte, será forçoso reconhecer que os efeitos da vitaliciedade são mais benéficos para o titular do cargo do que os advindos da estabilidade.

Entretanto, a Constituição também impôs, em algumas situações, o cumprimento de requisito temporal – no caso, de dois anos – para adquirir a vitaliciedade. Segundo o art. 95, I, da CF, os juízes gozam da prerrogativa da *"vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado"*.

A despeito de o conteúdo da garantia ser o mesmo, vislumbram-se nesse mandamento dois suportes fáticos diversos para sua aquisição, permitindo seja ela classificada em: a) *vitaliciedade mediata,* no caso de juízes de primeiro grau; e b) *vitaliciedade imediata,* para a investidura em outras situações. No primeiro caso, conquanto o cargo seja vitalício, os efeitos jurídicos decorrentes da vitaliciedade são adquiridos apenas após dois anos de exercício, período em que poderá haver a perda do cargo por processo administrativo decidido no âmbito do respectivo Tribunal. É o caso, por exemplo, do juiz ou do promotor de justiça aprovado em concurso público. No segundo, a vitaliciedade é concomitante à investidura, como é o caso do magistrado de Tribunal oriundo da classe dos advogados, cuja investidura se tenha dado pelo quinto constitucional (art. 94, CF), ou, ainda, do membro de Tribunal de Contas, escolhido nos termos do art. 73, § 2º, da CF. Nessas hipóteses, ao contrário do que sucede com a anterior, inexiste estágio confirmatório, de modo que a só investidura já é suficiente para garantir ao titular a vitaliciedade e, em

consequência, a perda do cargo decretada exclusivamente por sentença judicial transitada em julgado.

5. Regime Previdendiário: Aposentadorias e Pensões

5.1. Previdência do Servidor Público

SENTIDO – Regime previdenciário é o conjunto de regras constitucionais e legais que regem os benefícios outorgados aos servidores públicos em virtude da ocorrência de fatos especiais expressamente determinados, com o fim de assegurar-lhes e à sua família amparo, apoio e retribuição pecuniária.

A ideia central de "*previdência*" encerra a de "*precaução*", "*previsão", "vista ou conhecimento do futuro"*,[1920] indicando a necessidade de serem tomadas cautelas presentes para enfrentar, no futuro, problemas e adversidades encontrados pelos servidores e seus familiares no curso de sua relação de trabalho com o Poder Público.

Vários podem ser os benefícios previdenciários, alguns deles contemplados nos próprios estatutos funcionais. Em sede de Constituição, os benefícios básicos e mais relevantes são a *aposentadoria* e a *pensão,* que estudaremos adiante.

REGIMES DE PREVIDÊNCIA – A previdência dos servidores públicos passou a ter delineamento mais detalhado com as alterações introduzidas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998 (publicada no DOU de 16/12/1998), que implantou, em termos básicos, a *Reforma da Previdência*, alcançando todos aqueles que se dedicam ao exercício de atividades laborativas remuneradas. Posteriormente, outra reforma constitucional – implementada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, publicada no D.O.U. de 31/12/2003, e também considerada como ensejadora da "*reforma da previdência"*, expressão já anteriormente empregada quando da E.C. 20/98 – introduziu novas modificações relacionadas ao sistema previdenciário dos servidores públicos.

São dois os regimes de previdência hoje previstos na Constituição, os quais, embora apresentem pontos de convergência em alguns aspectos, com vistas à obtenção da maior uniformidade possível, têm fisionomia e destinatários próprios. O primeiro tem a disciplina prevista nos arts. 201 e 202, sendo aplicáveis aos

trabalhadores em geral, pertencentes em regra à iniciativa privada e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho; o segundo se encontra no art. 40 e seus parágrafos, destinando-se especificamente aos servidores públicos efetivos, regidos pelos respectivos estatutos funcionais.[1921]

Os dispositivos do primeiro conjunto normativo constituem o *regime geral da previdência social*, ao passo que os do segundo formam o *regime previdenciário especial* dos servidores públicos efetivos. Por exceção, limitada esta a alguns poucos casos, a Constituição manda aplicar supletivamente o regime geral da previdência a determinadas situações enquadradas no regime do servidor estatutário. É o que consta no art. 40, § 12, da CF, introduzido pela referida EC 20/98, pelo qual o regime previdenciário dos servidores públicos *"observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social"*.

Como os servidores públicos em geral podem enquadrar-se num ou noutro regime, dependendo da natureza do vínculo de trabalho com o Poder Público, é necessário identificar primeiramente a *categoria funcional* em que se localiza o servidor para que se verifique qual o regime jurídico que vai regular os benefícios previdenciários a que faz jus.

O regime jurídico da previdência dos *servidores públicos estatutários e efetivos*, que são a grande massa dos agentes administrativos, é o *regime previdenciário especial*, encontrando-se sua disciplina no art. 40 e parágrafos da CF. São regras específicas por terem como destinatários servidores com situação funcional própria: devem ser *estatutários e efetivos*. Significa dizer que essa disciplina abrange os servidores que sejam não somente regidos pelos estatutos funcionais, mas também que ocupem cargo público de provimento efetivo. Ambos são requisitos necessários e cumulativos.

A regulamentação desse regime foi fixada pela Lei nº 9.717, de 27/11/1998, que a ele se referiu como *regimes próprios de previdência social dos servidores públicos,* denominação que substituímos pela expressão *regime previdenciário especial*, que nos parece mais apropriada, para distingui-lo do regime *geral* da previdência social, tal como está assentado na Constituição. O referido diploma estabelece as regras básicas do regime e abrange os servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, ainda, os militares dos Estados e do Distrito Federal. Em relação à citada lei, é importante destacar que, embora federal, se constitui de

normas gerais de aplicabilidade a todas as pessoas federativas por força do que dispõe a Constituição a respeito. Por conseguinte, todas deverão observar suas regras e estarão impedidas de criar outras normas em desacordo com os parâmetros gerais que estabelece; sua atuação visará apenas a suplementar as regras expressas na lei federal para atender a suas peculiaridades específicas.

Não custa observar que as entidades públicas não poderão adotar mais de um regime previdenciário especial (próprio) para os servidores titulares de cargos efetivos; significa que o conjunto de normas previdenciárias da pessoa federativa deverá abranger todos os servidores efetivos, sem distinções relacionadas a esta ou aquela categoria funcional. Por outro lado, a Constituição também impõe a existência de apenas uma *unidade gestora* do respectivo regime em cada uma daquelas entidades, exigência que consiste na atribuição de competência específica a órgão ou pessoa administrativa determinada para desempenhar a atividade de gestão dos variados componentes do regime, como arrecadação das contribuições, recursos financeiros, pagamentos de benefícios etc. Vigora, assim, o *princípio da unicidade* de regime e gestão do sistema previdenciário, como emana do art. 40, § 20, da CF, com a redação da EC 41/2003.[1922]

Diversamente, os servidores públicos trabalhistas e os servidores públicos temporários têm sua previdência enquadrada no regime geral da previdência social, previsto nos arts. 201 e 202 da CF, aplicável aos trabalhadores em geral da iniciativa privada, regidos pela legislação trabalhista. Por outro lado, a EC nº 20/98 inovou em relação aos servidores ocupantes *apenas* de cargos em comissão, os quais, embora sujeitos a regime estatutário, terão agora, para sua aposentadoria, a incidência das regras do regime geral da previdência. É o que estabelece o art. 40, § 13, da CF, introduzido pela referida Emenda:

> *"Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social".*

Em que pese a clareza da norma, há entendimento no sentido de que o servidor ocupante de cargo em comissão, se já é aposentado pelo regime estatutário, deveria contribuir para o regime previdenciário especial, e não para o regime geral,

invocando-se como fundamento o fato de que aposentado daquela natureza ainda continua vinculado ao Poder Público.[1923] O argumento é totalmente equivocado: a uma, porque não há mais qualquer vínculo funcional entre o aposentado e o Estado, já que a aposentadoria faz cessar o vínculo estatutário; a duas, porque a investidura nessa hipótese é nova, vale dizer, instaura-se outra relação funcional sem qualquer relação com a anterior; e a três, porque a Constituição nada ressalvou nesse sentido. Assim, se um servidor aposentado vem a ocupar exclusivamente cargo em comissão, deve contribuir para o regime geral da previdência social, independentemente do regime jurídico sob o qual se aposentou anteriormente.

Em síntese, temos como concluir que, pelo texto constitucional, o regime geral da previdência social, no qual estão a aposentadoria e as pensões, abrange três categorias de servidores:

1) os servidores estatutários ocupantes apenas de cargo em comissão;
2) os servidores trabalhistas; e
3) os servidores temporários (referidos no art. 37, IX, da CF).

Em consequência, reger-se-ão pelo regime previdenciário especial apenas os servidores públicos estatutários que ocupem cargos efetivos. Embora a Carta constitucional não tenha sido expressa a respeito, sujeitam-se também ao referido regime os ocupantes de cargos vitalícios, estando, porém, a disciplina básica nos respectivos capítulos constitucionais.

Em relação aos servidores estatutários ocupantes de cargo em comissão, vale a pena, diante do novo mandamento constitucional, lembrar que o termo *"exclusivamente"* tem que ser interpretado no sentido de que o servidor não integra o quadro funcional permanente e foi guindado diretamente ao cargo de confiança. A norma não se aplica, portanto, a servidores que, *sendo titulares de cargos efetivos*, venham a ocupar *eventualmente* cargos em comissão. Tais servidores são do quadro permanente, e o exercício do cargo em comissão não lhes retira o direito ao cargo efetivo de que são titulares; mesmo exercendo *exclusivamente* o cargo em comissão (até porque lhes é vedada a acumulação), seu cargo efetivo fica à sua disposição, aguardando seu retorno. Sendo assim, sujeitar-se-ão normalmente ao regime

previdenciário especial.

No que concerne aos servidores públicos estatutários efetivos, vale consignar que o benefício da aposentadoria poderá sujeitar-se a uma ou outra regra diversa conforme o regime jurídico-funcional a que estejam submetidos, mas o estatuto constitucional é que é o básico e a eles devem logicamente submeter-se todas as leis funcionais. Desse modo, a competência dos estatutos funcionais limitar-se-á a suplementar as regras do estatuto constitucional, sem, todavia, desnaturá-las, sob pena de serem elas inconstitucionais. Na verdade – é oportuno destacar – pouco espaço sobrou para que os estatutos funcionais possam criar regras específicas sobre previdência, tal a minuciosa disciplina introduzida pelas EC nº 20/98 e 41/2003, que reformaram o sistema previdenciário.

Averbe-se, ainda, que a obrigatoriedade do pagamento das contribuições não abrange todos os benefícios da seguridade social, que são a previdência social, a assistência social e a saúde (art. 194, CF). Alcança apenas as duas primeiras; a contribuição para assistência médica, odontológica etc. só pode ter natureza facultativa. Se a lei a institui como obrigatória, estará maculada de inconstitucionalidade, como já se decidiu acertadamente.[1924]

CONTRIBUTIVIDADE E SOLIDARIEDADE – Não há a menor dúvida de que os benefícios previdenciários são, como regra, caracterizados pela *onerosidade*, o que significa que sua concessão implica utilização de recursos públicos, normalmente vultosos em face do quantitativo de beneficiários. Sendo assim, é natural que tais benefícios devam refletir a contraprestação pelos valores que o servidor vai paulatinamente pagando a título de contribuição.

Por essa razão, a Constituição foi bem clara ao estabelecer, para os servidores públicos, "*regime de previdência de caráter contributivo*", de forma a ser preservado o equilíbrio financeiro e atuarial, como consta no art. 40, *caput,* da CF, com a redação da EC nº 20/98. O sentido da norma constitucional apresenta dois aspectos inafastáveis. Em primeiro lugar, ter-se-á que observar o sistema da *contributividade*, a indicar que os servidores, como futuros beneficiários, devem ter o encargo de pagar contribuições paulatinas e sucessivas no curso de sua relação de trabalho. Depois, será também necessária a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, de forma que haja a maior correspondência possível entre o ônus da contribuição e o valor

dos futuros benefícios. Tais cálculos não resultam de trabalho jurídico, mas sim de projeções técnicas levadas a efeito pela ciência atuarial. A Lei nº 9.717/98, aliás, exige expressamente que os regimes previdenciários sejam baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, visando a garantir o equilíbrio financeiro e atuarial, e relaciona várias ações a serem adotadas para alcançar esse objetivo (art. 1º).

O equilíbrio financeiro tem direta correlação com *o custeio* dos benefícios previdenciários. O custeio dos benefícios deve corresponder ao volume de recursos arrecadados dos contribuintes, evitando-se qualquer tipo de excesso: nem tais recursos devem propiciar excesso de *superavit,* porque isso representaria ônus desnecessário para o contribuinte, nem devem ser tão escassos que acabe acarretando dispêndio suplementar para o erário público, elevando ainda mais o já indesejável *deficit* público. Daí ser inteiramente aplicável, também para a previdência especial dos servidores, a regra pertinente ao regime geral de previdência:

> *"Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*".[1925]

A Constituição autoriza Estados, Distrito Federal e Municípios a instituírem contribuição de seus servidores com a finalidade de custear o respectivo regime previdenciário especial (próprio), regulado no art. 40 da CF (art. 149, § 1º, com a redação da EC 41/2003). Estabeleceu, no entanto, que a alíquota a ser instituída não pode ser inferior à fixada pela União para seus servidores titulares de cargos efetivos. A norma causa certa estranheza, motivo pelo qual alguns a consideram inconstitucional por violar o princípio da autonomia dos entes federativos (art. 18, CF). Com efeito, nenhuma razão plausível existe para que estes não tenham o poder de fixar suas próprias alíquotas visando à contribuição dos servidores. Parece-nos, contudo, que o caso não é de inconstitucionalidade, eis que, a nosso ver, a norma não ofende nenhuma cláusula imutável (cláusula pétrea) prevista no art. 60, § 4º. A opção do Constituinte é que não se nos afigura razoável; a definição da alíquota, na verdade, deveria caber a cada ente federativo, que o faria atendendo a suas próprias peculiaridades e em respeito à sua própria autonomia.

Na esfera federal, foi a Lei nº 9.783, de 28.1.99, que inicialmente dispôs sobre a contribuição dos servidores públicos para o custeio do regime previdenciário

especial. Essa lei foi revogada pela Lei nº 10.887, de 18.6.2004, que, regulando idêntica matéria, adaptou a legislação infraconstitucional às novas normas introduzidas pela EC 41/2003, mantendo, contudo, algumas disposições da lei revogada. A contribuição do servidor ativo continua sendo de onze por cento (art. 4º), estando a União, suas autarquias e fundações obrigadas a contribuir com o dobro da contribuição do servidor ativo (art. 8º).

De outro lado, a contribuição do servidor incide sobre todos os seus ganhos, neles incluídas as vantagens pecuniárias permanentes, os adicionais de caráter individual e outras vantagens de caráter remuneratório (art. 4º, § 1º). A lei vigente, porém, excluiu da base de incidência: a) as diárias para viagens; b) a ajuda de custo por mudança de sede; c) a indenização de transporte; d) o salário-família; e) o auxílio-alimentação; f) o auxílio-creche; g) as parcelas pagas em razão do local de trabalho; h) a parcela recebida pelo exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; i) o abono de permanência (art. 40, § 19, CF, e arts. 2º, § 5º, e 3º, § 1º, da EC 41/03).[1926]

No que se refere aos servidores inativos, a lei anterior (Lei nº 9.783/99) não só previa contribuições previdenciárias diferenciadas conforme a faixa remuneratória do servidor, como também impunha a contribuição de servidores inativos. O STF, contudo, em ação direta de inconstitucionalidade, suspendeu, em medida cautelar, a eficácia de tais dispositivos.[1927]

A EC 41/2003, entretanto, trouxe algumas alterações no sistema, na parte que diz respeito à contribuição dos inativos.

Premido pelo flagrante (e óbvio) déficit acumulado no sistema previdenciário, notadamente o dos servidores públicos, o governo federal, ávido por recursos financeiros, diligenciou junto ao Congresso para a instituição de novas normas sobre a matéria a serem insculpidas na Constituição, e essas normas originaram a referida EC 41.

Um dos pontos alterados diz respeito à contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. Quando o STF, em julgamento cautelar, suspendeu a eficácia do dispositivo da Lei nº 9.783/99 que previa a contribuição de inativos e pensionistas, adotou, como fundamento, a circunstância de que a EC 20 deveria ter fixado *"a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das*

pensões", e que, além disso, o art. 40, *caput*, da CF, se referia unicamente aos *servidores titulares de cargos efetivos*, com o que estariam excluídos aposentados e pensionistas. [1928]

A EC 41/2003, contudo, supriu a ausência do suporte jurídico constitucional apontado pelo STF mediante a introdução de dois aspectos fundamentais.

Primeiramente, fez incluir no texto do art. 40, *caput*, da CF, que o regime de previdência dos servidores há de ser contributivo *e solidário*. A solidariedade em relação ao regime está a indicar que a contribuição previdenciária não se destina apenas a assegurar benefício ao contribuinte e à sua família, mas, ao contrário, assume objetivo também de *caráter social*, exigindo-se que pessoas já beneficiadas pelo regime continuem tendo a obrigação de pagar a contribuição previdenciária, agora não mais para o exercício de direito próprio, mas sim em favor do sistema do qual são integrantes, ainda que já tenham conquistado seu direito pessoal. É exatamente nesse aspecto, em que o contribuinte socorre o sistema, que se deve entender ser *solidário* o regime de previdência.

Demais disso, o Constituinte deixou claro que as contribuições previdenciárias devem ser efetuadas pela pessoa federativa, pelos servidores ativos, pelos inativos e pelos pensionistas, sempre visando à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de previdência. Por conseguinte, a EC 41 ampliou o universo de contribuintes, colmatando, desse modo, a lacuna anterior deixada pela EC 20/98, como decidira a mais alta Corte do país.

Regulamentando a inovação constitucional, a já citada Lei nº 10.887/04 fixou em onze por cento a contribuição dos aposentados e pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, considerando-se como base de incidência o valor dos proventos e pensões que superem o limite máximo definido para os benefícios do regime geral de previdência social (art. 5º). A regra se aplica às aposentadorias e pensões concedidas de acordo com os critérios do art. 40, da CF e dos arts. 2º e 6º, da EC 41/2003. No caso de aposentados e pensionistas que já estavam em gozo de seus benefícios à época da promulgação da EC 41, a contribuição será de onze por cento sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder a 60% do limite máximo estabelecido para os benefícios previdenciários (art. 6º).

Ainda assim, todavia, tem havido entendimentos no sentido de que se afigura

inconstitucional a imposição da contribuição previdenciária a inativos e pensionistas através de emenda constitucional, e isso sob o fundamento de que a obrigação retrataria verdadeiro tributo sem causa, contrariando o postulado segundo o qual as contribuições só são legítimas enquanto causais, isto é, vinculadas a contraprestação futura em favor do contribuinte, como a aposentadoria remunerada e a pensão à família do servidor falecido.[1929] Outros sustentam que a vedação para impor a contribuição se limitaria apenas aos já aposentados e pensionistas, por serem eles titulares de situação definitivamente constituída e insuscetível de gravames ulteriores, sendo, portanto, inconstitucional a norma do art. 4º da EC 41, que a eles se refere.

Em que pese a grande autoridade de alguns juristas que perfilham tal linha de pensamento, ousamos divergir de seus fundamentos e conclusões. O argumento de que haveria tributação sem causa cede terreno à instituição do *regime de previdência solidário* implantado pela EC 41, como vimos acima, regime esse que não se caracteriza como causal individual, mas sim como *causal social*. Também não nos parece acertada a salvaguarda dispensada aos atuais aposentados e pensionistas, e isso porque, conforme já inúmeras vezes reconhecido, inexiste direito adquirido a regime jurídico futuro e, se não há, nenhuma ilicitude existirá na imposição contributiva introduzida pela aludida Emenda. É claro que há um desconforto no seio social sobre tal imposição; de outro lado, é razoável reconhecer que não foi uma solução jurídica adequada e justa para resolver a antiga e repugnante má gestão do sistema de previdência. Uma coisa, porém, é a infelicidade da solução implantada, e outra, inteiramente diversa, é considerá-la inconstitucional, julgamento que, a nosso ver, tem maior componente emocional do que jurídico.[1930]

CONTRIBUIÇÕES E BENEFÍCIOS – De acordo com as alterações processadas pela EC 41/2003, é mister, para cálculo das contribuições previdenciárias, classificar os servidores ativos, inativos e pensionistas em dois grupos: o primeiro, relativo àqueles que vierem a ostentar tais situações jurídicas a partir da EC 41, e o segundo, àqueles que já as possuíam antes da promulgação da Emenda.

Em relação às *situações jurídicas novas*, isto é, as referentes àqueles que passaram

a ser servidores, aposentados ou pensionistas após a Emenda, ficou estabelecido que os servidores ativos contribuirão com o percentual fixado em lei (atualmente onze por cento), conforme estabelecido no art. 40, § 3º, da CF, incidente sobre a remuneração máxima admitida como base de contribuição. Conquanto não seja um primor de clareza, o dispositivo parece ter estabelecido, como limite máximo da base de cálculo para contribuição dos servidores, a remuneração de R$ 2.400,00, fixada no art. 5º da EC 41/2003 para os empregados do setor privado submetidos ao regime geral de previdência social previsto no art. 201, da CF.[1931] Adotou-se, pois, para os servidores públicos o mesmo critério que já vinha sendo utilizado para aqueles trabalhadores, ou seja, em virtude da fixação de um *teto de contribuição,* os servidores terão que sujeitar-se também a um *teto de benefícios*.

A norma aplicável aos novos aposentados e pensionistas tem abrigo no art. 40, § 18, da CF, acrescentada pela EC 41. Segundo tal dispositivo, a contribuição terá o mesmo percentual fixado para os servidores ativos, mas incidirá sobre os proventos de aposentadoria e pensões que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência a que se refere o art. 201 da CF, acima mencionado. Consequentemente, se o provento ou a pensão corresponder a importância inferior àquele limite, nenhuma contribuição será descontada do beneficiário.

Contudo, o art. 40, § 21, da CF, com a redação dada pela EC nº 47, de 5.7.2005, alterou essa regra geral, criando exceção em favor do servidor que, na forma da lei, seja portador de *doença incapacitante*. Nessa hipótese, a contribuição incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e pensão que *superem o dobro* do limite máximo fixado para os benefícios do regime geral de previdência, previsto no art. 201, da Constituição. Por conseguinte, será mais elevada a faixa remuneratória isenta da contribuição.

No que concerne às *situações jurídicas pretéritas*, isto é, às anteriores à EC 41/2003, continua sendo aplicável, para os servidores ativos, a lei na qual se fixou o percentual de sua contribuição previdenciária. Aqui, portanto, nenhuma inovação, cabendo somente esclarecer que no caso se trata dos servidores ativos que ainda não tinham adquirido o direito à aposentadoria ou à pensão aos dependentes.

Para os servidores inativos e pensionistas que, antes da EC 41, já vinham fruindo seus benefícios, ou para os servidores ativos que já haviam reunido os

elementos necessários à aquisição desse *status*, incide o art. 4º da mesma Emenda, tendo-lhes sido imposta a contribuição para o custeio do sistema previdenciário em percentual igual ao fixado para os servidores titulares de cargos efetivos. A diferença reside apenas na base de cálculo: enquanto para os servidores ativos, o percentual incide sobre sua remuneração normal, para inativos e pensionistas a contribuição só tem incidência sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder a 50% do limite máximo fixado para o regime geral de previdência, se se tratar de beneficiários dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou a 60%, no caso de beneficiários da União (art. 4º, parágrafo único, I e II, EC 41).

Tais contribuições, no entanto, somente incidem sobre benefícios relativos aos sistemas previdenciários de natureza pública e de filiação compulsória. Por conseguinte, não podem ser cobradas quando se trata de proventos ou pensões especiais resultantes de planos de natureza complementar, que ensejam filiação facultativa do servidor.[1932]

Tem sido suscitada questão a respeito de poder, ou não, incidir a contribuição previdenciária sobre a remuneração percebida pela investidura em cargos em comissão e exercício de funções gratificadas. Alega-se que tais valores não seriam computados para fins de fixação dos proventos da aposentadoria ou pensão. Em nosso entender, tal argumento constitui inequívoco desvio de perspectiva. O sistema da contributividade não implica o direito à percepção futura de valores rigorosamente idênticos aos percebidos na atividade. Importa, isto sim, o direito subjetivo *a futuros direitos previdenciários*, na forma que lei estabelecer. O fato gerador da contribuição é tão-somente a remuneração auferida na atividade, independentemente do que o servidor venha a auferir no futuro a título de proventos. Tanto o fato é verdadeiro que, se o contribuinte auferiu rendimentos mais elevados no início de sua vida profissional, e no final dela passou a ganhar importância menor, os proventos serão calculados com base nesta última, sem considerar o vencimento mais elevado inicial, vencimento, aliás, que servira de base para a contribuição previdenciária àquela época.[1933] Portanto, se a lei prevê o desconto, incidirá a contribuição sobre as referidas parcelas. Avulta observar, aliás, que, diante da nova caracterização inserida pela EC 41/2003, de que o regime previdenciário é de caráter contributivo e *solidário*, parece-nos que a discussão sobre esse tema restou superada.

Sem embargo da viabilidade jurídica, em face do suporte constitucional, a Lei nº 10.887/04 excluiu da base de incidência das contribuições a parcela percebida em decorrência de exercício de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 4º, § 1º, VIII), mas permitiu que o servidor optasse pela inclusão da mesma parcela na base de cálculo sobre a qual incide a contribuição (art. 4º, § 2º). Se fizer semelhante opção, o cálculo do benefício levará em consideração a referida parcela, mas, de qualquer modo, deverá ser observada a limitação prevista no art. 40, § 2º, da CF (proventos e pensões não podem exceder a remuneração do servidor ou do inativo que deu origem aos benefícios).

Quanto ao denominado *"abono" de férias*, contemplado no art. 7º, XVII, da CF, e estendido aos servidores pelo art. 39, § 3º, da CF, trata-se, em nosso entender, e sem embargo de alguma hesitação a respeito, de parcela de evidente *caráter remuneratório*. Quando a Constituição se refere ao "*gozo de férias anuais remuneradas*", indica que o salário ou o vencimento do respectivo mês terá valor mais elevado (de, no mínimo, um terço), e, portanto, diferenciado do percebido nos demais meses do ano. Sendo assim, sobre o montante remuneratório deve incidir a contribuição previdenciária, incluindo-se o pertinente valor no cálculo da média a ser obtida com vistas à fixação dos proventos.[1934]

Urge ressaltar, ainda, que a contribuição previdenciária tem como base cálculo as *parcelas remuneratórias* percebidas pelo servidor, aposentado ou pensionista, e assim mesmo com as restrições já vistas. Por via de consequência, não incide sobre *parcelas indenizatórias* (diárias, ajudas de custo, auxílio alimentação etc), visto que estas não são consideradas para futuros benefícios previdenciários.

FUNDOS PREVIDENCIÁRIOS – Sensível ao problema da despesa pública resultante do pagamento de proventos de aposentadoria e de pensões a servidores e seus familiares, a EC nº 20/98 acrescentou à CF o art. 249, prevendo a possibilidade de constituição de *fundos previdenciários*, formados pelos recursos oriundos das contribuições regulares e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, com vistas a assegurar o pagamento desses benefícios previdenciários, em complementação aos recursos do próprio erário.

Diz o novo dispositivo que os citados fundos deverão ser constituídos *"mediante lei"*, que disporá sua natureza e administração. A lei, no caso, é a Lei nº

9.717/98, que, em seu art. 6º, fixa as regras gerais a serem adotadas no caso de constituição dos fundos, sendo ela de observância por todos os entes federativos. [1935] A instituição dos fundos, porém, e a disciplina complementar ficarão a cargo de *lei promulgada pela pessoa federativa instituidora*, não somente em razão de sua autonomia constitucional, como ainda porque as normas deverão atender às peculiaridades e às possibilidades de cada uma delas no trato da matéria. Desse modo, os fundos só poderão ser extintos por lei.[1936]

Os fundos previdenciários precisarão observar certos requisitos, enumerados na Lei nº 9.717/98. Primeiramente, deve ser-lhes atribuída autonomia financeira, e, em sua organização, devem possuir estrutura técnico-administrativa dotada de conselhos de administração e fiscal. Vedada é utilização dos recursos para empréstimos de qualquer natureza, inclusive para pessoas administrativas centralizadas ou não, como também só podem ser aplicados em títulos públicos do Governo Federal. A aplicação dos recursos deve observar os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional. A tentativa da lei é a de evitar a malversação dos recursos dos fundos pelas próprias autoridades administrativas, fato que, lamentavelmente, tem ocorrido em outras situações. Por essa razão, a lei reguladora atribui responsabilidade direta aos dirigentes da entidade gestora e aos integrantes dos conselhos administrativo e fiscal, sujeitando-os, inclusive, no que couber, ao regime repressivo previsto na Lei Complementar nº 109, de 29/5/2001, e legislação complementar (art. 8º).

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – A Constituição, após a EC nº 20/98, passou a contemplar o instituto da *previdência complementar* para os servidores públicos.[1937] Dessa maneira, pode admitir-se a existência de dois regimes de previdência complementar: um destinado aos servidores públicos titulares de cargos efetivos (art. 40, § 14, CF) e outro aos trabalhadores da iniciativa privada em geral (art. 202, CF). Em decorrência da distinção trazida pela Constituição, este último regime será o aplicável também a servidores públicos trabalhistas, servidores temporários (art. 37, IX, CF) e servidores estatutários titulares exclusivamente de cargos em comissão.

O motivo da instituição do regime da previdência complementar está no texto do art. 40, § 14, da CF. É que, com a criação desse regime, passou a admitir-se que

União, Estados, Distrito Federal e Municípios possam fixar limite máximo de valor como base para as contribuições previdenciárias normais e, por consequência, para o pagamento de benefícios, como proventos de aposentadoria e pensões. Por conseguinte, o servidor não mais perceberá tais benefícios com o mesmo valor da remuneração que lhe era paga quando em atividade, o que tradicionalmente ocorria. Se desejar perceber proventos e pensões com o mesmo valor, ou valor aproximado ao do serviço ativo, terá que integrar também o regime da previdência complementar e, como é evidente, pagar as respectivas contribuições. É o mesmo sistema, portanto, que sempre foi adotado para os empregados sujeitos ao regime geral de previdência social.

Quando a EC 20/98 introduziu o instituto na Constituição, era exigida a edição de lei complementar para traçar as normas gerais relativas à sua instituição. Com a promulgação da EC 41/2003, a Constituição passou a admitir que a instituição do regime seja processada por *lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo*, como emana do art. 40, § 15, daí inferindo-se que a disciplina será estabelecida por *lei ordinária*. Note-se, porém, que a referida lei deverá observar, no que for cabível, as mesmas normas aplicáveis ao regime geral da previdência social, estabelecidas no art. 202 e parágrafos da CF, de forma que, no que concerne aos elementos básicos, ambos os regimes de previdência complementar guardarão uniformidade disciplinadora.

Por ser da iniciativa do Poder Executivo da respectiva entidade federativa a lei disciplinadora do regime, não pode o processo legislativo ser deflagrado pelos demais Poderes ou pelo Ministério Público, o que significa que os projetos de lei acerca da matéria devem originar-se do Presidente da República, Governadores ou Prefeitos, eis que se trata, na espécie, de *iniciativa privativa* (ou reservada). Em relação à reserva para tal iniciativa, existem entendimentos no sentido de que a norma do art. 40, § 15, estamparia intromissão inconstitucional de um Poder em outro, resultando na violação ao art. 2º da CF.[1938] Não comungamos, *concessa venia*, com tal pensamento. A independência dos Poderes não impede que, para certas matérias, a Constituição atribua iniciativa privativa das leis ao Chefe do Executivo, ainda que as normas incidam sobre os demais Poderes. É o caso, por exemplo, da iniciativa do Presidente da República para as leis que disponham sobre regime jurídico dos servidores públicos, as quais abrangem todos os servidores, seja qual

for o Poder a que pertençam (art. 61, § 1º, II, "c", CF). O que importa, isto sim, é a previsão constitucional; se expressa a respeito, como na hipótese em foco, nenhuma inconstitucionalidade haverá.

Todavia, é preciso distinguir. Para regular, de forma genérica, o regime de previdência complementar, como sistema autônomo diverso da previdência oficial, necessária será a *lei complementar*, nos termos do art. 202, da CF, também aplicável à previdência complementar dos servidores efetivos por força do art. 40, § 15, da CF. Tal regulação já se perpetrou através das Leis Complementares nºs 108, de 29/5/2001, que dispõe sobre a relação entre as pessoas federativas e da administração indireta e as respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e 109, de 29/5/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar. Adota-se, assim, para tais regras gerais, o sistema de *unidade normativa*. A *lei ordinária* a que se refere o art. 40, § 15, a seu turno, visa a implantar o regime de previdência complementar na respectiva entidade estatal. Aqui, portanto, o sistema será o de *pluralidade normativa*, ou seja, necessária será, para esse fim, uma lei ordinária para cada pessoa da federação.

Dispõe, ainda, o mesmo art. 40, § 15, que o novo regime será gerido por *entidades fechadas de previdência complementar*, de *natureza pública*, e que os planos de benefícios serão oferecidos apenas na modalidade de *contribuição definida*.

Entidades fechadas de previdência social são aquelas cujo acesso é permitido exclusivamente a empregados de uma empresa ou a servidores públicos de qualquer das pessoas federativas (ou das pessoas da administração indireta), sendo essas entidades denominadas de *patrocinadores*, ou a associados ou membros de entidades profissionais, classistas ou setoriais, denominadas de *instituidores*.[1939] A exigência desse tipo de entidade para a previdência complementar dos servidores públicos já era prevista no art. 202, § 4º, da CF, e com base nesse dispositivo é que foi editada a Lei Complementar nº 109/2001, que o regulamentou.

Diz, ainda, a Constituição que tais entidades deverão ser de *natureza pública*. Sendo plurissignificativa tal expressão, urge perscrutar o que pretendeu dizer o mandamento constitucional ao empregá-la. Segundo dispõe a Lei Complementar nº 108/2001, as entidades fechadas de previdência complementar devem organizar-se sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (art. 8º). A expressão *"sociedade civil"* não mais se compatibiliza com o sistema adotado no novo

Código Civil, que divide as sociedades em dois grandes grupos: as *sociedades empresárias* e as *sociedades simples* (art. 982). Como aquelas se caracterizam pelo fato de exercerem atividade típica de empresário, evidentemente com fins lucrativos,[1940] só se pode entender que as entidades de previdência terão que enquadrar-se como sociedades simples. Parece, pois, que a qualificação de "natureza pública" mencionada na lei não indica que a pessoa deva ter personalidade jurídica de direito público, o que só seria admissível para as fundações (mas não para as sociedades simples, de típica formação do direito privado); significa, ao revés, que a entidade tem a gestão de recursos públicos e visa a atividade de interesse público (previdenciária), circunstâncias que criam a necessária obrigação de controle por parte das entidades públicas.

Por fim, impõe o art. 40, § 15, da CF, que os planos de benefícios a cargo das entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos deverão ser adotados na modalidade de *contribuição definida*, vale dizer, aqueles em que o valor do benefício é determinado pelo montante das contribuições de cada participante. [1941]

Há, no entanto, uma ressalva em relação aos servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do respectivo regime de previdência complementar. No que concerne a tais servidores, somente serão enquadrados no novo sistema se houver sua prévia e expressa opção (art. 40, § 16, introduzido pela EC nº 20/98). Significa dizer que, para ser expressa, deverá ser exigível a *formalização* da opção e, para ser prévia, não será necessário que a opção do servidor seja feita antes da implantação do regime, mas sim *antes de aderir à sua inclusão no sistema.*

As entidades privadas de previdência, como regra, não ostentam grau de credibilidade no seio da população. Tal fato se deve ao desaparecimento de várias dessas entidades, algumas vezes provocando grande prejuízo a seus filiados e contribuintes e sem que os responsáveis tenham sido devidamente punidos. Portanto, servidores e empregados olham com certa desconfiança para essas pessoas previdenciárias, e o fazem com razão: a uma, porque estarão pagando contribuição; a duas, porque se trata de benefício a ser fruído no futuro, o que sempre causa certo temor diante de certas instabilidades a que está acostumado nosso país. Cumpre às autoridades governamentais, portanto, exercer rigoroso

controle sobre as referidas entidades, não podendo ser esquecido que está em jogo verdadeira poupança pública; eventual omissão do Poder Público pode causar efeitos desastrosos e, certamente, irreversíveis.[1942]

5.2. Aposentadoria

CONCEITO – Aposentadoria é o direito, garantido pela Constituição, ao servidor público, de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos.

A aposentadoria é um fato jurídico-administrativo que precisa se formalizar através de um ato administrativo da autoridade competente. Esse ato sujeita-se à apreciação do Tribunal de Contas, a quem incumbe verificar a sua legalidade diante da efetiva consumação do suporte fático do benefício (art. 71, III, CF).

Lavra funda divergência a respeito da *natureza jurídica* do ato de aposentadoria. Para alguns, trata-se de *ato complexo* formado pela manifestação volitiva do órgão administrativo somada à do Tribunal de Contas.[1943] Não nos parece correto semelhante pensamento. Cuida-se, com efeito, de atos administrativos diversos, com conteúdo próprio e oriundo de órgãos administrativos desvinculados entre si. No primeiro, a Administração, verificando o cumprimento dos pressupostos normativos, reconhece ao servidor o direito ao benefício da inatividade remunerada; no segundo, a Corte de Contas procede à apreciação da legalidade do ato para fins de registro (art. 71, III, CF), o que o caracteriza como ato de controle *a posteriori*.[1944] A jurisprudência mais atual vem consolidando tal entendimento.[1945]

Quando é a Administração que, indeferindo o pedido, denega a concessão da aposentadoria, o interessado, no caso de irresignação, deve interpor o recurso administrativo ou promover a ação judicial em face da própria pessoa administrativa; tratando-se de mandado de segurança, será este impetrado contra o agente administrativo responsável pela denegação do benefício, atribuindo-se-lhe, portanto, a qualidade de autoridade coatora. Contrariamente, se a Administração concede a aposentadoria e o Tribunal de Contas não a aprova, recusando-se a registrar o ato concessivo, a coação passa a originar-se dessa Corte, e contra ela apenas deve o interessado, no caso do *mandamus*, pleitear a correção de eventual nulidade do ato de recusa.[1946]

Como consequência da diversidade dos referidos atos, a Administração – pelo autocontrole – ou o Tribunal de Contas – pelo controle externo – submetem-se ao prazo de cinco anos para anular ou alterar o ato de aposentadoria impondo gravame ao aposentado; não o fazendo, consuma-se a decadência em favor deste, tornando-se imutável o ato.[1947] A conclusão decorre da aplicação do *princípio da segurança jurídica* e de seu corolário, o *princípio da proteção à confiança*, em ordem a evitar-se que o aposentado fique eternamente à mercê de decisão desfavorável do Poder Público. De fato, seria um absurdo que o servidor já venha fruindo normalmente sua aposentadoria quando, dez anos depois, o Tribunal de Contas resolva considerar o ato inválido ou passível de alteração. A admitir-se tal possibilidade, estar-se-á premiando a inércia, a desídia e a ineficiência da Administração controladora em desfavor do interessado, que, afinal, confiou no ato concessivo do benefício; tratar-se-ia de uma desproteção à confiança e à segurança jurídica.[1948]

A solução para o tema divide os intérpretes. Para uns, após os cinco anos, a Corte de Contas tem que assegurar ao interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa, entendendo-se, contudo, ser necessário fixar prazo para tal apreciação, na melhor das hipóteses, de cinco anos. Para outros, o prazo seria decadencial, de modo que, inobservado, a Corte perderia o próprio direito à reforma do ato e a seu respectivo registro. Segundo um terceiro pensamento, não haveria base para fixação de prazo, considerando-se que só com o registro o ato de aposentadoria se aperfeiçoa.[1949] Em nosso entendimento, melhor se põe a segunda corrente, a única que efetivamente respeita o princípio da razoabilidade e da segurança jurídica, além de coibir a inaceitável e prolongada omissão administrativa.

Não se operando a decadência, tanto a Administração como a Corte de Contas podem invalidar ou alterar o ato de aposentadoria, inclusive, neste caso, o valor dos proventos quando tiver havido erronia administrativa no cálculo. Exige-se, não obstante, o atendimento ao *princípio do contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV, CF), permitindo-se ao interessado que se manifeste sobre o propósito da Administração. Há entendimento de que o aludido princípio só será exigível quando se tratar de alteração pretendida pelo órgão administrativo após a aprovação do ato pelo Tribunal de Contas.[1950] Ousamos discordar, *data venia*. Qualquer alteração de ato consumado que cause gravame para o interessado deve

ensejar a aplicação do postulado constitucional. Assim, se é a Corte de Contas que entende deva ser alterado o ato de aposentadoria, com prejuízo para o aposentado, a ela também compete convocar o interessado para manifestar-se sobre sua posição. Somente assim, haverá a necessária transparência na atividade administrativa e o respeito ao princípio da segurança jurídica.

O instituto da aposentadoria, como um dos principais benefícios do regime previdenciário, tem sofrido algumas profundas alterações no quadro normativo da Constituição, alterações que descaracterizaram sua fisionomia tradicional. As Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003, ambas conhecidas como da *"reforma da previdência"*, introduziram diversas inovações no sistema, passando a alcançar a situação jurídica tanto dos servidores públicos, regidos pelos respectivos estatutos funcionais, como os empregados da iniciativa privada, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e leis trabalhistas complementares.

A aposentadoria de que trataremos no tópico presente não se confunde com a *aposentadoria punitiva* (ou *sancionatória*): aquela se caracteriza como benefício previdenciário e tem por suporte principal o tempo de contribuição do servidor; esta, ao contrário, tem a natureza jurídica de sanção funcional. O efeito, porém é o mesmo: ocorrendo qualquer delas, extingue-se a relação jurídica estatutária e o cargo fica vago. Por outro lado, é legítimo que a aposentadoria voluntária seja convertida em aposentadoria compulsória, quando os ilícitos funcionais foram cometidos ainda durante o serviço ativo, devidamente apurados em processo administrativo.[1951] Hipóteses de aposentadorias punitivas são previstas nos arts. 93, VIII, e 130-A, § 2º, III (aquele, alterado, e este, introduzido pela E.C. 45/2004), ambas retratando sanções aplicáveis, respectivamente, a magistrados e membros do Ministério Público. O instituto tem sofrido duras (e justas) críticas, sendo considerado privilégio injustificável, porquanto permite que o punido, a despeito de ter praticado ilícito gravíssimo, continue a perceber sua remuneração, o que não ocorre com a demissão aplicada aos demais servidores públicos.

Examinaremos, a seguir, como está delineado o regime da aposentadoria para os servidores públicos.

REGIME JURÍDICO – O primeiro ponto a considerar é que o benefício da aposentadoria, como decorrente do regime previdenciário, varia conforme a

categoria funcional do servidor.

Assim, as regras sobre aposentadoria constantes do art. 40 e seus parágrafos da Constituição incidem especificamente sobre os *servidores públicos estatutários titulares de cargos efetivos,* e isso porque, como vimos, são eles enquadrados no regime previdenciário especial. Em consequência, estará regulada pelas regras dos arts. 201 e 202 da CF, que constituem o regime geral de previdência social, a aposentadoria dos servidores *trabalhistas,* dos servidores *temporários* e dos servidores estatutários ocupantes *exclusivamente de cargos em comissão* (arts. 40, *caput, a contrario sensu*, e 40, § 13, da CF).

Nosso estudo cingir-se-á à análise da aposentadoria estatutária dos servidores efetivos, de maior pertinência ao Direito Administrativo.

Antes, porém, vale a pena consignar que algumas categorias funcionais específicas, que anteriormente tinham regras próprias para a aposentadoria, passaram a enquadrar-se nas regras do regime previdenciário especial previsto no art. 40 e parágrafos. É o caso dos magistrados e dos Ministros dos Tribunais de Contas, por força da nova redação dada aos arts. 93, VI, e 73, § 3º, da CF, pela EC nº 20/98. Os membros do Ministério Público, por sua vez, também passaram ao referido regime, já que pelo art. 129, § 4º, da CF, a eles se aplica, por remissão ao art. 93, VI, o regime adotado para os magistrados.

Não é errôneo, por fim, afirmar que, em termos de aposentadoria, o direito subjetivo do trabalhador em geral é o mesmo, diferindo apenas em algumas regras disciplinadoras da aquisição e do gozo do benefício, e é por esse motivo que a Constituição contempla os dois regimes previdenciários.

Ainda no que se refere ao regime jurídico, vale a pena acentuar que normas específicas sobre aposentadoria, editadas pelos entes federativos, devem ser formalizadas por *lei,* de *iniciativa privativa* do Chefe do Executivo, como assinala a Constituição (art. 61, § 1º, II, "c"). Conquanto direcionada à União, a norma aplica-se às demais entidades políticas pelo princípio da simetria.[1952]

MODALIDADES – A aposentadoria no regime previdenciário especial admite três modalidades:

a) voluntária;

b) por invalidez; e
c) compulsória.[1953]

A diferença entre elas reside na natureza dos suportes fáticos que geram o direito à aquisição do benefício.

A aposentadoria é *voluntária* porque, além dos requisitos a serem preenchidos, pressupõe a manifestação de vontade do servidor no sentido de passar à inatividade.

Sob o aspecto didático, pode-se dizer que há dois tipos de aposentadoria voluntária: uma *por tempo de contribuição* (que substituiu a antiga *por tempo de serviço*); outra *por idade*. Anteriormente, para fazer jus à primeira, o requisito era somente o cumprimento do tempo mínimo *de serviço*, independentemente de sua idade ou outro fator;[1954] para a segunda, o servidor deveria alcançar a idade de 65 anos, se homem, e 60, se mulher, independentemente de seu tempo de serviço.

A Constituição impõe que o servidor preencha alguns requisitos para adquirir o direito à aposentadoria voluntária, alguns deles introduzidos pela EC 20/98. Primeiramente, a antiga aposentadoria por tempo de serviço transformou-se em aposentadoria *por tempo de contribuição*.[1955] Desse modo, qualquer período considerado fictamente como tempo de serviço para outros fins não terá sua contagem computada para aposentadoria, a menos, é lógico, que haja a contribuição correspondente. Além disso, criaram-se novos requisitos: a *idade mínima do servidor*, *o tempo de efetivo exercício* e o *tempo de ocupação no cargo efetivo* no qual o servidor pretende aposentar-se. Por força de tais alterações, constantes do atual art. 40, § 1º, III, da CF, são quatro atualmente os requisitos, todos cumulativos, para que o servidor estatutário efetivo tenha direito à aposentadoria voluntária:

1) ter o servidor 35 anos *de contribuição*, se homem, e 30, se mulher;[1956]
2) ter a *idade mínima* de 60 anos, se homem, e 55, se mulher;
3) ter cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público; e
4) ter ocupado cargo efetivo por 5 anos.

Como depende basicamente da manifestação de vontade, a aposentadoria

voluntária – é bom relembrar – não exige que o servidor tenha que afastar-se para a inatividade; ao contrário, pode permanecer trabalhando normalmente, mesmo que reunidos os pressupostos para a aquisição do benefício. Para compensar os servidores em semelhante situação, a Constituição lhes confere o que denominou de *abono de permanência,* cujo valor equivale à importância da contribuição previdenciária que vinham regularmente descontando; sendo assim, o servidor, apto à aposentadoria voluntária e continuando em atividade, na prática fica isento da contribuição previdenciária, o que estampa, na prática, verdadeira elevação remuneratória indireta. O direito ao referido abono se estenderá até o momento em que o servidor atingir a idade-limite para a aposentadoria compulsória (art. 40, § 19, com a redação da EC 41/2003).

Observe-se que o texto constitucional fixou apenas *dois requisitos* para que o servidor faça jus ao abono de permanência: 1º) *ter preenchido as condições* para a aposentadoria voluntária; 2º) *optar por continuar em atividade.* Portanto, se já está percebendo o benefício e ingressa em nova carreira, continua normalmente a recebê-lo nesta última. É o caso, por exemplo, do membro do Ministério Público ou do advogado que ingressam na Magistratura pelo quinto constitucional: se já faziam jus ao benefício anteriormente, devem continuar a percebê-lo no respectivo Tribunal desde sua investidura.

A aposentadoria voluntária *por idade* não sofreu alteração. O único requisito para obtê-la, além obviamente da manifestação de vontade, consiste no fato de o servidor alcançar a idade de 65 anos, se homem, e 60, se mulher (art. 40, § 1º, III, "b", CF), embora perceba proventos proporcionais ao tempo de contribuição, como veremos adiante.

A aposentadoria *por invalidez* decorre da impossibilidade física ou psíquica do servidor, de caráter permanente, para exercer as funções de seu cargo. Neste caso, é fácil inferir que são irrelevantes a vontade do servidor ou os requisitos acima apontados para a aposentadoria voluntária. O servidor, uma vez devidamente comprovada a incapacidade, e sendo esta permanente, passa a ter direito à inatividade remunerada (art. 40, I, CF).

Cumpre salientar, por oportuno, que, dependendo da natureza do fato gerador, a aposentadoria por invalidez produz efeitos diversos quanto aos proventos. Para os *casos comuns* de invalidez permanente, o servidor perceberá

proventos proporcionais ao tempo de contribuição, sofrendo, constantemente, pesadas perdas em sua remuneração. Os proventos, porém, serão *integrais* no caso de a invalidez ser oriunda de *acidente em serviço* (incapacidade proveniente do exercício da função), de *moléstia profissional* (aquela pertinente à função) ou de *doença grave, contagiosa ou incurável,* na forma da lei. Nesta última hipótese, a invalidez não guarda relação com a função exercida pelo servidor, mas a enfermidade tem que estar expressamente relacionada na lei;[1957] por conseguinte, a relação, como regra, é taxativa *(numerus clausus)*, muito embora já se tenha decidido, corretamente a nosso ver, que pode haver doença que o legislador ainda não tenha incluído na referida relação, devendo-se, no caso, dar efetividade ao mandamento constitucional.[1958] Sem embargo dessa exigência, há leis previdenciárias que, além do rol expresso das doenças, permite que outra, não mencionada, seja submetida ao órgão previdenciário para analisar a possibilidade de também ser considerada grave, contagiosa ou incurável.[1959] Esse tipo de norma, a nosso ver, é digna de aplausos, porque não alija o servidor, de plano, da qualificação legal – fato que se reflete obviamente no cálculo dos proventos.

Por último, a aposentadoria *compulsória* é a que ocorre quando o servidor, independentemente do sexo, alcança a idade de 70 anos fixada na Constituição (art. 40, II, CF). Note-se que, frequentemente, o servidor, ao atingir essa idade, está em perfeitas condições de continuar executando normalmente as suas tarefas. Entretanto, ao fixar aquela idade, o mandamento constitucional instituiu, como suporte fático do benefício, uma presunção absoluta *(iuris et de iure)* de incapacidade do servidor, presunção essa que não cede à prova em contrário. Significa que, mesmo atingindo os 70 anos de idade em plenas condições de exercer sua função, o servidor não tem escolha: deverá ser aposentado compulsoriamente e, em consequência, afastado do serviço público.[1960]

Merece algumas observações o novo delineamento jurídico dispensado à aposentadoria dos magistrados, membros dos Tribunais de Contas e membros do Ministério Público. Anteriormente à EC 20/98, a aposentadoria voluntária dessas categorias era de natureza especial, já que o tempo máximo de serviço contado para o benefício era de trinta anos. Contudo, os dispositivos constitucionais que lhes garantiam essa regalia – os arts. 93, VI, 73, § 3º, e 129, § 4º, da CF – foram alterados, e neles passou a figurar a remissão ao art. 40, que é o que alinhava as

regras de aposentadoria para os servidores em geral. Significa dizer que os aludidos agentes, a despeito da relevância das funções que exercem, só podem aposentar-se atualmente mediante o preenchimento dos requisitos gerais exigidos para a obtenção do benefício, inclusive o tempo de contribuição, que será de 35 anos para o homem e de 30 para a mulher, no caso de aposentadoria voluntária.

Outro dos novos requisitos para a aposentadoria voluntária desses agentes consiste, como vimos, no desempenho por cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (art. 40, § 1º, III, CF). Diante disso, e considerando que a aposentadoria compulsória se dá com a idade de 70 anos, tem surgido a seguinte indagação: poderia o juiz ou o promotor de justiça, aprovado em concurso, ser nomeado para o cargo, tendo mais de 65 anos de idade, sabendo-se que será impossível cumprir o período mínimo de cinco anos no cargo?

O ponto central da análise há de considerar necessariamente o lugar em que se aloja essa exigência. Esta se encontra no bojo da norma que cuida da aposentadoria voluntária (art. 40, § 1º, III, CF), mas não está mencionada na norma que prevê a aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º, II, CF). Assim, examinada a questão do ângulo teórico-normativo, não há impedimento à investidura. Se é certo que não poderá aposentar-se voluntariamente no cargo, não é menos certo que poderá fazer jus à aposentadoria compulsória, ou ainda obter a aposentadoria voluntária em outro cargo ou emprego. Na prática, porém, dificilmente o indivíduo se submeterá a concurso tão severo, sem a perspectiva da aposentação com remuneração mais digna, como, de regra, é a auferida pelos juízes; é que, pela Constituição, a aposentadoria compulsória lhe dará direito apenas a proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Não obstante, há opiniões segundo as quais deve ser vedada a investidura se o candidato tiver mais de 65 anos de idade. Há, inclusive, norma nesse sentido em Constituição Estadual, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro, segundo a qual não haverá limite máximo de idade para a inscrição em concurso público, *"constituindo-se, entretanto, em requisito de acessibilidade ao cargo ou emprego a possibilidade de permanência por cinco anos no seu efetivo exercício"*.[1961] Por outro lado, alguns editais de concurso para a Magistratura e Ministério Público têm exigido que o candidato declare que não alcançou a idade de 65 anos até a data da inscrição. E se entre a inscrição e a posse vem a completar essa idade, tem-se-lhe impedida a investidura.

Essas exigências se afiguram inconstitucionais, porque na Constituição Federal não existe esse tipo de restrição no que concerne ao acesso aos cargos públicos (art. 37, I). E, se não há, não pode ser instituída em qualquer tipo de norma legal ou constitucional estadual.[1962]

O exame da questão em termos de acessibilidade aos cargos públicos em lugar da discussão sobre requisito para aposentadoria voluntária, diga-se de passagem, guarda coerência com a solução adotada para o caso de investidura direta de Ministros de Tribunais Superiores e de integrantes do denominado "quinto constitucional", a qual, por apresentar peculiaridade própria, prescinde de concurso público.[1963] Alguns arestos já se firmaram no sentido de que inexiste qualquer óbice para que se processe essa investidura quando o nomeado tiver mais de 65 anos de idade, e isso pela razão já apontada de que não se exige período mínimo de exercício no cargo para a hipótese de aposentadoria compulsória. Significa dizer que pode ser nomeado Ministro de Tribunal Superior ou advogado para o "quinto constitucional" com 67 anos de idade, por exemplo.[1964]

APOSENTADORIA DOS PROFESSORES – Originariamente, a aposentadoria voluntária dos professores ocorria com o período de 30 anos *de serviço*, se homem, e 25 anos, se mulher, devendo ainda ter exercido efetivamente funções de magistério.

A EC 20/98, dando nova redação ao art. 40, § 5º, da CF, manteve a redução do tempo, mas introduziu duas alterações. A primeira consiste na substituição do tempo de serviço pelo *tempo de contribuição*, critério, aliás, também adotado nas demais modalidades. Além dessa, a Constituição restringiu essa aposentadoria diferenciada apenas ao professor *"que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio"*. Aliás, o STF já consagrou o entendimento segundo o qual *"para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula"* (Súmula nº 726).

Funda controvérsia se instalou a propósito de norma legal que, para os efeitos de aposentadoria (arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, CF), passou a considerar como funções de magistério as exercidas, em estabelecimento de educação básica, por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, não somente as de docência, como também as de direção de unidade escolar e as de coordenação

e assessoramento pedagógico.[1965] A citada norma, embora favorável aos professores, é flagrantemente inconstitucional, porquanto ultrapassou a zona de proteção contemplada na Constituição. Esta teve o escopo de conferir aposentadoria especial, com tempo de contribuição mais reduzido, somente àqueles que exercessem efetivamente as funções de magistério, considerando-se, no caso, o maior desgaste a que ficam submetidos os professores. A lei, entretanto, a pretexto de criar uma presunção legal, ofendeu a essência do mandamento constitucional. [1966]

A restrição indica que só farão jus à aposentadoria voluntária com tempo reduzido os professores que, no efetivo exercício do magistério, se dedicarem ao ensino básico, incluindo o de alfabetização, e ao ensino de primeiro e segundo graus. Ficaram, portanto, descartados do benefício especial os professores de ensino superior, mesmo que tenham exercido efetivamente o magistério; a partir da reforma da previdência, passaram a submeter-se ao regime normal da aposentadoria voluntária dos servidores, estatuída no art. 40, § 1º, III, da CF. Não obstante, os professores que completaram o prazo reduzido antes da EC nº 20/98 terão o direito à aposentadoria nas condições fixadas anteriormente.

REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS (APOSENTADORIA ESPECIAL) – A regra geral a ser aplicada em matéria de aposentadoria consiste na *igualdade de requisitos e critérios* a serem observados pelo servidor público. Trata-se, na verdade, de obediência ao princípio da impessoalidade na Administração Pública.

Todavia, há algumas situações que, por sua natureza e por suas peculiaridades, devem merecer tratamento diferenciado, ensejando que tais requisitos e critérios refujam aos parâmetros estabelecidos na regra geral. Tais situações, como regra, dão origem à redução do tempo de aposentadoria, mas não necessariamente. Pode haver atenuação em outros aspectos, como, por exemplo, a redução de idade, o cumprimento do tempo de serviço público ou do tempo de exercício em cargo público. Cuida-se, por conseguinte, de *aposentadoria especial*. O que se deve considerar é que tais elementos de exceção devam constar expressamente em mandamento legal.

A Constituição vigente, originariamente, previa a edição de lei complementar para estabelecer exceções no caso de atividades penosas, insalubres ou perigosas

(art. 40, § 1º). Posteriormente, em virtude de alteração introduzida pela EC nº 20/98, o dispositivo passou a figurar no art. 40, § 4º, da CF, e nele se previu a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria de servidores no caso de *"atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física*", conforme viesse a dispor lei complementar. A alteração não desnaturou o conteúdo anterior, sabido que a atividade que prejudica a saúde ou a integridade física se qualifica, sem dúvida, como penosa, insalubre ou perigosa. Persistiu, porém, a intenção de proteger o servidor que executasse funções dessa natureza.

A EC nº 47, de 5.7.2005, deu nova redação ao art. 40, § 4º, da CF, para o fim de admitir que, mediante lei complementar, sejam estabelecidos critérios e requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria, nos casos de servidores: 1º) *portadores de deficiência*; 2º) *que exerçam atividades de risco*; 3º) *cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física*.

A ampliação do círculo de abrangência da norma é justificável. De um lado, os portadores de deficiência, como regra, desenvolvem esforço maior no desempenho de suas funções, de modo que a eles podem ser conferidas condições especiais para a aposentadoria. Trata-se, com efeito, de instrumento de inclusão social dotado de expressiva densidade. De outra ótica, a norma, da mesma forma, afigurou-se justa e adequada aos servidores que desempenham trabalho de risco. A atividade pode não provocar qualquer dano à saúde ou à integridade física do servidor, mas caracterizar-se como de risco. E, como o risco é sempre fator de temores e de instabilidade, pareceu-nos de bom propósito que tal situação fosse tutelada pelo mandamento constitucional.

O instrumento formal para a concessão de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria especial não deixou de ser a *lei complementar*. Ainda que se tenha em vista a natureza dessa modalidade de aposentadoria, não há razão plausível para a exigência de lei complementar. A nosso ver, a lei ordinária seria plenamente cabível. Se foi intenção do Constituinte dificultar a criação do instrumento disciplinador, em virtude da necessidade de maior *quorum* de aprovação, acabará sendo difícil também proceder a alterações que se façam necessárias por força de novas atividades de risco ou exercidas em condições especiais. O certo é que o art. 40, § 4º, da CF, não é auto aplicável, classificando-se como norma de eficácia

limitada, na conhecida teoria de JOSÉ AFONSO DA SILVA: sua eficácia depende da edição da lei complementar mencionada no dispositivo.

É importante assinalar, por fim, que tais casos devem ser tratados efetivamente como exceções à regra geral, porque só assim serão respeitados os princípios da isonomia (art. 5º, I, CF) e da impessoalidade (art. 37, CF). Benefícios não devem ser alcançados por privilégios injustificáveis; somente se estiverem configurados os casos referidos no mandamento é que poderão ser criados os requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria especial.

Como ocorre em várias situações previstas na Constituição, há evidente inércia do Poder Público para editar a lei complementar a que se refere o art. 40, § 4º, da CF. Em virtude dessa falta de regulamentação, trabalhadores de algumas categorias profissionais, que desempenham atividades de risco ou insalubres, não têm podido exercer seu direito à aposentadoria especial. Em razão dessa total insensibilidade no que toca a tais trabalhadores, já houve decisão judicial em que, na via do mandado de injunção, se lhes assegurou o referido direito, aplicando-se concretamente a norma constitucional à questão individual posta em juízo, o que nos parece absolutamente consentâneo com a garantia prevista na Constituição.[1967]

PROVENTOS – A remuneração paga aos servidores aposentados tem a denominação técnica de proventos, importância que, em tese, serviria para *prover* a sua subsistência e a de sua família, quando não mais em exercício da função pública.

Tradicionalmente, o valor dos proventos era equivalente ao da remuneração do servidor quando em atividade, não havendo qualquer perda quando passasse à inatividade. A Constituição, entretanto, passou a adotar sistema diverso: fixando um teto para o desconto da contribuição previdenciária, estabeleceu, por via de consequência, um *teto* para o valor dos benefícios, inclusive o dos proventos da aposentadoria. Em outras palavras, adotou, para os servidores públicos, o mesmo sistema já adotado para os trabalhadores do setor privado vinculados ao regime geral de previdência social.

O mandamento básico do atual regime é o que se inscreve no art. 40, § 1º, da CF, com a redação da EC 41/2003, segundo o qual o cálculo dos proventos deve observar as regras fixadas nos §§ 3º e 17, do mesmo art. 40, dispositivos também consonantes com a EC 41.

No art. 40, § 3º, a Carta da República enuncia que, para o cálculo dos

proventos, deverão, na forma da lei, ser *"consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor*" pagas ao regime de previdência especial (regime próprio) ou ao regime geral de previdência social, disciplinado pelo art. 201 da CF. Tendo em conta que o art. 5º da EC 41/2003 estabeleceu valor determinado como limite máximo para pagamento de benefícios do regime geral de previdência social, passível de atualização pelos mesmos índices empregados nos reajustes de benefícios do regime, para preservar permanentemente seu valor real, infere-se que o art. 40, § 3º (de confusa redação), ao fazer remissão ao art. 201, da CF, adotou idêntico teto para os proventos a serem pagos aos servidores efetivos sujeitos ao regime de previdência especial nomeados após a EC 41.[1968] Os nomeados anteriormente se alojam em situações transitórias, a serem examinadas adiante, cuja disciplina tem linhas diferentes.

Aduz, ainda, a Constituição que todos os valores da remuneração utilizados para o cálculo dos proventos são suscetíveis de atualização, na forma da lei (art. 40, § 17). Diante dessa ressalva, será imperativo reconhecer que, embora assegurado o direito subjetivo do servidor à atualização dos valores remuneratórios, foi delegada ao legislador a missão de estabelecer as formas e os índices a serem adotados para tal finalidade.

Diante do vigente quadro constitucional, é possível catalogar as espécies de proventos em três categorias: 1ª) *proventos integrais*, aqueles cujo valor corresponde à remuneração da atividade; 2ª) *proventos limitados*, aqueles que equivalem ao limite máximo de pagamento de benefícios, embora o servidor auferisse remuneração superior quando em atividade; 3ª) *proventos proporcionais*, os que são calculados de forma proporcional ao tempo de contribuição do servidor.

São devidos *proventos integrais* quando, inferiores ao limite máximo de valor dos benefícios, se tratar de: 1º) aposentadoria voluntária com o preenchimento de todos os requisitos (art. 40, § 1º, III, "a", CF); 2º) aposentadoria por invalidez, quando houver acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (art. 40, § 1º, I, CF). Se nesses casos a remuneração do servidor na atividade for superior ao teto de benefícios, serão devidos *proventos limitados*.

Os *proventos proporcionais* são cabíveis nos casos de: 1º) aposentadoria voluntária *por idade*, ou seja, quando o servidor alcança a idade de 65 anos, se homem, ou 60, se mulher (art. 40, § 1º, III, "b", CF);[1969] 2º) aposentadoria por invalidez, fora dos

casos acima mencionados para os proventos integrais (art. 40, § 1º, I, CF); 3º) aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º, II, CF).[1970]

Esse é o sistema de proventos adotado na Constituição.[1971]

Cabe observar, por último, que os proventos da aposentadoria também se sujeitam a limite. De acordo com o art. 40, § 2º, da CF, com a redação da EC 20/98, os proventos, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração auferida pelo servidor quando estava em atividade ocupando seu cargo efetivo. A norma, como é óbvio, só é aplicável nas hipóteses em que a remuneração do servidor seja inferior ao limite máximo de benefícios (art. 5º, EC 41); se exceder ao limite, é o contrário que sucederá: os proventos serão fixados em valor inferior à remuneração da atividade.

De outro lado, é vedada a incidência nos proventos de vantagens pecuniárias compatíveis apenas com os servidores em atividade. O STF, registre-se, já teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que concedia a aposentados o acréscimo de um terço relativo ao gozo de férias, benefício esse previsto no art. 7º, XVII, da Constituição. Fundou-se o Tribunal no fato de que o art. 7º da CF destina-se a trabalhadores urbanos e rurais, o que certamente não é a hipótese dos servidores inativos.[1972]

CUMULAÇÃO DE PROVENTOS – A Constituição estabelece a regra segundo a qual "*é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria*" (*rectius*: percepção dos proventos decorrentes de mais de uma aposentadoria) à conta do regime previdenciário especial dos servidores efetivos (art. 40, § 6º, com a redação da EC 20/98).

Significa que o servidor só poderá receber proventos de *uma* aposentadoria, sendo-lhe vedado percebê-los de outra. A exceção corre por conta dos cargos acumuláveis na atividade: nesse caso, como a acumulação de vencimentos na atividade é lícita, lícita também será a cumulação de aposentadorias e, consequentemente, dos proventos delas oriundos. Se, por exemplo, o servidor tiver cargo efetivo de professor no quadro do Município e outro cargo efetivo idêntico no quadro do Estado ou da União Federal, terá ele, cumpridos os requisitos necessários, direito a aposentar-se em ambos os cargos e auferir proventos dos dois.

Caso, porém, o servidor perceba proventos decorrentes de mais de uma

aposentadoria, seja porque tenha ocupado cargos ou exercido empregos acumuláveis na atividade, seja porque tenha tido emprego enquadrado no regime geral da previdência social, sujeitar-se-á aos tetos remuneratórios previstos no art. 37, XI, da CF. Em outras palavras, o que o art. 40, § 11, da CF, introduzido pela EC nº 20/98, quer dizer é que os referidos limites deverão aplicar-se ainda que o montante dos vencimentos na atividade os ultrapasse. A consequência inevitável será a de que o valor de um dos proventos deverá ser reduzido a fim de que, somado ao outro, não permita a ocorrência de montante que exceda o valor-limite de remuneração na inatividade.

A norma do art. 40, § 11, da CF, entretanto, só é aplicável atualmente às hipóteses relativas a servidores que ingressaram no serviço público antes das alterações impostas pelas EC 20/98 e 41/2003, hipóteses que se configuram como situações transitórias; é que nesses casos será possível, em tese, que a percepção cumulativa de proventos possa ultrapassar os tetos remuneratórios previstos no art. 37, XI, da CF, com a redação da EC 41/2003. Para os novos servidores, porém, a regra é praticamente inaplicável: como seus proventos estarão sujeitos ao teto de benefícios, como registra o art. 40, § 3º, da CF, com a redação da EC 41/2003, dificilmente poderão alcançar, mesmo que percebidos os proventos em acumulação, os referidos limites remuneratórios, cujos valores são bem mais elevados que a soma dos proventos.

No que tange à acumulação de proventos com vencimentos, a Constituição anteriormente era silente a respeito, tendo gerado funda controvérsia sobre sua admissibilidade, principalmente porque a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69, tinha norma expressa no sentido de ser vedado o cúmulo remuneratório na hipótese, ressalvadas algumas situações excepcionais de permissividade.

A EC nº 20/98, porém, introduzindo o § 10 no art. 37 da CF passou a dispor:

> *"É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração".*

Com pouca diferença, o Constituinte retornou ao sistema da Constituição de

1967, com a Emenda 1/69, ou seja, a regra é a da vedação de auferir conjuntamente proventos e vencimentos, excepcionando-se os casos que a norma expressamente menciona: cargos acumuláveis na atividade, cargos eletivos e cargos em comissão. Assim, se um servidor tem o cargo de médico no quadro do Estado e outro cargo (ou emprego) no quadro federal, pode aposentar-se no primeiro e perceber, cumulativamente, os proventos dele oriundos e os vencimentos do outro cargo ou emprego. Fora das hipóteses de permissividade, porém, impõe-se a vedação dos ganhos cumulativos. Mesmo sem estar expresso no texto constitucional, veda-se também a acumulação de dois ou mais proventos com vencimentos da atividade. [1973]

Ocorre que entre a promulgação da vigente Constituição, em 1988, até o advento da E.C. 20/98, ficou ausente a vedação expressa contida na Constituição precedente, impeditiva da acumulação de proventos com vencimentos - vedação, contudo, que sofria algumas exceções de permissividade.[1974] Suprimida a vedação, dividiram-se os intérpretes sobre a permanência ou não da proibição, tendo prevalecido esta última. Com lastro nesse entendimento, firmou-se a jurisprudência em ordem a considerar que, se o servidor aposentado retornou à atividade, tendo-se aposentado novamente sob o manto da CF de 1988, em sua versão original *(antes, pois, do art. 37, § 10, introduzido pela EC 20/98),* faz jus à acumulação de proventos.[1975] A propósito, relembre-se que o art. 11 da EC 20/98 convalidou as acumulações anteriores objeto de vedação. Não obstante, o mesmo mandamento proibiu a percepção de mais de uma aposentadoria. Sendo assim, se a aposentadoria pelo segundo cargo já ocorreu após a vigência da aludida Emenda, incidirá a vedação e o servidor não poderá perceber mais de uma aposentadoria.

Quanto à questão remuneratória referente ao citado art. 37, § 10, da CF, entendemos que as *hipóteses permissivas* desse mandamento mobilizam a conclusão de que o *somatório* dos proventos de um cargo com os vencimentos de outro *pode ultrapassar* o teto remuneratório geral previsto no art. 37, XI. O teto será considerado apenas em relação a cada um desses ganhos, não à sua soma. Para exemplificar, se o servidor aufere proventos em valor que alcança o teto e vem depois a ser eleito para mandato parlamentar ou nomeado para cargo em comissão, tem direito a continuar percebendo seus proventos e acumulá-los com o subsídio

ou vencimento do cargo eletivo ou em comissão; o que não pode é perceber, em qualquer deles, valor superior ao teto. Cuida-se de interpretação lógica e sistemática do dispositivo, fundada em mais de uma razão. A uma, porque entendimento restritivo estaria a impedir que o aposentado, nesses casos, exercesse o direito político de ser eleito, ou retornasse ao serviço público em cargo comissionado, o que ofenderia o direito ao trabalho amparado constitucionalmente. Fora daí, seu novo trabalho teria que ser gratuito, o que também é vedado na Constituição. A duas, porque o texto da Constituição não criou qualquer restrição para as situações de permissividade reservadas aos aposentados no dispositivo, sendo vedado ao intérprete criá-las.[1976]

A despeito da omissão no texto constitucional, a norma deve aplicar-se, da mesma forma, à hipótese de proventos pagos em virtude de disponibilidade remunerada, prevista no art. 41, § 3º, da CF. Se é idêntico o fundamento, não há porque não incidir a mesma norma. Na verdade, seria iníquo que servidor aposentado pudesse, em algumas situações acumular seus proventos com vencimentos de outro cargo, e que servidor posto em disponibilidade não o pudesse: em ambos os casos o servidor aufere remuneração sem estar em atividade. Sendo assim, servidor em disponibilidade pode ocupar, por exemplo, cargo em comissão.[1977]

A norma tem amplo alcance e inclui cumulação de vencimentos (ou salários) e proventos oriundos de cargos, empregos e funções. Tratando-se de empregos em empresas públicas e sociedades de economia mista, incide também a vedação. Por essa razão, inclusive, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 453, § 1º, da CLT, em cujos termos se vislumbrava a possibilidade de acumulação de proventos com salários decorrentes de dois empregos inacumuláveis naquelas entidades, visto que permitia que o empregado aposentado espontaneamente poderia ser readmitido, desde que submetido a concurso público.[1978]

Por outro lado, o servidor aposentado por invalidez não pode cumular seus proventos nem com outro cargo efetivo acumulável, nem mesmo com cargo em comissão. A despeito do texto de art. 37, § 10, da CF, no qual não se fez distinção, é certo que a aposentadoria por invalidez tem como pressuposto a inaptidão física ou psíquica para o exercício das funções. Resulta daí, portanto, que eventual cumulação nesse caso redundaria em inevitável incompatibilidade lógica, eis que se

estaria atribuindo o exercício de função pública a quem o Poder Público já considerara inapto anteriormente.

A EC nº 20/98, todavia, resguardou, no art. 11, o direito de acumulação de proventos com vencimentos para os membros de poder e os inativos, civis ou militares, que, antes da publicação da Emenda (16/12/1998), tenham ingressado novamente no serviço público através de concurso público de provas ou de provas e títulos, ou pelas demais formas previstas na Constituição. Impôs, entretanto, duas condições: em primeiro lugar, não poderão perceber os proventos decorrentes de mais de uma aposentadoria; depois, em nenhuma hipótese poderão perceber ganhos que excedam o limite remuneratório geral, fixado no art. 37, XI, da CF. Desse modo, se um Promotor de Justiça ou um Defensor Público se aposentou e, antes da data acima, foi aprovado em concurso para a Magistratura e devidamente nomeado para o cargo de Juiz de Direito (hipóteses não raro ocorridas), fará jus à percepção simultânea dos proventos relativos ao cargo anterior e aos vencimentos do novo cargo. Aposentando-se neste último cargo, no entanto, não poderá receber proventos simultâneos.

Aliás, não se pode deixar de lembrar que o teto remuneratório estabelecido no art. 37, XI, da CF, deve ser observado em qualquer caso, inclusive naqueles em que, por serem cumuláveis os cargos na atividade, haja permissão de auferir ganhos conjuntamente. Incidem, portanto, as hipóteses de:

a) exclusiva acumulação de vencimentos;
b) exclusiva acumulação de proventos;
c) acúmulo de proventos com vencimentos.[1979]

REVISÃO DE PROVENTOS – O mandamento concernente à revisão de proventos se situa no art. 40, § 8º, da Constituição, com a redação da EC 41/2003. Eis o que dispõe: *"É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei"*.

Nos termos do dispositivo, é fácil notar que o único compromisso firmado pela Carta foi o de preservar o valor real dos benefícios. Mas o reajustamento com essa finalidade terá critérios a serem adotados pelo legislador, a quem foi delegada essa especial competência. É imperioso reconhecer que nem sempre se poderá

identificar qual será o "valor real" do benefício para fins de reajuste, e esse fato enche de temores os futuros aposentados e pensionistas, que, na verdade, ficarão à mercê dos critérios que a lei estabelecer.

Não há dúvida, porém, de que o Constituinte abandonou a garantia que anteriormente dispensava a aposentados e pensionistas, no sentido de que os benefícios fossem suscetíveis de revisão, na mesma proporção e na mesma data, sempre que fossem revistos os vencimentos dos servidores em atividade. O direito à revisão alcançava, inclusive, os benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores, mesmo que decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou da função em que se dera a aposentadoria ou que servira de referência para a concessão da pensão.

Nos termos atuais do art. 40, § 8º, da CF, poderá a lei não garantir a revisão de proventos e pensões com os mesmos índices ou na mesma ocasião em que é revista a remuneração dos servidores ativos. Possível será, ainda, que a lei não estenda a revisão a fatos administrativos que, posteriores à concessão dos benefícios, tenham provocado melhoria funcional para os servidores em atividade. Com efeito, não são confortáveis as perspectivas dos futuros aposentados e pensionistas diante da guinada a que se submeteu a Constituição após a EC 41/2003.

O citado dispositivo – é oportuno assinalar – somente será aplicável *aos servidores que tiverem ingressado no serviço público após a EC 41*, publicada no DOU de 31/12/2003. Em consequência, não incide o mandamento sobre: 1º) os servidores que tenham ingressado no serviço público anteriormente à EC 41; 2º) os aposentados e pensionistas que, antes da publicação da referida Emenda, já vinham fruindo regularmente seus benefícios (art. 7º, EC 41/2003). Tais pessoas, no entanto, se incluem no campo das situações transitórias, que, como já informamos, serão analisadas adiante no respectivo tópico.

CONTAGEM DE TEMPO – O serviço público se espraia em todas as esferas federativas – a federal, as estaduais, a distrital e as municipais. É viável, portanto, que um servidor ocupe cargo numa unidade federativa e sucessivamente titularize outro (ou exerça emprego) em entidade federativa diversa.

O servidor não ficará prejudicado se esse fato acontecer. Conforme o disposto no art. 40, § 9º, da CF, também introduzido pela EC nº 20/98, o tempo de

contribuição federal, estadual, distrital ou municipal[1980] será contado para efeito de aposentadoria.[1981] O princípio, pois, é o da reciprocidade do cômputo do tempo de contribuição, que impede nova contagem para a aposentadoria quando o servidor se desliga de um ente federativo e ingressa em outro. Na verdade, nada justificaria orientação diferente, visto que, nesses casos, o servidor continua emprestando sua força de trabalho à pessoa integrante do Poder Público, seja qual for a esfera federativa.

O mandamento, tal como está redigido, e ainda por situar-se em dispositivo específico, encerra contagem recíproca de tempo de contribuição para aposentadoria no regime previdenciário especial, qual seja, aquele que envolve pessoas da federação, autarquias e fundações públicas. Entretanto, não seria coerente que a reciprocidade deixasse de alcançar as situações sujeitas ao regime geral da previdência social de um modo geral, que também abrange, como vimos, outras categorias de servidores públicos. Para solucionar o problema, o art. 201, § 9º, da CF, acrescentado pela EC nº 20/98, estabeleceu ser *"assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana"*. Logicamente haverá, na prática, períodos diversos de tempo de contribuição.

Para regulamentar o dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº 9.796, de 5/5/1999, que dispõe exatamente sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para fins de aposentadoria.

O sistema visa a atribuir, a cada regime, o encargo financeiro do pagamento do benefício de *forma proporcional* ao tempo em que o segurado contribuiu para o regime, evitando que um deles pague sozinho o benefício mesmo quando o segurando contribuiu, por outro período (às vezes mais longo), para regime diverso. Distinguindo o *regime de origem,* aquele ao qual o segurado esteve anteriormente vinculado, do *regime instituidor,* ao qual incumbe o pagamento do benefício, a lei permite que, com a compensação financeira dos diversos regimes previdenciários, não fique prejudicado servidor (e também os demais segurados) quando, seja num regime seja no outro, tenha contribuído efetivamente para os respectivos regimes de previdência. Se o tiver feito, terá direito à contagem recíproca de tempo para fins

de aposentadoria.

O que é inconstitucional, isto sim, é a imposição, por algum ente federativo, de restrições quanto à admissibilidade da contagem recíproca de tempo de serviço. A inconstitucionalidade reside na inexistência, em sede constitucional, de qualquer restrição quanto à contagem recíproca do tempo, como se observa nos termos do art. 40, § 9º, da CF. Por isso mesmo, foi declarada, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de dispositivo de lei municipal que exigia um tempo mínimo de serviço público para admitir a compensação entre regimes previdenciários diversos.[1982]

A EC nº 20 fez outra alteração no sistema da contagem de tempo. Através dela foi acrescentado o § 10 ao art. 40, que peremptoriamente passou a vedar que lei venha a estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição *fictício*. Com esse novo preceito, não mais será viável o denominado *tempo presumido*, adotado pelos regimes funcionais nos casos de licenças, afastamentos, contagem em dobro do tempo de férias e licenças especiais não gozadas etc.[1983] Isso quer dizer que o servidor licenciado ou afastado terá que comprovar *tempo de contribuição efetivo* para que veja o respectivo período computado com vistas à aquisição do direito à aposentadoria.

O tempo de serviço, contudo, já devidamente cumprido e averbado nos assentamentos do servidor para fins de aposentadoria, mesmo que de caráter fictício, mas consoante a legislação então vigente, é considerado como tempo de contribuição, até que nova lei discipline a matéria.[1984] Significa, por exemplo, que se o tempo de férias ou de licença-prêmio não gozadas já foi computado em dobro valerá para a contagem do tempo de aposentadoria. De nossa parte, entendemos que, mesmo *não computado ainda*, mas suscetível de contagem, o tempo de serviço fictício poderá ser anotado na forma da legislação vigente, enquanto não sobrevier a nova lei dispondo sobre o assunto. É que, consumada a situação fática prevista na lei estatutária vigente, o servidor passou a ter o direito adquirido de optar pela contagem, simples ou em dobro do tempo de serviço, não o tendo feito apenas porque não havia prazo predeterminado para a opção. Depois, o Constituinte revisional adiou a eficácia da norma mediante a previsão da futura lei disciplinadora, resguardando, por outro lado, o direito anteriormente adquirido pelos servidores (art. 4º, EC 20/98).

DIREITO ADQUIRIDO – Questão sempre ventilada em relação ao tema, é a de saber se há direito adquirido à aposentadoria e, em caso positivo, em que momento tem nascimento.

A questão deve ser examinada à luz da existência dos fatos geradores do direito. A aposentadoria é uma mera expectativa de direito enquanto não se consuma o fato gerador do benefício. No caso da aposentadoria voluntária, por exemplo, enquanto o servidor exerce suas funções sem ter alcançado ainda o prazo mínimo fixado na Constituição, tem ele mera expectativa de direito. Completado o prazo, passa ele a ser titular do direito. Desse modo, pode concluir-se que, consumado o prazo fixado para determinada aposentadoria, surge para o servidor o direito adquirido ao benefício.

Em face do exposto, pacificou-se o entendimento de que o direito à aposentadoria se rege pela lei da época em que o servidor reuniu os requisitos para a obtenção do benefício, ainda que, por ser possível, não tenha formulado o respectivo pedido.[1985]

Por essa razão, muito se discutiu quanto à possibilidade de haver aplicação das novas normas constitucionais introduzidas pela EC nº 20/98, que traçou as regras da reforma da previdência social aos servidores que já tivessem reunido os requisitos para a aposentadoria. Ou seja: as novas normas constitucionais deveriam respeitar o direito adquirido à aposentadoria, desde que consumados os requisitos estabelecidos na legislação então vigente? Sempre sustentamos que se imporia resposta positiva, sendo vedada a incidência retroativa dos novos mandamentos constitucionais oriundos do poder de reforma. Segundo o art. 60, § 4º, IV, da CF, não pode ser objeto de deliberação emenda constitucional que intente abolir direitos individuais, e o direito adquirido é, sem dúvida, um direito individual, capitulado no art. 5º, XXXVI, da CF. Desse modo, aqueles servidores que já tivessem reunido os requisitos para a aposentadoria sob a égide da lei anterior não poderiam ser atingidos por norma de emenda constitucional superveniente. Esta só poderia alcançar os detentores de mera expectativa de direito, ou seja, aqueles que não chegaram a completar o fato gerador do benefício, e isso porque em relação a eles não se pode falar em direito adquirido.

A norma nova só pode alcançar o servidor no caso da denominada

retroatividade benigna, ou seja, se instituir situação a ele mais favorável. Não é o caso da alterabilidade prejudicial: havendo o direito adquirido, não incide sobre a situação funcional benéfica do servidor.[1986]

Sufragando esse pensamento, a EC nº 20/98, ao estabelecer a reforma da previdência, assegurou a concessão de aposentadoria, a qualquer tempo, aos servidores públicos que, até a data da publicação da Emenda (ocorrida em 16/12/1998), tenham cumprido os requisitos para a obtenção do benefício, exigidos pela legislação vigente à época.[1987] Assim dispondo, ficou vedada a retroatividade da Emenda, ao mesmo tempo em que a norma atual resguardou o direito já adquirido dos servidores pela ocorrência do fato que a legislação considerava suficiente para a obtenção do benefício.

O cálculo dos proventos em conformidade com a legislação anterior também foi resguardado. Segundo o art. 3º, § 2º, da EC nº 20/98, os proventos, integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já cumprido até a data da publicação da Emenda, deverão ser calculados de acordo com a legislação vigente à época em que foram observadas as condições para a obtenção do benefício. Portanto, a nova disciplina não somente assegurou o direito em si à aposentadoria, mas também a forma de calcular os proventos estabelecida na lei anterior.

Com a promulgação da EC 41/2003, também conhecida como *reforma da previdência* (a segunda), nova polêmica se desenhou sobre a questão do direito adquirido e da eficácia das novas normas sobre fatos pretéritos.

A EC 41/2003 introduziu várias modificações nas regras instituídas pela EC 20/98. Uma delas consistiu na revogação do art. 8º desta última, que cuidava das situações transitórias, assim consideradas aquelas correspondentes aos servidores que, já tendo ingressado no serviço público ao momento de sua promulgação, não tivessem, contudo, reunido todos os pressupostos para a aposentadoria voluntária nos termos da disciplina anterior. Ao revogar, no art. 10, o citado dispositivo (art. 8º, EC 20), a EC 41 introduziu outro – o art. 2º – para, em substituição, estabelecer nova disciplina sobre a matéria, disciplina essa que veio a contemplar algumas normas mais severas no que concerne ao cálculo dos proventos e à fórmula de sua revisão, como adiante veremos.

Em decorrência dessa alteração, alguns juristas passaram a considerar inconstitucional a alteração processada nesse aspecto, sob a alegação de que o art.

8º da EC 20/98, revogado pela EC 41, teria convertido expectativa de direito em direito subjetivo *"para ser exercido no futuro sob a condição do preenchimento dos requisitos indicados"*, de modo que o advento de novas normas não teria o condão de desfazer o direito, antes subjetivo e agora transformado em adquirido em face da posterior normatização. E, sendo direito adquirido, não poderia ser ofendido por emenda constitucional, como impõe a cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, da CF. [1988]

Entendemos, com a devida vênia, que tal interpretação espelha desvio de perspectiva. Com efeito, não há falar em direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, como já acentuamos antes e tem afirmado a jurisprudência mais autorizada. O regime jurídico, por retratar conjunto de normas gerais, pode ser alterado ao alvedrio do legislador. O que não pode é atingir o direito adquirido por força do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da CF. Mas, para que haja o direito adquirido, cumpre que todos os elementos que compõem o suporte fático do direito previsto na lei tenham sido preenchidos pelo titular; sem isso, teremos ainda a expectativa de consumação do direito.

No caso da EC 41/2003, o art. 2º substituiu, por derrogação, a disciplina prevista no art. 8º da EC 20/98, que regulava a situação transitória relativa aos servidores que já tinham ingressado no serviço público antes de sua promulgação. Ora, se ao momento da edição da emenda revogadora tais servidores continuavam sem ter adquirido o direito à aposentadoria ou à pensão, terão eles que submeter-se às novas normas, ainda que contenham alguns gravames. O art. 3º da EC 41 – este sim, respeitando o direito adquirido de seus titulares – assegurou, *com base na legislação então vigente,* a concessão de aposentadorias e pensões aos servidores que, até a publicação da emenda, tivessem *"cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios"*. Portanto, se o servidor, por exemplo, não preenchia em 1998 tais requisitos e veio a preenchê-los em 2003, consumando-se o direito adquirido, estará fora do âmbito de incidência da EC 41, sujeitando-se, por isso, às regras da EC 20/98.[1989]

Reiteramos o que já dissemos a respeito: podem as mudanças ser julgadas inoportunas ou injustas; cuida-se de juízo de valor. A qualificação de inconstitucionalidade, contudo, demanda outro tipo de análise, qual seja, o confronto direto entre o ato e a Constituição. Se aquele não é incompatível com

esta, não pode ser tachado de inconstitucional.

SITUAÇÕES CONSUMADAS – Para que a EC 41 não violasse o direito adquirido dos respectivos titulares, o que lhe seria vedado por ser o instituto um dos direitos fundamentais (art. 60, § 4º, IV, CF), precisou salvaguardar, tal como já fizera a EC 20/98, algumas situações jurídicas que se constituíram definitivamente antes de sua vigência. São elas as *situações consumadas*, de configuração diversa das *situações transitórias*, a serem vistas adiante, nas quais não se consumou o fato gerador do direito e que, por isso, mereceram tratamento normativo desigual.

O mandamento básico relativo às situações consumadas é o que consta do *art. 3º* da EC 41: *"É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente"*.

A menção no dispositivo sobre o cumprimento de todos os requisitos para a obtenção dos benefícios da aposentadoria e pensão espelha, na verdade, o respeito ao direito adquirido daqueles que os cumpriram, ocasionando a incidência do conjunto normativo vigente antes da EC 41. Cuida-se de garantia quanto aos *critérios* de aquisição dos benefícios. À legislação anterior, em consequência, foi conferida *ultra-atividade normativa*, de modo que os critérios nela estabelecidos se aplicam a todas as situações consumadas, mesmo que os servidores que as tenham consumado continuem em atividade. Para a configuração do direito adquirido, no entanto, basta – repita-se – o preenchimento de todos os pressupostos fixados anteriormente. Decorre daí que a semelhantes situações não se aplica a EC 41 no concernente aos critérios para a obtenção de aposentadorias e pensões.

Aos servidores que estejam em tal situação, vale dizer, que tenham reunido os requisitos para a aposentadoria voluntária, mas que, por vontade própria, tenham optado por permanecer em atividade, foi atribuída uma compensação – o *abono permanência* – correspondente ao valor de sua contribuição previdenciária, vigorando o benefício até que completem a idade de 70 anos, ocasião em que devem sujeitar-se à aposentadoria compulsória (art. 3º, § 1º, EC 41). Há, contudo, um período de carência: os servidores já devem contar com, no mínimo, 30 anos, se homem, ou 25, se mulher.

O *cálculo dos benefícios* também é objeto de norma própria. De acordo com o art. 3º, § 2º, da EC 41, os proventos de aposentadoria, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido antes da publicação da emenda, bem como as pensões dos dependentes, devem ser calculados em conformidade com a legislação em vigor à época em que foram cumpridos os requisitos necessários à concessão dos benefícios ou nas mesmas condições então vigentes.

Segue-se, portanto, que as situações consumadas antes da EC 41/2003 podem abranger dois grupos de servidores: 1º) os que adquiriram o direito aos referidos benefícios *antes da EC 20/98*; 2º) os que o adquiriram *após a EC 20/98*. A cada um desses grupos será aplicada a legislação vigente à época em que sua situação jurídica se consumou, ou seja, em que passaram a ser titulares de direito adquirido.

Neste passo, parece adequado fazer referência à aposentadoria voluntária *com proventos proporcionais ao tempo de contribuição* (ou de serviço, no caso de período anterior à EC 20/98). Embora não mais contemplada na Constituição, essa modalidade de aposentadoria vigorou até a EC 41/2003. Não obstante, com a salvaguarda das situações consumadas, há servidores que preencheram anteriormente os requisitos para sua obtenção, tendo, pois, direito ao benefício. No que toca às condições para a aquisição do direito a essa modalidade de aposentadoria, é possível considerar dois tipos de situações consumadas: 1º) as que se consumaram antes da EC 20/98, sujeitas às regras então constantes da Constituição; 2º) as que se consumaram depois da EC 20/98 e antes da EC 41/2003, sobre elas incidindo o art. 8º da EC 20/98. Em relação a tais modalidades, são diversos os critérios para a aquisição do direito[1990] e para o cálculo dos proventos.[1991]

A EC 41/2003 estabeleceu, ainda, critério especial de *revisão* de proventos e pensões para os que viessem fruindo tais benefícios antes de sua vigência. A revisão dar-se-á sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos a aposentados e pensionistas todos os benefícios ou vantagens concedidos posteriormente aos servidores ativos, ainda que oriundos de transformação ou reclassificação do cargo ou função que serviu de base para a aposentadoria ou pensão (art. 7º). Trata-se, como se pode observar, do mesmo critério amplo de revisão que vigorava anteriormente à EC 41/2003 – diverso do fixado por esta no art. 40, § 8º, da Constituição, como já anotamos. De qualquer

modo, há que ser sempre observado o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF.

Quanto a semelhante critério de revisão, vale a pena tecer dois breves comentários. O primeiro consiste na criação de certas vantagens pecuniárias que, sob o rótulo de "*gratificações*" ou outro congênere, estampam simulada elevação de vencimentos – efeito diverso do que, na realidade, deveriam produzir. Nessa hipótese, os proventos e pensões devem ser revistos nas mesmas condições em que o foram os vencimentos dos servidores em atividade. Foi o que ocorreu com a denominada "*gratificação de encargos especiais*", criada no Estado do Rio de Janeiro, que, conferida para todos os servidores de forma indiscriminada, representou, na prática, mero aumento remuneratório, com o que ensejou sua extensão também a aposentados e pensionistas.[1992]

A outra observação diz respeito a alguns benefícios ou vantagens que, por sua natureza, não têm possibilidade de serem estendidos a aposentados e pensionistas.[1993] De fato, não pode haver direito à revisão no caso de *benefícios funcionais inextensíveis*, como é o caso, por exemplo, da gratificação de desempenho criada após a aposentadoria do servidor: com efeito, seria impossível fazer tal avaliação para servidores já inativos. Em igual sentido, aliás, decidiu o STF não ser extensível a aposentados e pensionistas o direito ao vale-alimentação instituído para servidores em atividade.[1994] Na mesma esteira, o STJ considerou que a elevação remuneratória em virtude do aumento da carga horária não gera direito à revisão de proventos e pensões.[1995]

SITUAÇÕES TRANSITÓRIAS – A Constituição, ao sofrer alteração no que concerne ao regime jurídico de aposentadorias e pensões dos servidores públicos, pelo advento das EC 20, de 15/12/98, e 41, de 19/12/2003, com vigência a partir de suas publicações, ocorridas, respectivamente, em 16/12/98 e 31/12/2003, encontrou – como não podia deixar de ser – dois tipos de situação: 1ª) a dos servidores que já haviam preenchido os requisitos para os benefícios de acordo com a legislação então vigente, sendo, pois, titulares de direito adquirido; 2ª) a dos servidores que ainda tinham mera expectativa de direito, conquanto já ingressos no serviço público.

Por mais que a situação jurídica desse último grupo ensejasse a submissão às

novas normas, o Constituinte derivado, sensível à realidade de que, apesar da expectativa, algumas etapas do fato gerador já se tinham consumado, e para não acarretar maior gravame ainda a tais servidores, criou para eles regras especiais, não as inserindo no bojo da Constituição, mas, ao revés, mantendo-as no corpo das próprias emendas. Tais circunstâncias, abrangentes de universo específico (embora amplo) de servidores, é que constituem as denominadas *situações transitórias*, já que nem retratam situações constituídas antes das reformas constitucionais, nem refletem as situações dos novos servidores, vale dizer, daqueles que vêm a ingressar no serviço público após as ditas reformas.

Observe-se que as aludidas situações alcançam os servidores que já haviam *ingressado regularmente no serviço público em cargo efetivo ou vitalício* antes das reformas constitucionais. Não importa que tenha mudado ou que venha a mudar de carreira ou de órgão; importa apenas que haja *continuidade* no exercício das funções de seus cargos. Se, porém, o servidor havia ingressado no serviço público e dele se afastou para o setor privado antes da emenda, será considerado novo servidor se ingressar novamente no serviço público após a emenda; a este se aplicará, pois, o regime previdenciário novo.

Foi suscitada dúvida, por alguns intérpretes, a respeito do regime jurídico no caso de ingresso, em Tribunal do Poder Judiciário, de membro do Ministério Público ou de advogado ocupante de cargo público, em virtude do que dispõe o art. 94 da Constituição. Temos para nós que nenhuma dúvida pode pairar sobre o assunto. A Carta, como assinalamos, referiu-se aos servidores que *ingressaram no serviço público* antes das Emendas 20/98 e 41/2003. Foi essa a única referência. Ora, é claro que se o membro do Ministério Público ou o advogado ocupante de cargo público ingressaram regularmente no serviço público, em seus respectivos quadros funcionais, antes das citadas Emendas, seu regime jurídico será enquadrado no das *situações transitórias*, e não no das *situações novas*, não importando que sejam diversas as carreiras e o Poder a que pertenciam. Consequentemente, deverá ser-lhes resguardados todos os direitos atribuídos pela disciplina constitucional àqueles já ingressos no serviço público anteriormente às Emendas. A dúvida se tem levantado, em nosso entender, pela confusão feita entre o ingresso anterior no serviço público – que é o suporte fático constitucional – e a diversidade de carreiras do servidor. O servidor pode ter integrado vários cargos de carreiras diversas e continuar a fazê-lo

depois das Emendas. Se ingressou *no serviço público* anteriormente a estas, e nele permaneceu sem solução de continuidade, cumpriu o pressuposto constitucional, sendo, pois, titular dos direitos que lhe foram assegurados pela Constituição dentro das situações transitórias.[1996]

Diante dessa explicação, que nos parece exigível pelo emaranhado de normas a respeito do tema, podemos, para fins didáticos, dividir em três as situações dos servidores efetivos e vitalícios em face das reformas previdenciárias: 1ª) *situações consumadas*, as relativas a servidores que já cumpriram todos os requisitos para a aquisição do direito antes das emendas e, portanto, titulares de direito adquirido, sujeitando-se ao *regime previdenciário anterior*; 2ª) *situações novas*, as que concernem aos novos servidores, ou seja, àqueles que vêm a ingressar na estrutura orgânica do Poder Público após a vigência das emendas, com submissão ao *regime previdenciário novo*; 3ª) *situações transitórias*, assim consideradas as relativas a servidores que, a despeito de não terem direito adquirido, já haviam ingressado no serviço público antes das emendas, sobre eles incidindo o *regime previdenciário transitório.*

Não obstante, em virtude de se terem processado duas reformas previdenciárias, uma implantada pela EC 20/98 e outra pela EC 41/2003, será necessário considerar dois subgrupos integrantes das situações transitórias – um relacionado à primeira reforma e outro à segunda.

Situações transitórias em face da EC 20/98 – Tais situações referem-se aos servidores efetivos da Administração Direta, autárquica e fundacional que *ingressaram no serviço público antes da vigência da EC 20/98 (16/12/98),* mas que ainda não haviam consumado o direito adquirido à aposentadoria segundo os pressupostos então vigentes.

O regime foi estendido a magistrados e membros do Ministério Público e de Tribunal de Contas, agentes que anteriormente tinham regime diferenciado (art. 2º, § 2º, EC 41). Tendo em vista que sua aposentadoria demandava o lapso de 30 anos de serviço, o Constituinte, para adaptar tal situação à nova, que exige o período de 35 anos, admitiu a contagem do tempo anterior com o acréscimo de 17% (art. 2º, § 3º, EC 41), prosseguindo-se, a partir daí, a contagem normal do tempo de contribuição.[1997]

Em relação a todos esses agentes, incidia o art. 8º, da EC 20/98, mas a EC 41/2003 revogou esse dispositivo e, *no art. 2º,* instituiu nova disciplina sobre a

mesma matéria, introduzindo algumas alterações.[1998] Vejamos, pois, qual o regime jurídico que atualmente se lhes aplica. Averbe-se, no entanto, que a eles se assegura o *direito de opção* pelo regime transitório ou pelo novo, dependendo de seu interesse ou dos requisitos que tenha de cumprir.

Quanto aos *requisitos para aposentadoria*, o regime transitório lhes permite aposentar-se com idade inferior à atualmente exigida; em compensação, exige-se o acréscimo de período adicional ao tempo normal de contribuição.[1999] Assim, aplica-se o regime desde que o servidor:

a) tenha 53 anos de idade, se homem, e 48 anos, se mulher;
b) tenha 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
c) tenha tempo de contribuição (ou de serviço, considerado este anteriormente à EC 20) igual, no mínimo, à soma:
   1) do período de 35 anos, se homem, e 30, se mulher; e
   2) do período adicional de contribuição correspondente a 20% do tempo faltante, ao momento da reforma, para completar o tempo total regular necessário à aposentadoria.[2000]

O critério para o *cálculo dos proventos* foi alterado pela EC 41. Primeiramente, deverá atender-se ao art. 40, §§ 3º e 17, da CF, vale dizer, o cálculo será estabelecido conforme o que a lei estabelecer. Depois, terá redução de proventos: para cada ano antecipado em relação aos limites normais de idade (60 e 55 anos), o servidor terá seus proventos reduzidos em: a) 3,5%, se cumprir os requisitos para aposentadoria até 31.12.2005; b) 5%, se vier a cumpri-los após 01.01.2006.[2001] Não haverá, pois, direito a proventos integrais.[2002]

A *revisão dos proventos*, nessa hipótese, observará a mesma regra prevista no art. 40, § 8º, da CF, como consigna o art. 2º, § 6º, da EC 41/98. Significa, pois, que à lei caberá estabelecer os critérios de revisão, não mais se aplicando a ampla revisão anteriormente assegurada, que alcançava todos os aumentos da categoria e até a reclassificação e transformação posteriores dos cargos em que se deu a aposentadoria.

Optando por permanecer em atividade a despeito de ter completado as exigências para a aposentadoria, será assegurado ao servidor *abono de permanência*, que equivalerá ao valor da contribuição previdenciária que vinha descontando, perdurando o direito até que atinja a idade para aposentadoria compulsória (art. 2º, § 5º, EC 41/98).

A EC nº 47/2005 instituiu nova regra para os servidores que tenham ingressado no serviço público até 16.12.98 (art. 3º). Segundo o novo dispositivo, tais servidores poderão aposentar-se com proventos integrais, desde que preencham, cumulativamente, as seguintes condições: 1ª) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos, se mulher; 2ª) vinte e cinco anos de efetivo exercício do serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; 3ª) idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites normais previstos no art. 40 (60 e 55 anos, respectivamente, para o homem e para a mulher), de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder o período normal de 35 ou de 30 anos, respectivamente, para o homem e para a mulher.[2003] De qualquer modo, a norma faz a ressalva de que esses servidores podem optar pelas normas do art. 40 da CF ou dos arts. 2º e 6º, da EC 41/2003.

Para esses servidores, a inovação estendeu-se também ao critério de *revisão dos proventos* (art. 3º, parágrafo único, da EC 47/2005): aplicar-se-á no caso o art. 7º da EC 41/2003, que prevê a *revisão integral dos proventos* ou o também conhecido *regime da paridade integral*. Assim, haverá a revisão não só quando houver aumento da remuneração dos servidores ativos, como também quando houver benefícios ou vantagens concedidos posteriormente à inatividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo que originou a aposentadoria. O benefício foi estendido às pensões oriundas de proventos de servidores falecidos, cuja aposentadoria se tenha consumado em conformidade com o art. 3º da EC 47/2005.

SITUAÇÕES TRANSITÓRIAS EM FACE DA EC 41/2003 – São consideradas situações transitórias para fins deste tópico aquelas relacionadas aos servidores efetivos (Administração Direta, autarquias e fundações públicas) *que ingressaram no serviço público antes da data da publicação da EC 41/2003*, ocorrida em 31.12.2003, embora não tenham adquirido o direito à aposentadoria nas condições

então vigentes. São elas reguladas pelo *art. 6º* da EC 41.

Tal como sucedeu com a EC 20/98, a EC 41/2003 também conferiu aos servidores *direito de opção* quanto à disciplina aplicável. Assim, dispõe o art. 6º da mesma EC 41 que o servidor pode optar: a) pelo regime estabelecido no art. 40, da CF; b) pelo regime constante do art. 2º da citada EC 41 (neste caso, só se o servidor ingressou no serviço público antes da EC 20/98, o que examinamos anteriormente); c) pelo regime estabelecido no próprio art. 6º da EC 41.

Os dois primeiros já foram analisados. Cabe agora verificar as linhas do último.

A vantagem desse regime consiste no *cálculo dos proventos*: serão eles *integrais*, isto é, corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se aposentou. Por conseguinte, não haverá perda remuneratória, como foi previsto no art. 2º da EC 41 relativo às situações transitórias em face da EC 20/98, já estudadas.

Em compensação, não há, no que tange aos *requisitos para aposentadoria*, redução do limite de idade. Por outro lado, há maior exigência quanto ao tempo de serviço público. Desse modo, deverá o servidor, nessa opção, preencher os seguintes requisitos:

a) 60 anos de idade, se homem, ou 55 anos, se mulher;
b) 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher;
c) 20 anos de efetivo exercício no serviço público;
d) 10 anos de carreira e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que o servidor se aposentar.[2004]

Quanto à *revisão de proventos*, dispunha o art. 6º, parágrafo único, da EC 41/2003, que deveria ocorrer na mesma proporção e na mesma data em que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, *na forma da lei.*[2005] A EC nº 47/2005, todavia, revogou o citado art. 6º, parágrafo único, da EC 41/2003 e, em seu art. 2º, assegurou a esses servidores o direito à *revisão integral* (ou *regime de paridade*): os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo-lhes *estendidos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos*

àqueles servidores, ainda que decorrentes de *transformação ou reclassificação* do cargo ou função que serviu de base para a aposentadoria ou pensão. Passaram, então, tais servidores ao regime da *paridade integral*.

RENÚNCIA À APOSENTADORIA – Não é rara a hipótese em que o servidor público, ou mesmo o empregado do setor privado, embora já aposentado, pretende ingressar novamente no mercado de trabalho formal. Várias podem ser as razões para tanto; entre elas, contudo, destacam-se, sem qualquer sombra de dúvida, as de ordem financeira: com proventos insuficientes, o aposentado retorna à atividade para elevar seus rendimentos e melhorar sua condição de vida. A questão em foco reside na possibilidade de sujeitar-se o trabalhador ao *duplo regime* (da aposentadoria simultaneamente com o do emprego atual), ou, ao contrário, na necessidade da *renúncia à aposentadoria*.

No regime geral da previdência, aplicável, como regra, ao setor privado, inexiste vedação para o duplo regime. Se um mecânico aposentado pelo INSS é contratado por novo empregador, com vínculo trabalhista formal, terá direito à percepção dos proventos de sua aposentadoria e, *cumulativamente*, do salário decorrente do novo contrato de trabalho. Esse o efeito do duplo regime.

Quanto ao servidor público, todavia, impõe-se a aplicação de algumas normas de caráter específico.

De acordo com o art. 37, § 10, da CF, veda-se ao servidor público a percepção simultânea de proventos de aposentadoria concedida na forma do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 da CF com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, excepcionando-se, porém, a hipótese de acumulação permitida na atividade (art. 37, XVI, CF), de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, e de cargos eletivos. A norma apresenta dois aspectos que não podem ser esquecidos: 1º) destina-se aos *servidores estatutários efetivos* (que são os regulados pelos arts. 40, 42 e 142 da CF); 2º) a vedação alcança apenas *outro cargo, emprego ou função pública*; aqui, a proibição, portanto, não está relacionada ao *regime jurídico*, mas sim *à nova vinculação de trabalho com o Estado*.

Assim, será preciso distinguir as hipóteses.

Se o servidor foi aposentado pelo *regime especial* (ou *próprio*), é lícito que acumule esse regime com o geral da previdência, desde que se trate de emprego do

setor privado. Desse modo, um aposentado no cargo de Analista pode ser contratado como contador de uma empresa privada: com a duplicidade do regime, poderá acumular as remunerações.

O mesmo ocorre quando se trata dos casos de permissividade de acumulação previstos no art. 37, § 10, da CF: o servidor poderá também manter, simultaneamente, o regime de aposentadoria e o regime a que se subordinar a nova atividade. Exemplo: o médico aposentado pode ocupar novo cargo de médico, pois são cargos acumuláveis na atividade. Da mesma forma, o Analista aposentado pode perceber seus proventos de aposentadoria juntamente com vencimentos de um cargo em comissão (permissividade contemplada naquele mandamento).

Entretanto, se esse mesmo servidor aposentado se submete a concurso público para ocupar novo cargo público ou para exercer emprego público (não sendo estes acumuláveis, eletivos ou em comissão), não terá outra alternativa senão a *da renúncia à aposentadoria*, visto ser inviável fruir, simultaneamente, o regime da aposentadoria com o do trabalho ativo. A hipótese reflete *renúncia obrigatória*. É o caso, por exemplo, de Psicólogo aposentado que, sendo aprovado em concurso, pretenda ser investido no cargo de Oficial de Justiça.

Durante certo tempo, pairou alguma dúvida sobre a possibilidade de o servidor público (e também o empregado da iniciativa privada) renunciar à sua aposentadoria para o fim de reintegrar-se no mercado de trabalho, quando inviável a acumulação de regimes. Não obstante, a aposentadoria tem sido qualificada como *direito disponível* e, pois, sujeito à declaração de renúncia pelo titular, conforme orientação que tem sido sufragada na jurisprudência e que, em nosso entender, se harmoniza perfeitamente com o sistema vigente.[2006]

Nessas hipóteses, há outro aspecto relevante a considerar: o *tempo de contribuição* (ou *de serviço*, conforme o caso) computado para a aposentadoria. Esse fato jurídico, uma vez devidamente cumprido, espelha situação jurídica consumada, sendo por isso irretirável do patrimônio jurídico do titular do direito. Desse modo, uma vez consumada a renúncia à aposentadoria (nesta hipótese, *renúncia facultativa*), tem o interessado direito à *contagem desse tempo* na atual relação de trabalho para os fins de aquisição de novo direito à aposentadoria. Semelhante efeito jurídico da renúncia, da mesma forma, foi alvo de reconhecimento pelo Judiciário. É o caso, por exemplo, de aposentado pelo INSS que, aprovado em concurso, vem a ocupar

cargo público sob regime estatutário.[2007]

No caso de servidor aposentado pelo regime geral de previdência, que, como já visto, são os mencionados no art. 40, § 13, da CF, não se aplica o art. 37, § 10, da CF. Assim, não está sujeito à renúncia obrigatória no caso de vir a ocupar cargo efetivo sob regime estatutário. Para exemplificar: ex-servidora municipal aposentada pelo INSS pode, após a aposentadoria, titularizar cargo efetivo em qualquer ente federativo, acumulando os regimes de aposentadoria e de atividade e, em consequência, as respectivas remunerações. Se intentar, contudo, aposentar-se no novo cargo, deverá, aí sim, renunciar à sua aposentadoria e solicitar a contagem do tempo dentro do regime estatutário.

CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA – O ato de aposentadoria do servidor pode estar contaminado de vício de legalidade, como ocorre com qualquer ato administrativo. Quando tal ocorrer, o caso é de invalidação do ato, devendo o servidor retornar à atividade.

A cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa. Cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada.[2008] Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo.

Registre-se, por oportuno, que não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Por isso, inteiramente cabível a cassação da aposentadoria. Na verdade, até mesmo a aposentadoria compulsória de magistrado, que tem natureza punitiva, está sujeita à cassação se decisão superveniente a decretar em razão da condenação à perda do cargo.[2009] Semelhante solução tende a evitar que a aposentadoria (que – devemos lembrar – enseja remuneração) sirva como escudo para escamotear infrações gravíssimas cometidas pelo ex-servidor anteriormente, sem que se lhe aplique a necessária e justa punição.

Por tal motivo, quando o servidor passa para a inatividade a fim de fugir à responsabilidade funcional, e posteriormente se conclui, em regular processo disciplinar, no sentido de que praticou falta gravíssima, a pena de cassação de

aposentadoria aparesenta-se com duplo efeito: invalida o ato de aposentadoria e traduz a aplicação de penalidade equivalente à de demissão.[2010]

APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – Já anotamos anteriormente que, nos termos do art. 40, § 13, da CF, sujeitam-se ao regime geral de previdência social: 1º) os servidores trabalhistas; 2º) os servidores temporários; 3º) os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão. Por conseguinte, apenas os servidores titulares de cargos efetivos e vitalícios estão sujeitos ao regime específico de previdência (ou regime próprio).

Em relação aos servidores trabalhistas, há uma peculiaridade que, a nosso ver, merece comentário.

No regime da CLT, sempre houve controvérsia sobre se a aposentadoria voluntária daria ensejo, ou não, à extinção do contrato de trabalho. Para alguns, a aposentadoria provocaria a extinção natural do contrato laboral.[2011] Conforme o pensamento de outros especialistas, não ocorreria a extinção do contrato, sendo diversa a relação jurídica entre o empregado e a pessoa previdenciária.[2012] O STF, com amparo no art. 7º, I, da CF (proteção contra despedida arbitrária), considerou que toda despedida se configura como arbitrária quando não se fundar em falta grave, em motivos de ordem técnica e por razões econômico-financeiras (arts. 482 e 165, CLT), sendo vedado que o fato em si da aposentadoria acarrete a extinção do vínculo contratual.[2013]

Na verdade, como são *diversas as relações jurídicas* entre o empregado e o empregador, de um lado, e entre o empregado e a instituição previdenciária, de outro, a aquisição do direito à aposentadoria espontânea, segundo nos parece, não pode interferir no contrato de trabalho, de forma que este só se torna extinto se o servidor se afastar da atividade. Não se afastando, o contrato continua a vigorar normalmente, visto que não mais se exige o desligamento do empregado para a concessão da aposentadoria; com efeito, nem se lhe impõe a obrigação de aviso ao empregador. O direito ao benefício resulta diretamente da relação previdenciária, e só indiretamente da relação de trabalho. Sendo assim, a rescisão unilateral do Estado-empregador há de ensejar o pagamento das obrigações previstas em lei (verbas rescisórias).[2014]

Semelhante solução, entretanto, não se aplica aos servidores temporários e aos

servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, embora também sujeitos ao regime geral de previdência social. O regime jurídico daqueles é de direito público e de caráter especial, sendo o contrato firmado por tempo determinado. No que concerne aos últimos, o regime é estatutário e, portanto, não contratual, de modo que a aposentadoria é fato jurídico que extingue a relação estatutária e acarreta a vacância do respectivo cargo.[2015]

5.3. Pensões

SENTIDO – Instituto também de caráter previdenciário, a pensão é o pagamento efetuado pelo Estado à família do servidor em atividade ou aposentado em virtude de seu falecimento.

Assim como a aposentadoria, a pensão tem a natureza de benefício previdenciário e, da mesma forma que aquela, sujeita-se aos princípios da contributividade e da solidariedade mencionados no art. 40, *caput*, da CF, já anteriormente analisados.

Por tal motivo, para adquirir o direito à pensão, o servidor, no sistema clássico, efetuava contribuições a seu regime previdenciário ao longo do tempo em que exercia suas funções ou até mesmo no período de aposentadoria. Como o sistema de previdência atualmente assumiu o caráter de *solidário*, os próprios pensionistas estão sujeitos, em alguns casos, à contribuição previdenciária, como consigna o art. 40, § 18, da Constituição.

Cabe destacar, ainda, que, nos termos do art. 40, § 7º, cabe à lei dispor sobre a concessão do benefício da pensão por morte, enunciando situações fáticas, modos de percepção do benefício, beneficiários e, enfim, todos os aspectos relativos à outorga da pensão, sempre observados, porém, os parâmetros consignados na Constituição.

O ato de concessão de pensão, assim como sucede com o de aposentadoria, sujeita-se à apreciação de legalidade pelo Tribunal de Contas para fins de registro (art. 71, III, CF). Em virtude da grande demora ocorrida em alguns casos, tem-se considerado que, após cinco anos sem apreciação, qualquer alteração exigiria a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa em favor do interessado e, por via de consequência, do princípio da segurança jurídica. Segundo outros intérpretes, o prazo se situa dentro dos parâmetros de razoabilidade,

chegando-se, inclusive, a interpretação mais ampla, para reconhecer que a inobservância do referido prazo quinquenal, típico de decadência, ensejaria a perda do direito do Tribunal de Contas, de anular a pensão e proceder ao registro.[2016]

DISCIPLINA JURÍDICA – O *fato jurídico gerador* do direito à pensão é a morte do servidor em atividade ou a do servidor aposentado, sendo beneficiários os integrantes de sua família, nos termos estabelecidos em lei.

A *contribuição previdenciária* do pensionista resulta da aplicação, sobre o valor da pensão, de percentual igual ao fixado para os servidores efetivos. Só é devida a contribuição, contudo, se o valor for superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social a que se refere o art. 201, da CF. [2017]

Os critérios para o *cálculo da pensão* levam em consideração a remuneração do servidor em atividade ou aposentado (art. 40, § 7º). Se o servidor falece em atividade, a pensão corresponderá à totalidade de sua remuneração, caso seja esta inferior ao limite máximo de valor dos benefícios previdenciários (art. 201, CF c/c art. 5º, EC 41/2003); se exceder a esse limite, o pensionista perceberá o valor correspondente a esse limite acrescido de 70% da parte que o exceder. Idêntico critério é adotado no caso do falecimento de servidor aposentado: se os proventos superarem o referido limite, também será acrescido a ele valor correspondente a 70% da parte excedente.

Os pensionistas têm direito à *revisão das pensões*. Embora tenha abolido o direito à ampla revisão, como ocorria anteriormente, a Constituição assegurou o reajustamento dos benefícios (entre eles as pensões) em caráter permanente, sempre com o objetivo de que seja preservado seu valor real (art. 40, § 8º). Tais critérios de reajuste, no entanto, foram delegados à lei ordinária, de modo que caberá ao legislador apontar de que forma poderá ser assegurado o valor real da pensão, para com base nela definir o modo de reajuste.[2018]

Os pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, terão disciplina própria na lei específica oriunda da respectiva entidade da federação (art. 42, § 2º, CF, com a redação da EC 41/2003).

Todos esses aspectos das pensões se aplicam àqueles que vierem a qualificar-se como servidores, aposentados e pensionistas após a EC 41/2003, que introduziu o

novo delineamento jurídico sobre a matéria na Constituição. Entretanto, como vimos em relação às aposentadorias e proventos, foram enunciadas algumas normas destinadas às *situações transitórias,* assim consideradas aquelas em que a qualificação jurídica de servidor, aposentado ou pensionista ocorreu anteriormente à referida EC 41.

Vigora, pois, a regra pela qual se assegura a concessão, a qualquer tempo, de pensão aos dependentes do servidor que, até a data da vigência da EC 41, tenha preenchido todos os requisitos para a obtenção do benefício com base nos critérios do quadro normativo então vigente (art. 3º). Por outro lado, essa mesma legislação servirá de base para o cálculo do valor relativo a tal benefício (art. 3º, § 2º). A contribuição desses pensionistas é a que consta no art. 4º e parágrafo único, da EC 41/2003, já comentada em relação aos aposentados.[2019] Por último, foi garantido aos pensionistas em tela o direito à revisão do valor das pensões mercê dos critérios anteriormente adotados, que tem por base a modificação da remuneração dos servidores em atividade ou a ulterior transformação ou reclassificação de cargos, sendo a revisão processada na mesma data e na mesma proporção (art. 7º).

Importa salientar, nessa matéria, que o direito à pensão nasce ao momento em que são cumpridos todos os requisitos estabelecidos na respectiva legislação, sobretudo o fato gerador básico: o falecimento do servidor; antes dele, há apenas expectativa de direito.[2020] Vigora aqui o princípio do tempus regit actum. Infere-se, portanto, que, se o falecimento ocorreu já na vigência da EC 41/2003, a pensão reger-se-á por essa nova legislação, mesmo que o servidor falecido se tenha aposentado em momento anterior, e isso porque não é a aposentadoria que constitui fato gerador da pensão, e sim o falecimento. A não ser assim, estar-se-ia agredindo o princípio segundo o qual inexiste direito adquirido a regime jurídico. [2021]

6. Disponibilidade

6.1. Sentido

Disponibilidade é a situação funcional na qual o servidor passa à inatividade em virtude da extinção de seu cargo ou da declaração de sua desnecessidade (art. 41, § 3º, CF).

Nunca é demais lembrar que a extinção de um cargo é fato cuja apreciação fica atribuída aos órgãos administrativos, ainda que, como regra, dependa de lei para consumar-se. A estabilidade não protege o servidor contra a extinção do cargo, porque nesta se presume o interesse maior da Administração. Por outro lado, não seria justo que a extinção do cargo carreasse para o servidor situação de angústia pela perda do trabalho. É com essas vertentes que nasceu a disponibilidade.

É oportuno assinalar, desde logo, que o instituto em foco não se confunde com a *disponibilidade punitiva*, que, conforme indica a própria expressão, estampa modalidade de sanção funcional, e nada tem a ver com a extinção ou desnecessidade do cargo. É o caso da disponibilidade punitiva de magistrados, prevista no art. 93, VIII, da CF, pela qual fica o juiz afastado compulsoriamente de seu cargo pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, percebendo subsídios proporcionais ao tempo de serviço. [2022] Idêntica sanção, aliás, aplica-se também aos membros do Ministério Público, como prevê o art. 130-A, § 2º, III, da CF, introduzido pela E.C. 45/2004.

6.2. Pressupostos

Dois são os pressupostos para a disponibilidade. Em primeiro lugar, a extinção do cargo, que, como já vimos, depende de lei, exceto nas hipóteses dos cargos do Legislativo e do art. 84, VI, "b", da CF, neste caso quando os cargos estiverem vagos, o que foi registrado anteriormente.

O outro pressuposto é a declaração de desnecessidade do cargo. Essa declaração deve ser firmada através de ato administrativo, normalmente por decreto do Chefe do Executivo, e isso porque a Constituição em nenhum momento fez exigência quanto à forma dessa manifestação de vontade. Por outro lado, trata-se de atividade de caráter tipicamente administrativo, que se situa dentro do âmbito discricionário da Administração, a esta cabendo estabelecer o juízo de conveniência e oportunidade sobre valoração da desnecessidade.[2023] O ato administrativo declaratório, contudo, não é infenso ao controle judicial: se houver vício de legalidade, inclusive qualquer forma de desvio de finalidade, deverá ser invalidado.

Autorizada doutrina advoga o entendimento de que a *declaração de desnecessidade* deve ser *precedida de lei,* com o escopo de regulamentar o art. 41, § 3º, da CF.[2024] O STF adotou idêntica posição.[2025] Ousamos dissentir desse entendimento. A

nosso ver, o citado mandamento constitucional é autoaplicável, além de não ter feito qualquer exigência quanto à edição prévia de lei. Portanto, parece-nos que a declaração deva ser mesmo formalizada por meio de *ato administrativo,* em cujo conteúdo o órgão administrativo procederá à valoração quanto à desnecessidade dos cargos.[2026] Aliás, o próprio STF já deixara assentada tal orientação.[2027]

Em face da exigência de tais pressupostos, que, diga-se de passagem, não deixam margem a menor dúvida, afigura-se-nos inteiramente equivocado e inconstitucional o método utilizado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro para a política de exclusão dos servidores (a maior parte do grupo de polícia), integrantes do que foi denominado de *"banda podre"* do serviço público. Todos concordam que há a necessidade de afastamento de servidores corruptos, traficantes de drogas e desidiosos, sendo mesmo digno de aplausos o propósito de efetivar esse saneamento. Mas os decretos de afastamento tiveram conteúdo de evidente caráter punitivo, já que se destinaram especificamente a *alguns servidores*. Não houve extinção de cargo nem declaração de desnecessidade, como exige a Constituição, fatos que, aliás, devem ter caráter *genérico* por serem destinados a reduzir o quadro funcional por força de *desnecessidade funcional*, e não voltados a *determinados* servidores, como forma de puni-los pelas infrações das quais são acusados. Dissonantes da Constituição, tais decretos estariam a desafiar, com toda a certeza, a declaração de sua inconstitucionalidade.[2028]

6.3. Incidência

O mandamento constitucional se refere a cargos, indicando logicamente o regime estatutário: *Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade,* anota o art. 41, § 3º, da CF, o servidor ficará em disponibilidade *até seu adequado aproveitamento em outro cargo*.

Não obstante, é de levar-se em consideração que existem, como já visto anteriormente, servidores públicos de regimes diversos do estatutário, que também têm a garantia da estabilidade funcional. Não são titulares de cargos, porque em tais regimes não há propriamente cargos, mas funções; independentemente disso, contudo, foi-lhes assegurada aquela garantia, até mesmo em preceito constitucional. Que dizer, portanto, em relação a empregos públicos que precisam ser extintos ou que se tornaram desnecessários?

O STF, examinando a questão, deu relevo, para fins da disponibilidade, à estabilidade em si, e não à natureza do regime funcional. A decisão da Corte é no sentido de que *"a garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade do serviço público, que é assegurada não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, já que o art. 41 da CF se refere genericamente a servidores".*[2029]

A solução se nos afigura adequada em face de interpretação sistemática, já que não se justificaria entender que seria possível à Administração extinguir cargos ou declarar a sua desnecessidade, e estar impedida de fazê-lo em relação aos empregos públicos, deixando-a de pés e mãos atados em relação aos mesmos, ainda que comprovadamente fossem prescindíveis e suprimíveis. Não abonamos, no entanto, *concessa venia,* o argumento de que o art. 41 da CF, referindo-se a servidores, tenha alcançado também os trabalhistas, já que seus termos são nitidamente preordenados aos servidores estatutários, estes, sim, ocupantes de cargos. Por outro lado, entendemos que a solução alvitrada pela Corte deve limitar-se aos exercentes de empregos públicos que tenham a garantia da estabilidade. Se firmaram contrato de trabalho normal com a Administração, deverão submeter-se às regras da legislação trabalhista que dispõem sobre as formas e os efeitos da rescisão do pacto laboral.

6.4. Efeitos

Diz o art. 41, § 3º, da CF, que, ocorrendo tais pressupostos, o servidor ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Vislumbram-se, então, dois efeitos. O primeiro impõe que o servidor em disponibilidade perceba remuneração após a lei de extinção do cargo ou o ato de declaração de sua desnecessidade. Essa remuneração, deve destacar-se, tem a mesma natureza dos proventos, pois que é atribuída a servidor inativo (ainda que temporariamente).

O segundo efeito é o dever imposto à Administração de aproveitar o servidor em outro cargo, evitando-se a eternização da inatividade remunerada, com notórios prejuízos ao erário público. Esse pressuposto não existia na Constituição anterior, o que permitia situações como essa. Com os novos dizeres, o texto constitucional não mais permite esse fato: ocorrendo a disponibilidade, deve a Administração, da forma mais breve possível, providenciar o reingresso do servidor em outro cargo.

6.5. A Questão dos Proventos

Em relação aos ganhos do servidor em disponibilidade, tem havido algumas dúvidas sobre sua natureza. A Constituição anterior referia-se a *vencimentos proporcionais* (art. 100, parágrafo único), o que não era correto, porque vencimento não é apropriado para a remuneração na inatividade. A Carta vigente aludiu genericamente à *remuneração proporcional*, conferindo maior precisão a essa modalidade de ganhos. Anote-se, porém, que a natureza específica dos ganhos do servidor em disponibilidade, que está em inatividade ao menos temporariamente, é a de *proventos*, semelhantemente ao que ocorre com o aposentado. Se vier a ser aproveitado em outro cargo, aí sim, voltará a perceber vencimentos. Com efeito, naquelas situações o Estado *provê* (ou *supre*), vale dizer, oferece ao beneficiário determinado valor à guisa de auxílio, e não propriamente lhe destina *retribuição*. *[2030]* Apesar disso, há quem ainda entenda tratar-se de vencimentos.[2031]

Tornou-se polêmica a questão dos proventos no caso da disponibilidade. Suscitava-se a dúvida sobre se os proventos seriam integrais ou proporcionais na referida situação funcional.

Antes, porém, vale a pena trazer a razão da dúvida. A Constituição anterior, quando tratava da disponibilidade, consignava que o servidor perceberia vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (art. 100, parágrafo único). A vigente Constituição, quando foi promulgada, nenhuma alusão fez nesse sentido, limitando-se a exigir que o servidor viesse a ser aproveitado em outro cargo.

Duas correntes de pensamento, então, se formaram. A primeira com o entendimento de que, a despeito do silêncio da Constituição, os vencimentos (*rectius:* proventos) deveriam ser proporcionais, o que resultava da interpretação conjugada do art. 41, § 3º, com o art. 40, § 9º, da CF. Como este último dispositivo assegura o cômputo do tempo de serviço federal, estadual ou municipal para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, os vencimentos teriam que ser proporcionais, porque, a não ser assim, ficaria sem sentido o dispositivo.[2032]

Outra corrente teve pensamento diferente, advogando a tese de que os proventos deveriam ser pagos integralmente.[2033]

Com a devida vênia aos juristas que adotaram o primeiro pensamento, não nos convenceu o argumento da interpretação conjugada do art. 40, § 9º, e do art. 41, § 3º, da CF. Em nosso entendimento, deveria prevalecer a interpretação comparativa entre o sistema anterior e o vigente. No sistema anterior, o servidor

poderia ficar (como ficava, na prática) eternamente na situação de disponibilidade remunerada. Logicamente, os proventos deveriam ser pagos proporcionalmente ao tempo de serviço, porque, se não houvesse o aproveitamento, a remuneração do servidor seria ao menos inferior à que percebia na atividade, gerando menor desfalque ao erário público. A Carta em vigor, entretanto, alterou o conteúdo da norma anterior: de um lado, suprimiu a referência a vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; e de outro, inseriu a menção *até o seu adequado aproveitamento em outro cargo.*[2034]

Sensível à polêmica e visando a dirimir definitivamente a dúvida, a EC nº 19/98, que implantou a reforma administrativa do Estado, deixou definido, na alteração que introduziu no § 3º do art. 41 da CF, que o servidor estável ficará em disponibilidade *com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.* Desse modo, está agora superada a discussão quanto à forma de remuneração do servidor em disponibilidade. Registre-se que a base dos proventos continua sendo o *tempo de serviço* prestado pelo servidor, e não o *tempo de contribuição,* como ocorre com a aposentadoria. A norma do art. 41, § 3º, da CF, foi confirmada nesse ponto pelo art. 40, § 9º, da CF, introduzido pela EC nº 20/98, que implantou a reforma da previdência social.

É importante registrar, no entanto, que a alteração, a despeito de haver definido a forma remuneratória, não eliminou a obrigação cometida ao Poder Público, de providenciar o aproveitamento, em outro cargo, do servidor posto em disponibilidade, de modo que tal situação continua sendo qualificada como de mera transitoriedade, ainda que o servidor esteja sendo remunerado de forma proporcional. Como já tivemos a oportunidade de consignar na 1ª edição desta obra, deve a Administração planejar, com método e critérios técnicos, a extinção ou a declaração de desnecessidade de seus cargos, de modo a proporcionar o mais rápido aproveitamento dos servidores postos em disponibilidade. Na verdade, a disponibilidade deve significar um verdadeiro meio de remanejamento de cargos e funções, evitando-se os gastos efetuados com servidores que não exercem qualquer atividade em prol da Administração. A conta a ser paga não é pequena, e por isso não é justo que à coletividade caiba esse pesado ônus...

7. Mandato Eletivo

Ao servidor público é permitido exercer mandato eletivo. A qualificação profissional do servidor não poderia mesmo excluí-lo do processo eletivo, sabido que a elegibilidade constitui um dos mais relevantes direitos outorgados ao cidadão. É verdade que a eleição de servidor público pode refluir na relação estatutária, e por essa razão a Constituição traçou algumas regras a serem aplicadas nessa hipótese.

Se o servidor público é eleito para exercer mandato político, presume-se que irá se dedicar a essa nova atividade. Como não poderá exercer as funções normais de seu cargo, a regra é o surgimento da figura do *afastamento:* exercendo mandato eletivo, o servidor deverá afastar-se de seu cargo. Essa regra, porém, só atinge os servidores que passam a exercer mandato eletivo *federal, estadual* ou *distrital.* Para exemplificar, se um servidor que ocupe um cargo de economista é eleito para exercer o mandato de Deputado Estadual, terá que se afastar temporariamente de seu cargo. Logicamente, só perceberá, na hipótese, remuneração como Deputado.

Vindo a exercer o cargo político de Prefeito, a restrição é menor: embora tenha que se afastar de seu cargo, pode optar pela remuneração de seu cargo efetivo ou do cargo de Prefeito. Se, no caso citado acima, os vencimentos e vantagens do cargo de economista superam a remuneração do cargo de Prefeito, pode o servidor exercer este último cargo, mas continuar percebendo sua remuneração como economista.

A restrição pode ser ainda menor quando o servidor passa a ocupar o cargo de Vereador. Aqui é necessário verificar, preliminarmente, a questão da *compatibilidade de horários.* Não havendo essa compatibilidade, aplicar-se-á a mesma regra que incide sobre o cargo de Prefeito. Mas se houver compatibilidade de horários, perceberá dupla remuneração: a de seu cargo administrativo e a do cargo de Vereador. Essa, aliás, é a única hipótese de acumulação remunerada de cargos no que toca ao processo eletivo de servidor público. Supondo-se que o já citado economista, do quadro estadual, por exemplo, tenha jornada apenas no horário da manhã e que as sessões da Câmara Municipal sejam realizadas no horário da tarde, poderão ser acumuladas as funções dos cargos, bem como as remunerações a eles atribuídas. [2035] Vedado, porém, é que o Vereador aceite ocupar cargo em comissão ou exonerável *ad nutum* em pessoas administrativas e empresas concessionárias de serviço público, situações incompatíveis com o mandato eletivo. É o que dimana da interpretação do art. 54, I, "b", e II, "b", com o art. 29, VII, da CF. A proibição

estende-se, aliás, a qualquer mandato eletivo do Poder Legislativo. Assim, a acumulação permitida incide apenas sobre cargos efetivos.

De outro lado, há vedação também no que concerne à acumulação remunerada do cargo de Vereador com o de Secretário Municipal. Nos termos do art. 29, IX, da CF, as proibições e incompatibilidades aplicáveis à vereança devem guardar correspondência, no que couber, com os modelos federal e estadual referentes aos respectivos parlamentares. Assim, a vedação funda-se na interpretação sistemática dos arts. 38, III, 54 e 56 da CF, bem como no princípio da separação dos Poderes, conforme acertadamente já se decidiu.[2036]

Para que o servidor não seja prejudicado pelo exercício do mandato popular, seu tempo de serviço deverá ser contado para todos os efeitos, exceto para promoção por merecimento. A regra procura conciliar os dois interesses. A contagem do tempo permite que o servidor eleito obtenha os benefícios que o estatuto lhe garante. Não a promoção por merecimento, porém, que depende do efetivo exercício das funções do cargo e se afigura incompatível com a situação de afastamento. A regra, no entanto, não é de se aplicar aos servidores que acumulam seu cargo com o de Vereador: como não se afastam do cargo efetivo, continua sendo possível que sejam promovidos por merecimento.[2037]

Solução idêntica é fixada para o cálculo de benefício previdenciário, que será efetuado, no caso de afastamento do servidor, como se em exercício estivesse.

O quadro normativo relativo ao exercício de mandado eletivo por servidor público consta do art. 38 da Constituição Federal.

O texto do art. 38 sofreu alteração pela EC nº 19/98, concernente à reforma administrativa do Estado, especificando mais detalhadamente quais os destinatários da norma. A expressão *servidor público* foi substituída por *servidor público da administração direta, autárquica e fundacional*, indicando o legislador constituinte sua intenção de estender a servidores de autarquias e fundações públicas o mesmo regime já adotado para os servidores da Administração Direta. Diante do referido mandamento, infere-se que a disciplina nele estabelecida não se aplica a empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, entidades nas quais o regime de pessoal é delineado pela legislação trabalhista.

8. Sistema Constitucional de Remuneração

8.1. Remuneração

O sistema remuneratório no serviço público, seja em nível constitucional, seja no plano das leis funcionais, é um dos pontos mais confusos do regime estatutário. O grande choque de interesses, o escamoteamento de vencimentos, a simulação da natureza das parcelas estipendiais, a imoralidade administrativa, tudo enfim acaba por acarretar uma confusão sem limites, gerando uma infinidade de soluções diversas para casos iguais e uma só solução para hipóteses diferentes. Vejamos o sistema normativo constitucional a respeito.

Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.[2038]

REMUNERAÇÃO BÁSICA – A remuneração básica consiste na importância correspondente ao cargo ou ao emprego do servidor. Cuida-se do núcleo remuneratório. A ele podem, ou não, ser acrescidas outras parcelas.

Vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo, conforme a correta conceituação prevista no estatuto funcional federal (art. 40, Lei nº 8.112/90).[2039] Emprega-se, ainda, no mesmo sentido *vencimento-base* ou *vencimento-padrão*. Essa retribuição se relaciona diretamente com o cargo ocupado pelo servidor: todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado.

O substrato fático do vencimento é, como regra, o *exercício das funções* relativas ao cargo, embora haja situações especiais em que o servidor faz jus à remuneração sem exercer funções (férias, licenças para tratamento de saúde etc.). Se a nomeação vier a ser anulada, o vencimento se converte em indenização pelo trabalho executado, não tendo o ex-servidor o dever de devolução de tais parcelas.[2040]

A fixação do valor da remuneração dos servidores demanda a edição de *lei*, como afirmado peremptoriamente no art. 37, X, da Constituição, observada a iniciativa privativa em cada caso. No caso dos servidores do Executivo, a iniciativa compete ao Chefe desse Poder, como estabelece o art. 61, § 1º, II, "a", da CF. Para os membros e servidores do Judiciário, a iniciativa é dos Tribunais (art. 96, II, "b", CF), e para os do Ministério Público é do respectivo Procurador-Geral (art. 127, § 2º, CF). Note-se, por oportuno, que a preservação da iniciativa reservada implica também vedação a que o Legislativo apresente emenda que acarrete aumento de

despesa aos respectivos projetos.[2041] Não havia anteriormente exigência de lei para a fixação dos vencimentos dos cargos administrativos do Legislativo, mas a EC nº 19/98, alterando os arts. 51, IV e 52, XIII, da CF, passou a exigir lei para tal fim, conferindo a cada Casa Legislativa, no entanto, o poder de iniciativa.

Pela EC nº 19/98, que traçou as regras gerais pertinentes à reforma administrativa do Estado, passou a ser denominada de *"subsídio"* a remuneração do membro de Poder, do detentor de cargo eletivo, dos Ministros de Estado e dos Secretários Estaduais e Municipais, conforme a nova redação do art. 39, § 4º, da CF, bem como a remuneração dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, "c", da CF) e dos integrantes da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, incluindo-se nesta as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 135 c/c arts. 131 e 133, o primeiro com remissão ao art. 39, § 4º). Da mesma forma, aplica-se tal tipo de remuneração aos servidores policiais integrantes das polícias mencionadas no art. 144, I a V, da CF, como enunciado no art. 144, § 9º, da Carta política.

De acordo com o referido mandamento, duas são as características do subsídio: em primeiro lugar, deve *observar o teto remuneratório* fixado no art. 37, XI; além disso, deve ser estabelecido em *parcela única*, sendo, portanto, vedado o acréscimo de algumas vantagens pecuniárias, como gratificações, adicionais, abonos, prêmios, verbas de representação e outras de caráter remuneratório. A norma, entretanto, tem sido interpretada com temperamentos, ocasionando algumas dúvidas quanto à sua legitimidade, como veremos adiante no tópico relativo ao teto remuneratório.

Aliás, não custa lembrar que o próprio art. 39, § 4º, da CF, não pode ser interpretado de forma literal, mas sim em conjugação com o parágrafo 3º do mesmo artigo, que manda aplicar aos servidores vários direitos concedidos aos trabalhadores da iniciativa privada, entre eles o adicional de férias, o décimo-terceiro salário, o acréscimo de horas extraordinárias, o adicional de trabalho noturno etc. São direitos sociais que não podem ser postergados pela Administração. Por conseguinte, é induvidoso que algumas situações ensejarão acréscimo pecuniário à dita "*parcela única*".[2042]

A fixação dos subsídios dos Deputados e Senadores, bem como do Presidente, do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado continua a ser da

competência exclusiva do Congresso, como consta do texto atual do art. 49, VII e VIII, também alterado pela citada Emenda. Por ser exclusiva a competência, e dispensável a sanção do Presidente, o ato de fixação remuneratória não será a lei, mas ato interno do Congresso (decreto legislativo[2043]). Os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, entretanto, devem ser fixados *por lei*, como previsto no art. 48, XV, da CF, com a redação da EC 41/2003, cuja iniciativa será da competência do mesmo Tribunal, cabendo aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa da lei que fixa a remuneração de seus membros, como consigna o art. 96, II, "b", da CF, também com a redação da citada EC 41/2003. Na verdade, a referida lei (que veio a ser editada posteriormente) foi contemplada como sendo o pressuposto necessário à implantação do sistema de subsídios, como, aliás, já havia sido definido pelo Supremo Tribunal Federal.[2044]

Quanto ao valor mínimo de retribuição, a vigente Constituição oferece aos servidores públicos a mesma garantia atribuída aos empregados em geral: nenhuma remuneração pode ser inferior ao salário mínimo (art. 7º, IV c/c art. 39, § 3º, CF). Para o valor mínimo, considera-se o total da *remuneração,* e não o *vencimento* do cargo em si: assim, pode este ser inferior àquele valor, mas se lhe acrescerá parcela pecuniária *(abono)* para ser alcançada a remuneração mínima. Portanto, salário mínimo para o servidor indica a sua remuneração mínima.[2045]

Por exceção, considera-se legítima a fixação de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças no início de sua prestação do serviço militar. Constitui fundamento o fato de não ter sido incluído, no rol das garantias dispensadas aos servidores militares, o citado inciso IV do art. 7º (art. 142, § 3º, VIII, CF), de onde se pode inferir a aplicabilidade de disciplina especial.[2046]

Vale a pena insistir na importante alteração introduzida nos arts. 51, IV, e 52, XIII, da CF. Pelo texto atual, permitir-se-á que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal tenham a competência apenas *para a iniciativa da lei* visando à fixação da remuneração *de seus servidores*, eliminando-se, assim, a prerrogativa originalmente contemplada nos referidos dispositivos. Aliás, na nova redação do art. 37, X, da CF, o texto é claro e peremptório ao exigir que a remuneração de servidores e o subsídio de alguns desses agentes especiais (membros de Poder, titulares de cargo eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais) *somente possam efetuar-se por lei específica.*

No caso de servidor trabalhista, sua remuneração básica é o salário, pago pelo empregador como contraprestação do serviço, como define o art. 457 da CLT, embora por vezes seja adotada erroneamente denominação diversa. Como Estado e servidor celebram contrato de trabalho, de caráter oneroso e sinalagmático, a prestação do serviço pelo servidor empregado e a sua retribuição pelo salário figuram como elementos essenciais do negócio.[2047]

VANTAGENS PECUNIÁRIAS – *Vantagens pecuniárias* são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente. Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem. Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade; funções exercidas em gabinetes de chefia; trabalho em condições anormais de dificuldades etc.

São vantagens pecuniárias, entre outras, os adicionais e as gratificações. HELY LOPES MEIRELLES buscou distinguir essas duas espécies de retribuição:

> *"O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é ser aquele uma recompensa ao* tempo de serviço *do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de* funções especiais *que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por* serviços comuns *executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor".*[2048]

A despeito da distinção, a verdade é que, na prática, não tem sido ela adotada nos infinitos diplomas que tratam da matéria. De fato, seria razoável distinguir essas vantagens considerando que os adicionais se referem à especificidade da função, ao passo que as gratificações têm relação com a especificidade da situação fática de exercício da função. Entendemos, não obstante, que atualmente não mais prevalece a distinção, razão por que nos parece que o fator mais importante é o que leva em conta que as vantagens pecuniárias pressupõem sempre a ocorrência de um suporte fático específico para gerar o direito a sua percepção. Será, pois, irrelevante que a

vantagem relativa ao tempo de serviço seja denominada de adicional de tempo de serviço ou de gratificação de tempo de serviço; de adicional de insalubridade ou de gratificação de insalubridade; de adicional ou de gratificação de nível universitário. O que vai importar é a verificação, na norma pertinente, do fato que gera o direito à percepção da vantagem.

Dependendo do estatuto funcional, outras vantagens podem ser previstas, como é o caso de abonos, prêmios, verbas de representação, parcelas compensatórias, direito pessoal e outras da mesma natureza. Todas essas têm caráter remuneratório, ou seja, incluem-se entre os ganhos do servidor. Tais parcelas, conquanto indiquem vantagem pecuniária, não se confundem com aquelas que espelham natureza indenizatória, servindo para compensar gastos efetuados pelo servidor. Como exemplos, o auxílio-transporte, a ajuda de custo para mudança, o auxílio-alimentação, as diárias e outras vantagens similares. Como não constituem propriamente rendimentos, sobre elas não podem incidir o imposto de renda nem a contribuição previdenciária.[2049] O valor relativo a horas extraordinárias, porém, caracteriza-se como remuneratório e, por isso, sujeita-se à referida incidência tributária.[2050]

Adite-se, no entanto, que referidas vantagens pecuniárias não podem ser acrescidas à remuneração que a Constituição passou a qualificar como *subsídio*. Com efeito, de acordo com o art. 39, § 4º, da CF, introduzido pela EC nº 19/98, a remuneração pelo sistema de subsídios é fixada em parcela única, sendo, por conseguinte, vedada a percepção de acréscimos de qualquer natureza, como adicionais, gratificações, abonos, prêmios, verbas de representação e outros do mesmo gênero. Significa dizer que a remuneração hoje percebida, em várias parcelas, pelos agentes incluídos no sistema de subsídios deverá futuramente ser transformada em parcela única, sempre obedecido o teto remuneratório previsto no art. 37, X e XI, da CF.

No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de *gratificação* ou de *adicional*, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são

pagas somente aos servidores que os preenchem. As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias. É o caso da *gratificação de encargos especiais*, que, no Estado do Rio de Janeiro, é paga com o caráter de generalidade e nasceu realmente para elevar vencimentos. A respeito dessa gratificação, decidiu o TJ-RJ que tal vantagem, *"dada a sua feição genérica e indefinida, e a destinação vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do ente público em referência, tanto os ativos quanto os aposentados"*.[2051] Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco.[2052] Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo. Imaginem-se tais distorções nas milhares de entidades componentes de nossa federação...[2053]

Alguns estatutos funcionais preveem o denominado sistema de *incorporação,* pelo qual o servidor agrega ao vencimento-base de seu cargo efetivo determinado valor normalmente derivado da percepção contínua, por período preestabelecido, de certa vantagem pecuniária ou decorrente do provimento em cargo em comissão. Exemplifique-se com a hipótese em que o servidor incorpora o valor correspondente a 50% do vencimento de cargo em comissão, se nele permanecer dez anos ininterruptamente. Ou com a incorporação do valor correspondente a certa gratificação funcional se esta for percebida no mínimo por cinco anos. Seja como for, esse valor incorporado terá a natureza jurídica de vantagem pecuniária, por ser diverso da importância percebida em razão do cargo, mas, em última análise, reflete verdadeiro acréscimo na remuneração do servidor por seu caráter de permanência. Consumado o fato que a lei definiu como gerador da incorporação, o valor incorporado constituirá direito adquirido do servidor, sendo, portanto, insuscetível de supressão posterior pela Administração. O necessário, sem dúvida, é que a lei funcional demarque, com exatidão e em cada caso, qual a situação fática que, consumada, vai propiciar a incorporação; ocorrida a situação, o servidor faz jus à agregação do valor a seu vencimento-base.[2054] Não havendo lei que contemple de forma expressa a incorporação, o servidor não tem direito a esse tipo de vantagem.[2055]

Deve consignar-se, por oportuno, que a parcela incorporada só constitui direito do titular enquanto sujeito ao regime jurídico dentro do qual se operou a

incorporação. Se o servidor ingressa em outro regime jurídico, não faz jus à percepção da aludida parcela, a menos que haja previsão expressa do estatuto em sentido contrário. O fundamento reside no postulado, pacificamente reconhecido (e já comentado anteriormente), segundo o qual inexiste direito adquirido a regime jurídico.[2056]

As vantagens pecuniárias devem ser acrescidas tomando como base o vencimento do cargo. Não podem os acréscimos pecuniários ser computados nem acumulados para o efeito da percepção de outros acréscimos. Essa foi (e ainda é em alguns casos) uma prática constante empregada na Administração, denominada de *efeito cascata*, e que gera evidentes distorções no sistema remuneratório. A Constituição coíbe essa prática no art. 37, XIV, com a redação dada pela EC 19/98, ainda que o acréscimo tenha o mesmo título ou fundamento.[2057]

Depois de algumas hesitações nos Tribunais, pacificou-se o entendimento de que o cálculo de gratificações e outras vantagens pecuniárias *não incide sobre o abono* que serve para complementar o vencimento do servidor a fim de alcançar o valor do salário mínimo – o qual, como visto, considera a remuneração do servidor, e não seu vencimento-base.[2058] Em nosso entender, essa não foi a melhor decisão. Se o referido abono é parcela remuneratória necessária para alcançar o salário (remuneração) mínimo do servidor, a remuneração final é que deveria constituir a base de cálculo para a incidência das vantagens pecuniárias, e não apenas o valor do vencimento-base, inferior ao salário mínimo constitucional. A orientação, como se pode inferir, prejudica justamente os servidores de menor padrão remuneratório, o que espelha flagrante injustiça.

Malgrado possa haver reajuste do valor atribuído às vantagens pecuniárias, já se pacificou o entendimento de que, ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedado adotar-se o salário mínimo como indexador de base de cálculo das referidas parcelas, quando percebidas pelos servidores púbicos (e também pelos empregados em geral). Assim, por exemplo, não pode a lei fixar que o adicional de insalubridade (ou qualquer outro adicional) tenha como base de cálculo dois salários mínimos, nem que seja reajustado com base na elevação do salário mínimo.[2059] Por outro lado, é também vedado que o Judiciário profira decisão com o objetivo de substituir o aludido indexador, já que, por linha transversa, estaria criando vantagem sem fundamento legal.[2060]

Embora a questão remuneratória esteja, em regra, afeta a cada ente federativo, por força de sua autonomia, assegura-se, em situações excepcionais, *remuneração mínima* para *todos os servidores públicos* de determinada categoria. Com lastro no art. 60, III, "e", do ADCT da Constituição, a Lei nº 11.738, de 16.07.2008, ao regulamentar o dispositivo, fixou *piso salarial profissional* para os *profissionais do magistério público da educação básica*, independentemente do regime jurídico sob cuja égide exerçam suas funções. A implementação do sistema será gradativa, mas a fixação do referido piso obriga a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em outras palavras, nenhum cargo ou emprego público poderá ter remuneração inferior à fixada para o piso salarial. Alguns entes públicos têm sustentado haver inconstitucionalidade na fixação do piso, sob a alegação de que a matéria é reservada à lei de iniciativa do Executivo (art. 61, § 1º, II, CF) e que haveria ofensa ao pacto federativo em virtude de a lei ser federal (arts. 1º, 25 e 60, § 4º, I. CF). Não nos parece correta a impugnação, pois que a citada lei teve por base dispositivo constitucional (art. 60, III, "e", ADCT da CF), no qual se previu *piso nacional*, cabendo, pois, à lei federal (no caso, de *caráter nacional*) regular a matéria.[2061]

8.2. Revisão Remuneratória

A Constituição assegura aos servidores públicos, no art. 37, X, o direito à revisão de sua remuneração. O dispositivo, aliás, contém impropriedade técnica ao referir-se *"à remuneração dos servidores públicos e ao subsídio de que trata o art. 39, § 4º..."*, parecendo considerar o subsídio coisa diversa da remuneração, quando nenhuma dúvida existe de que o subsídio é uma das espécies de remuneração. A leitura correta, pois, do mandamento deve ser no sentido de que a revisão incidirá *na remuneração básica* dos servidores e agentes públicos.

A revisão remuneratória pressupõe alguns requisitos particulares.

O primeiro é o *requisito formal*, segundo o qual é exigível lei específica para sua efetivação. Depois, temos o *requisito da generalidade*, indicativo de que a revisão deverá ser geral, processando-se de forma ampla, em ordem a alcançar o universo integral dos servidores, incluindo-se aí os servidores do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público. Pelo *requisito da anualidade*, a revisão deverá ter periodicidade de um ano. Em relação a este requisito, cabe a cada ente federativo fixar o momento dentro do ano em que se dará a revisão. A anualidade é a

periodicidade mínima, de onde se infere que nada obsta a que a periodicidade seja menor. Finalmente, impõe-se a presença do *requisito isonômico*, pelo qual se exige que sejam idênticos os índices revisionais.

Na Administração Federal, o diploma que regulamenta o art. 37, X, da CF, é a Lei nº 10.331, de 18/12/2001. Nela foi previsto o mês de janeiro para a revisão, estendida também a proventos e pensões. Tornar-se-á necessário, contudo, observar algumas condições: a) definição do índice em lei específica; b) previsão na lei de diretrizes orçamentárias; c) previsão da despesa e indicação das fontes de custeio; d) disponibilidade financeira, sem interferência nos compromissos assumidos em áreas prioritárias de interesse econômico e social; e) respeito aos limites com despesas de pessoal registrados na legislação pertinente;[2062] f) adequação do índice à evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho. Estados, Distrito Federal e Municípios também deverão editar suas respectivas leis, já que o mandamento constitucional é extensivo a todos os entes federativos.

No que concerne ao realinhamento da remuneração dos servidores, cumpre distinguir a *revisão geral* da *revisão específica*. Aquela retrata um reajustamento genérico, calcado fundamentalmente na perda de poder aquisitivo do servidor em decorrência do processo inflacionário; esta atinge apenas determinados cargos e carreiras, considerando-se a remuneração paga às respectivas funções no mercado comum de trabalho, para o fim de ser evitada defasagem mais profunda entre as remunerações do servidor público e do empregado privado. São, portanto, formas diversas de revisão e apoiadas em fundamentos diversos e inconfundíveis.

Por esse motivo, causa estranheza que a citada Lei nº 10.331 determine sejam deduzidos da revisão os percentuais concedidos no exercício anterior a título de reorganização ou reestruturação de cargos e carreiras. Ora, se tais fatos administrativos visaram a carreiras e cargos determinados, espelharam revisão específica para os respectivos servidores, e esse tipo de revisão, numa análise lógica, não poderia subsumir-se no índice aplicado na revisão geral. Infere-se que tal dedução, em última análise, acabará por reduzir ou tornar sem efeito a revisão específica.[2063]

A distinção entre *revisão geral* e *revisão específica* tem relevância também no que diz respeito à *iniciativa da lei* que tiver tais objetivos. Tratando-se de *revisão geral*, a

iniciativa da lei compete ao Presidente da República e aos demais Chefes do Executivo, conforme estabelecem os arts. 37, X e 61, § 1º, II, "a", da CF.[2064] As *revisões específicas*, porém, dependem de lei cuja iniciativa compete à autoridade dirigente em cada Poder, dispondo em tal sentido o mesmo art. 37, X, da CF; nessa hipótese, por conseguinte, não se aplica o citado art. 61, § 1º, que trata da iniciativa privativa do Presidente da República.[2065]

Registre-se, ainda, que a revisão remuneratória constitui direito dos servidores e dever inarredável por parte dos governos de todas as entidades da federação. A ausência de lei disciplinadora da revisão estampa *inconstitucionalidade por omissão*, que suscita a possibilidade de o Judiciário declará-la e de dar ciência aos órgãos omissos sobre a falta de cumprimento do dever constitucional.[2066]

Não obstante, o procedimento de revisão de vencimentos tem caráter eminentemente administrativo. Assim, é vedado que o Poder Judiciário determine o *aumento de remuneração* dos servidores, ainda que a pretexto de isonomia; se o fizesse, estaria ingerindo, de forma indevida, na área reservada à Administração Pública e ao Legislativo. Não cabe, por conseguinte, formular pretensões judiciais com esse objetivo.[2067] Sobre o tema, aliás, já se pacificou a jurisprudência.[2068]

Quanto ao índice de reajuste, o STF advogou o entendimento de que se revela inconstitucional a lei municipal que estabelece o reajuste automático de servidores municipais pela variação do IPC, fundando-se o Tribunal na ofensa ao princípio da autonomia do Município, prevista no art. 18 da CF.[2069] Em nosso entendimento, contudo, o problema se situa no reajuste *automático* por índice fixado pelo Governo Federal. Daí, nada impede que, *em cada período anual*, o Município possa fundar seu dever revisional na variação adotada por índices oficiais fixados por entidade federativa diversa. Nesse caso, nenhuma inconstitucionalidade pode ser imputada à lei revisora de remuneração, porquanto terá sido plenamente assegurada a autonomia municipal, consubstanciada exatamente na possibilidade de opção pelo índice de reajuste mais adequado.

Tal interpretação parece emanar dos dizeres da Súmula nº 681 do STF: "*É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária*". A inconstitucionalidade reside, em nosso entender, na circunstância de Estados e Municípios estarem *automática e permanentemente* atrelados aos índices federais de correção,[2070] mas nenhum vício

existirá se se tratar de *adoção eventual* de um desses índices para proporcionar a reposição de perdas inflacionárias em favor dos servidores. É exatamente nesse ponto, aliás, que se concentra o poder discricionário dos entes estaduais e municipais para estabelecer o índice de revisão dos vencimentos. Interpretação diversa conduziria à conclusão de que Estados e Municípios *jamais* poderiam utilizar índice adotado na esfera federal, o que seria rematado absurdo.

Conquanto não haja previsão do índice a ser adotado para a revisão remuneratória, parece-nos que o Poder Público não tem inteira discricionariedade de fixar aquele que lhe convenha; a ser assim, tal decisão poderia tornar ineficaz o mandamento constitucional. Deve ser aplicado o *índice oficial* e, se mais de um houver, aquele que retrate o escopo da norma, isto é, que proceda à recomposição remuneratória e restabeleça o poder aquisitivo do servidor.[2071]

8.3. Irredutibilidade

A garantia da irredutibilidade de vencimentos tradicionalmente constituiu prerrogativa dos magistrados e membros dos Tribunais de Contas, e até hoje a garantia subsiste, ao lado da vitaliciedade e da inamovibilidade (arts. 93, I a III, e 73, § 3º, da CF).

A Constituição de 1988, no art. 37, inc. XV, dando uma guinada de cento e oitenta graus em relação ao entendimento então dominante no Direito Administrativo, que consistia em admitir-se a redução de vencimentos de servidores sujeitos ao regime estatutário, estendeu a mesma garantia aos servidores públicos em geral, sejam eles sujeitos ao regime estatutário (cargos públicos), sejam regidos pela legislação trabalhista (emprego público). A garantia estende-se também a cargos em comissão e funções gratificadas, como acertadamente já decidiu o STF. [2072]

Entretanto, como bem assinalam alguns estudiosos, enquanto a prerrogativa da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados tinha como razão inspiradora a garantia de desempenho imparcial e independente de sua função específica – a função jurisdicional – não foi certamente essa a razão que mobilizou o Constituinte a estendê-la a todos os servidores, e do modo como foi outorgada configura-se efetivamente como mero benefício de ordem pessoal, mais inerente à pessoa do servidor do que à função que desempenha.[2073] Desse modo, pode hoje afirmar-

se que a irredutibilidade nem mais representa uma prerrogativa. De garantia peculiar atribuída a categorias especiais de agentes públicos passou a indicar direito funcional genérico de todos os servidores permanentes.

O sentido da irredutibilidade, porém, não é absoluto. Protege-se o servidor apenas contra a *redução direta* de seus vencimentos, isto é, contra a lei ou qualquer outro ato que pretenda atribuir ao cargo ou à função decorrente de emprego público importância inferior à que já estava fixada ou fora contratada anteriormente. Contudo, os Tribunais já se pacificaram no sentido de que não há proteção contra a *redução indireta*, assim considerada aquela em que: 1) o vencimento não acompanha *pari passu* o índice inflacionário; ou 2) o vencimento nominal sofre redução em virtude da incidência de impostos. Nessa linha, aliás, o art. 37, XV, da CF ressalva expressamente os arts. 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, que retratam, respectivamente, o princípio da igualdade dos contribuintes, a incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e os critérios da generalidade, universalidade e progressividade, inerentes ao referido tributo.

A leitura da regra constitucional, por outro lado, deve levar em consideração o vencimento básico do cargo, o salário contratado e as parcelas incorporadas, que passam, na verdade, a integrar a parcela básica. Não se incluem, todavia, na garantia da irredutibilidade os adicionais e as gratificações devidos por força de circunstâncias específicas e muitas vezes de caráter transitório, as quais podem suscitar até sua absorção em vencimento mais elevado, como ocorre na implantação de novos planos de cargos e carreiras.[2074] Tal entendimento, diga-se de passagem, já foi esposado pelo STF, tendo-se decidido que o princípio da irredutibilidade de vencimentos *"não veda a redução de parcelas que componham os critérios legais de fixação, desde que não se diminua o valor da remuneração na sua totalidade"*.[2075]

Com esse pensamento, o STJ já teve a oportunidade de decidir que *"só os vencimentos são irredutíveis; as gratificações, salvo aquelas de caráter individual, podem, para efeito de aplicação do denominado redutor salarial, sofrer limitações quantitativas"*. Concluiu-se, no caso, que a gratificação de produtividade deve ser alcançada pelo mencionado redutor salarial, se a remuneração, no total, ultrapassar o limite legal estabelecido. [2076]

Como o mandamento constitucional não distingue, a garantia da irredutibilidade alcança, da mesma forma, os cargos em comissão. Resulta, pois,

que, se o titular de cargo em comissão for afetado por força de novo plano de cargos e vencimentos, não poderá sofrer decréscimo remuneratório, devendo ser-lhe assegurada a percepção, como vantagem pessoal, de parcela que corresponda à diferença entre a remuneração que vinha percebendo e a nova. Tal parcela, contudo, sujeita-se à *absorção* integral ou gradativa em decorrência de futuros aumentos de remuneração, e tem sido nominada de diversas formas, como *"parcela absorvível", "vantagem pessoal nominalmente identificável", "direito pessoal", "diferença individual",* e outras do gênero – todas indicativas do direito do servidor de não sofrer redução em seus vencimentos.[2077]

Como a garantia da irredutibilidade abrange vencimentos do servidor estatutário e salários dos servidores trabalhistas, não pode ser reduzida a remuneração do servidor no caso de mudar de regime funcional. Assim, se um servidor trabalhista, por exemplo, é transposto para o regime estatutário, passando a ocupar cargo e, em consequência, deixando de receber algumas vantagens inerentes ao regime contratual, sua remuneração nominal não pode ser reduzida. A Administração deverá remunerá-lo com o valor do vencimento do cargo somado à parcela que venha a completar o antigo salário, parcela essa a ser paga como direito pessoal irretirável e dotada de natureza remuneratória.[2078]

Por outro lado, a *ampliação da jornada de trabalho* pode provocar ofensa ao princípio da irredutibilidade. Se a jornada alcança certo número de horas semanais - por exemplo, 30 horas – e o regime passa a ser de 40 horas, a essa ampliação deve corresponder o aumento da remuneração para o fim de ficar adequada ao novo regime. A persistência do vencimento anterior, diante do aumento da jornada, vulnera o aludido princípio.[2079]

A EC 19/98 alterou a redação do citado art. 37, XV, da CF, fundamentalmente para o fim de incluir na garantia, além dos vencimentos, os *subsídios*, nova denominação dada àqueles quando se trata de algumas categorias especiais de agentes públicos, assunto que examinamos em tópico anterior. Fez-se também alusão ao art. 39, § 4º, da CF, que é o que prevê os subsídios, mas de forma indireta incide ainda o art. 37, XI, da Carta, que prevê a fixação do teto remuneratório.

Não custa sublinhar, por correlato com a garantia da irredutibilidade remuneratória, que é vedado à Administração efetuar descontos nos vencimentos

dos servidores, a não ser quando haja consentimento expresso por parte destes ou quando a lei expressamente o preveja, estabelecendo percentual máximo e razoável para o desconto[2080] e sempre garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Fora daí, o desconto será abusivo e ilegal, sujeito à anulação pelo Judiciário. [2081]

Resta demonstrado, portanto, que o direito à irredutibilidade é limitado e condicionado, como consta do mandamento constitucional e resulta da jurisprudência mais autorizada sobre o assunto.

8.4. Isonomia

O princípio da isonomia remuneratória, anteriormente previsto no art. 39, § 1º, da CF, estabelecia que fariam jus à igualdade de vencimentos os servidores da administração direta que ocupassem cargos de atribuições iguais ou cargos assemelhados de um mesmo Poder ou entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvando apenas as vantagens de caráter individual e as concernentes à natureza ou ao local de trabalho.

A intenção do Constituinte foi a de evitar as disparidades remuneratórias entre cargos idênticos, situados em estruturas funcionais diversas. Em outras palavras, o assistente social do Poder Executivo deveria perceber a mesma remuneração que o assistente social do Poder Judiciário ou Legislativo. Ficariam de fora dos padrões isonômicos aquelas vantagens que, por estarem atreladas à pessoa em si do servidor ou à sua condição de trabalho, gerassem situações funcionais singulares.

Observamos, contudo, que a isonomia jamais foi devidamente implantada, confluindo para isso os interesses corporativos dos diversos quadros funcionais. [2082]

Por essa razão é que o princípio da isonomia foi extinto pela EC nº 19/98, que implantou a reforma administrativa do Estado. Em lugar da isonomia, passou a dispor o art. 39, § 1º, da CF que a fixação dos padrões de vencimento e das demais parcelas integrantes da remuneração devem observar a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, bem como os requisitos para a investidura e as peculiaridades próprias dos cargos e das funções. Retornamos, pois, ao sistema encontrado na Constituição anterior.

Temos, de nossa parte, fundadas razões de descrença nessa nova orientação.

Se o próprio regime de isonomia foi sempre desrespeitado e fraudado pelas diversas instituições da República, a despeito de seu caráter de justiça, pelo qual se igualaria a remuneração de servidores com funções idênticas ou semelhantes, imagine-se tendo agora o Estado, nas mais diversas esferas de Poder e da federação, liberdade para proceder à avaliação de natureza e complexidade de cargos e suas peculiaridades... Se as disparidades já existiam com o princípio da isonomia, parece-nos irreversível que se tornarão mais profundas e injustas com o novo sistema, sabido que as Administrações não apenas se têm mostrado deficientes para tal avaliação, como também porque, constantemente, têm sido pressionadas pelo impulso provocado por determinados interesses escusos de certas autoridades, situação de imoralidade que só se extinguirá com a mudança de consciência dos administradores públicos.

8.5. Vinculação e Teto

Repetindo mandamento anterior, a Constituição em vigor proibiu a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito da remuneração de pessoal no serviço público (art. 37, XIII). A regra, como é fácil notar, procura evitar os denominados *aumentos em cascata*, que ocorrem quando, aumentada a retribuição de uma classe de servidores, outras classes se beneficiam, por estarem atreladas àquela. Significa que o aumento de um significaria o aumento de milhares, com grande prejuízo ao erário e aos próprios servidores, neste caso porque o Estado não se arriscaria a conceder aumentos específicos a esta ou aquela classe, sabedor que a seu reboque milhares de outros cargos se beneficiariam do aumento.

A regra do *teto remuneratório* é a que consta do *art. 37, XI*, da CF, com a redação da EC 41/2003. A Constituição, depois de reformada por esta última emenda, passou a admitir tetos remuneratórios *geral* e *específicos*, estes dependendo da respectiva entidade federativa. Assim, estabeleceu, como *teto geral* para todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No que concerne aos *tetos específicos* (ou *subtetos*), foi fixado para os Municípios o subsídio do Prefeito, e para Estados e Distrito Federal, foram previstos três subtetos: 1º) no Executivo, o subsídio mensal do Governador; 2º) no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; 3º) no Judiciário, o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, aplicável esse limite aos membros do Ministério Público, aos

Procuradores e aos Defensores Públicos.[2083]

A despeito dessa regra geral, a E.C. nº 47, de 5.7.2005, introduziu o § 12, ao art. 37 da CF, pelo qual fixou alternativa para a fixação do teto. Segundo o novo mandamento, os Estados e o Distrito Federal têm a faculdade de fixar *teto único local* remuneratório (na verdade, também um *subteto*), desde que o façam através de emendas às respectivas Constituições e Lei Orgânica (aqui, no caso do Distrito Federal). O limite único deverá corresponder ao subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, o qual, a seu turno, se limita ao percentual de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O art. 37, § 12, todavia, não se aplica aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

O STF, porém, dando interpretação conforme à Constituição, excluiu os magistrados estaduais do âmbito do art. 37, XI e § 12, da CF, entendendo não lhes ser aplicável o teto remuneratório de 90,25% do subsídio dos Ministros do STF. Fundou-se a decisão, de início, na ocorrência de violação ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e I) pelo fato de ter havido tratamento discriminatório entre magistrados federais e estaduais, que, além de desempenharem idênticas funções, se submetem a um só estatuto (Lei Complementar 35/79). Em consequência, as Emendas 41 e 47 teriam ultrapassado os limites do poder constitucional reformador (art. 60, § 4º, IV). Outro fundamento foi o de que a estrutura judiciária tem caráter nacional, fato que emana do art. 93, V, da CF, que prevê o escalonamento vertical de subsídios da magistratura, sem qualquer distinção entre órgãos judiciários federais e estaduais.[2084] Com a devida vênia, dissentimos de semelhante entendimento. A uma, porque o fato de haver um só estatuto para a magistratura não impede que o Constituinte estabeleça regras específicas para órgãos federais e estaduais; a duas, porque o escalonamento previsto no art. 93, V, da CF, tem *caráter geral*, diversamente do que ocorre com os tetos remuneratórios fixados no art. 37, XI e § 12, normas que têm *caráter especial* por disciplinarem especificamente matéria relativa a remuneração. Em nosso entender, portanto, com os votos vencidos está o melhor entendimento: o poder reformador decorrente das Emendas 41 e 47 não guarda qualquer incompatibilidade com o quadro constitucional.

Já se encetou a tentativa de distinguir o *subsídio* e o *teto remuneratório,* em

Estado-membro, para o fim de elevar a remuneração, fixando-se o subsídio com o valor-limite previsto constitucionalmente, por um lado, mas, por outro, sendo admitido que a remuneração alcançasse importância superior ao subsídio.[2085] A norma se nos afigura flagrantemente inconstitucional, porque reflete violação constitucional por via oblíqua.[2086] Se é verdade que não se confundem subsídio e teto remuneratório, não é menos verdadeiro que, se a remuneração do subsídio equivale ao próprio subteto remuneratório de Estados, DF e Municípios, nos termos do art. 37, XI, CF, não pode ser elevada tomando em consideração o teto fixado para a União Federal, sob pena de infringir o citado subteto, este o limite constitucional na espécie. O teto máximo federal só pode ser tido como parâmetro em situações excepcionais que admitem o acréscimo de alguma parcela ao valor do subsídio.

Três aspectos, ainda, do art. 37, XI, da CF, merecem comentário.

Primeiramente, sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Entretanto, não serão computadas no referido teto as parcelas de caráter *indenizatório* previstas em lei, conforme dispõe o art. 37, § 11, da CF, introduzido pela já referida EC 47/2005. Em consequência, só se inserem no limite constitucional as parcelas de caráter *remuneratório*, e isso pela simples razão de que somente estas se configuram efetivamente como *rendimentos*. As primeiras, como expressa o próprio vocábulo, espelham *indenização*, não sendo cabível que sejam incluídas no limite estipendial, ou de ganhos.[2087]

Tem lavrado alguma discussão no que tange às parcelas que se submetem ao teto e aquelas outras que, somadas ao subsídio, podem gerar remuneração acima do teto. As vantagens de natureza indenizatória não são computadas para o limite remuneratório.[2088] Há algumas parcelas, porém, que, por sua especial natureza, podem gerar remuneração superior ao teto. Como exemplos, o décimo terceiro salário, o terço constitucional de férias, o adiantamento de férias, o trabalho extraordinário de servidores, o abono de permanência em serviço (art. 40, § 19, CF). Outras provêm de fontes ou rubricas diversas (v.g. a remuneração pelo exercício do magistério, dentro ou fora do Poder Público, e benefícios oriundos de planos privados de previdência ou de assistência médico-social). Por último, algumas

vantagens específicas também têm sido excluídas do limite constitucional.[2089] O CNJ e o CNMP já regularam a matéria em relação a magistrados e membros do Ministério Público.[2090]

A segunda observação é a de que são destinatários da referida norma todos os titulares de cargos, empregos e funções da Administração Direta, autárquica e fundacional, os membros de qualquer dos Poderes das entidades federativas, os detentores de mandato eletivo e os demais agentes políticos.

Por fim, a Constituição acabou por estabelecer uma vinculação remuneratória: o subsídio mensal dos Desembargadores de Tribunal de Justiça não pode exceder a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Portanto, esse também será o limite para o subsídio de membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos.[2091]

A Constituição determinou, ainda, que o teto remuneratório deve ser observado, da mesma forma, por empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, quando receberem recursos das pessoas federativas a que estão vinculadas, com o objetivo de pagamento de despesas com pessoal ou com custeio em geral (art. 37, § 9º, CF).[2092] Significa, pois, que a remuneração paga por tais entidades, quando dotadas de recursos próprios para despesas de pessoal, não está sujeita ao limite fixado para os demais empregados. O dispositivo merece críticas na medida em que permite o pagamento de salários muito superiores aos padrões de mercado em entidades administrativas, nas quais, como é sabido, impera frequentemente o mais deslavado nepotismo e a total falta de controle da respectiva administração direta.

Apesar da alteração processada no art. 37, XI, da CF, o inciso XII do mesmo art. 37 continuou com a redação originária. Diz esse último dispositivo: "*Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo*". O texto indica claramente que o teto remuneratório seria o atribuído aos cargos do Executivo. Ora, o art. 37, XI, da CF, com as alterações que sofreu, aponta conteúdo diverso: o teto genérico pertence a cargos do Judiciário, no caso os dos Ministros do STF. Assim, os vencimentos do Judiciário poderão ser superiores aos do Executivo. Nos Estados e Distrito Federal, o subsídio do Governador é o subteto apenas no âmbito do Poder Executivo, mas, como é curial, nada impede que seu valor seja inferior, por exemplo, ao dos

Desembargadores ou ao dos Deputados Estaduais. Por conseguinte, temos para nós – e já o dissemos em edições anteriores – que, diante da matéria relativa ao teto remuneratório, hoje regulada no art. 37, XI, da CF, o inciso XII do mesmo dispositivo, resultou sem qualquer aplicabilidade efetiva; ao contrário, estampa, de certo modo, contradição ao ser comparado com o aludido inciso XI – este dotado do conteúdo realmente desejado pelas reformas previdenciária e administrativa.

Há uma última consideração a fazer quanto à questão do teto remuneratório. O art. 9º da EC 41/2003 ordenou a aplicação do disposto no art. 17 do ADCT da Constituição a qualquer tipo de remuneração percebida pelos servidores e agentes já mencionados, considerando o teto fixado no art. 37, XI, da CF. Como o art. 17 do ADCT determinara a imediata redução de vencimentos percebidos em desacordo com as regras constitucionais, sem que o prejudicado pudesse invocar o direito adquirido ao recebimento do excesso, ficou claro que o citado art. 9º pretendeu fosse também providenciada a imediata redução dos vencimentos percebidos em valor superior ao estabelecido pelo teto.

Tal dispositivo, entretanto, se afigura flagrantemente inconstitucional. O art. 17 do ADCT da Constituição integrou originariamente a Constituição de 1988; cuida-se, pois, de norma oriunda do Poder Constituinte Originário, contra o qual, afirma a mais autorizada doutrina, não há como invocar direito adquirido. O art. 9º da EC 41/2003, no entanto, espelha mandamento decorrente do Poder Constituinte Derivado, que é limitado, subordinado e condicionado; segue-se, pois, que deve observar as regras imutáveis da Constituição – as denominadas *cláusulas pétreas* – insculpidas no art. 60, § 4º, da Constituição, nelas estando incluídas as que dispõem sobre direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CF).

Ora, não há qualquer dúvida de que a irredutibilidade de vencimentos constitui direito adquirido dos servidores, como transparece do art. 37, XV, da CF. Outra conclusão, assim, não se pode extrair senão a da inconstitucionalidade do citado art. 9º da EC 41/2003. Desse modo, o servidor que, com amparo na legislação pertinente, percebe remuneração superior ao teto fixado no art. 37, XI, da CF (ou provisoriamente no art. 8º da EC 41), não pode sofrer redução em seu montante. O direito do Poder Público, no caso, será apenas o de manter irreajustável a remuneração até que as elevações remuneratórias subsequentes possam absorver o montante. Na verdade, o correto é considerar no caso a

percepção de duas parcelas, uma correspondente ao teto e outra equivalente ao excesso remuneratório. Assim, à medida que for sendo reajustada a parcela relativa ao teto estará sendo reduzida a parcela referente ao excesso. Em certo momento futuro, esta última parcela será totalmente absorvida e, a partir daí, a remuneração do servidor – agora nos limites do teto – estará em condições de ser reajustada normalmente.

A observância do teto constitucional deve incidir também na hipótese em que o servidor licitamente perceba seus ganhos de *duas ou mais fontes* diversas, situação que não se confunde com aquela em que o servidor percebe remuneração acima do teto de apenas uma fonte pagadora. Naquela hipótese, deverá considerar-se a *totalidade* das remunerações, remanescendo o excedente como parcela absorvível pelos futuros aumentos do teto, em garantia do princípio da irredutibilidade. A dificuldade está na operacionalização desse controle, sabido que os entes públicos, como regra, não trocam informações sobre remuneração. O certo é que a um deles caberá o controle da absorção do remanescente, providência que exige, obviamente, constante troca de informações entre os órgãos administrativos.[2093]

O que é juridicamente inviável é que, num estalar de dedos ocorrido sob a égide de emenda constitucional, a remuneração seja simplesmente reduzida a limite remuneratório fixado posteriormente ao momento em que nasceu o direito à sua percepção.[2094]

O STF, entretanto, parece não ter adotado esse entendimento e, consequentemente, jogou por terra a garantia constitucional da irredutibilidade. Para tanto, considerou abrangida pelo teto (e, pois, redutível) a gratificação de tempo de serviço, quando se sabe que se trata de vantagem que o servidor incorpora *pro tempore*, configurando-se como direito adquirido. Reduzir tal tipo de vantagem é o mesmo que reduzir a remuneração – isso contra mandamento expresso na Carta da República. Por outro lado – e revelando-se incoerente, *concessa venia*, o julgamento – considerou suscetível de preservação determinada parcela de acréscimo ao valor dos proventos prevista em estatuto funcional (embora sujeita à absorção por futuros aumentos do subsídio).[2095] Fica, pois, a impressão de que a Corte mais se apegou a critérios políticos – no caso, relativos ao teto remuneratório – do que a critérios jurídicos, pelos quais caberia o respeito ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos.

8.6. Pagamento com Atraso

Lamentavelmente, não é rara a circunstância de haver atraso no pagamento dos vencimentos e vantagens dos servidores públicos. Algumas entidades estatais, desprezando a importância da pontualidade, deixam de efetuar a retribuição de seus servidores no último dia do mês trabalhado, momento que deveria ser tido como regra no tocante à retribuição do pessoal. Frequentemente encontramos a notícia de tais atrasos e, o que é mais grave, das dificuldades suportadas pelos servidores diante dos compromissos financeiros a seu cargo.

Em nosso entender, trata-se de fato grave, apto a ensejar a responsabilidade funcional dos agentes responsáveis por essa impontualidade, seja qual o for o nível administrativo em que se situem. A despeito disso, já reinou grande controvérsia a respeito da incidência de correção monetária sobre o pagamento da remuneração funcional efetuado com atraso. Atualmente, contudo, domina o entendimento de que tais valores constituem *dívidas de valor* e, por conseguinte, suscetíveis de atualização monetária, e isso para que as importâncias devidas não sofram redução em seu valor real em virtude da corrosão provocada pelo decurso do tempo e pela diminuição do poder aquisitivo da moeda.

A construção jurisprudencial formada com esse entendimento parece-nos inteiramente acertada. Decidindo tal matéria, o STJ já teve a oportunidade de sentenciar que *"as vantagens financeiras devidas aos funcionários estatutários constituem dívida de valor, de natureza alimentar, e o respectivo pagamento atualizado – quando feito com atraso – é consequência jurídica irrefragável".*[2096] Em outra ocasião, decidiu o mesmo Tribunal: *"As diferenças salariais pagas com atraso a funcionários, por serem dívidas de valor, devem ser pagas com correção monetária a partir da época em que eram devidas administrativamente".* [2097]

O STF pôs cobro à polêmica que reinava sobre a matéria, fixando em orientação firmada em súmula: "*Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos".*[2098]

Definida a incidência da correção monetária sobre os vencimentos pagos com atraso pelo Poder Público, outra discussão versou sobre o índice a ser adotado, sobretudo porque ninguém desconhece a enorme confusão causada pela diversidade e pela sucessão de índices de atualização de valor. Nesse aspecto, o entendimento dominante é o de que o índice a ser aplicado deve ser aquele que,

mais efetivamente possível, reflita a perda do poder aquisitivo da moeda e a elevação geral dos preços praticados para o consumo geral dos indivíduos. Somente assim não será causado prejuízo maior ao servidor que recebe a destempo os ganhos a que faz jus.[2099]

Além da atualização monetária dos valores devidos a título de remuneração, incidem também *juros de mora* no caso de pagamento em atraso. Tal parcela, como se sabe, espelha obrigação do devedor decorrente da demora no pagamento de seu débito. Todavia, dispõe o art. 1º-F, da Lei nº 9.494, de 10.09.97, introduzido pela MP nº 2.180-35, de 24.08.2001, que os juros de mora, nas condenações sofridas pela Fazenda Pública visando ao pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos em geral, não poderão ultrapassar o percentual de *seis por cento* ao ano.[2100] Depreende-se, pois, que, fora dessa hipótese, há de incidir o percentual fixado em lei específica ou, na falta desta, na lei geral – no caso o art. 406 do Código Civil: a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Os juros de mora, diferentemente do que se sustentava anteriormente, quando eram considerados acessórios do principal, ostentam agora *natureza indenizatória* e representam parte das perdas e danos decorrente do inadimplemento da obrigação principal. Por esse motivo, sobre a respectiva parcela não incide o imposto de renda, como vem entendendo a jurisprudência mais atual. Por conseguinte, vencimentos ou diferenças remuneratórias pagas com atraso, base de cálculo para o referido imposto, devem figurar em parcela diversa da dos juros, parcela esta sobre a qual não há aquela incidência tributária.[2101]

8.7. Pagamento a maior

Há algumas situações funcionais em que o servidor percebe, indevidamente, algum tipo de pagamento, seja a título de vencimentos, ou de diferenças remuneratórias, ou ainda de alguma outra vantagem pecuniária. A questão consiste em saber se, uma vez descoberto o equívoco, tem o servidor a obrigação de devolver o que percebeu indevidamente.

Na jurisprudência anterior, a obrigação de devolver era inafastável, invocando-se o fundamento de que a anulação do ato administrativo produz efeitos *ex tunc*. Desse modo, a devolução seria mero corolário da eficácia retroativa da anulação.

As decisões mais modernas, no entanto, têm analisado a questão sob o manto de outros fatores, inclusive considerando o caráter alimentar de semelhantes importâncias e, também, o fato de que, nesses casos, o servidor agiu de boa fé e em nada contribuiu para o ato praticado pela Administração. Na verdade, a esta é que deve imputar-se a errônea interpretação ou a má aplicação da lei, não podendo punir-se o servidor por força do erro administrativo.

Daí a orientação de que *"é descabido o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa fé do beneficiado, como na hipótese"*[2102] – decisão que se nos afigura absolutamente justa e compatível com o princípio da eficiência, que deve nortear a Administração e com cujas consequências deve arcar.

A orientação em tela, é importante registrar, aplica-se, da mesma forma, à percepção de valores indevidos a maior concernentes a proventos e pensões por seus destinatários, sempre considerada a boa fé de sua conduta.[2103]

Não custa, porém, assinalar que cada hipótese deverá ser examinada em conformidade com as suas singularidades. No caso de má fé do servidor, por exemplo, não há nenhum amparo para excluí-lo da obrigação de devolver o que percebeu indevidamente: afinal, ninguém pode locupletar-se de sua própria torpeza. Por outro lado, alguns casos que espelham ilegalidade manifesta por parte do órgão administrativo têm ensejado, como efeito, a obrigação de que o beneficiário devolva os valores indevidos.

9. Associação Sindical e Direito de Greve

9.1. Associação Sindical

A Constituição Federal assegura aos servidores públicos o direito à livre associação sindical (art. 37, VI). Esse direito retrata a possibilidade de o servidor aderir ao sindicato representativo de sua categoria profissional e corresponde ao direito já há muito exercido pelos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.[2104]

Alguns comentários devem ser feitos a respeito do tema.

Para começar, o direito de adesão ao seu sindicato deve ser exercido pelo servidor com absoluta liberdade. Aliás, a Constituição prega a liberdade de associação não só no citado art. 37, VI, mas também como postulado fundamental

relativo aos empregados, previsto no art. 8º. Não há, portanto, obrigatoriedade na filiação do servidor.

A norma constitucional não tem sua eficácia condicionada à edição de lei. Conclui-se, em consequência, que se trata de norma de eficácia plena, possibilitando que surja o sindicato e que se admita a filiação do servidor.

A formação dos sindicatos sempre obedeceu à presença de dois critérios básicos – a categoria profissional e a categoria econômica – para o efeito do enquadramento sindical. Em relação aos sindicatos de servidores públicos, todavia, está excluída a noção de categoria econômica, porque a Administração não tem objetivos empresariais como os empregadores da iniciativa privada. Preside, pois, para a criação do sindicato e para o enquadramento sindical, o exclusivo critério de categoria profissional.[2105]

Outro aspecto que merece realce consiste no tipo de atuação do sindicato de servidores públicos. Os sindicatos são entidades que servem como instrumento de pressão para dois tipos de reivindicação em favor dos trabalhadores: uma de caráter social e outra de caráter econômico. No caso dos sindicatos de servidores, entretanto, é necessário o recurso à interpretação sistemática da Constituição. A matéria relativa aos vencimentos dos servidores obedece, como vimos, ao princípio da legalidade, isto é, são fixados e aumentados em função de lei. Esse princípio impede que haja negociação e reivindicação sindical de conteúdo econômico. Por isso mesmo, inviável será a criação de litígio trabalhista a ser decidido em dissídios coletivos, como ocorre na iniciativa privada. A atuação sindical nessa hipótese terá que observar algumas limitações compatíveis com as regras que disciplinam os servidores públicos, restringindo-se as reivindicações às de natureza social.[2106]

Em abono desse entendimento, de resto inegavelmente congruente com o sistema adotado pela Constituição, segundo o qual a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica (art. 37, X, CF), o STF decidiu, em caráter sumular, que *"A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva".*[2107] Desse modo, é de inferir-se que os instrumentos negociais de fixação de valores remuneratórios limitam-se à modalidade de salário e são aplicáveis apenas no âmbito das relações de trabalho do setor privado. Convenções e acordos coletivos são, por conseguinte, institutos incompatíveis com o regime funcional do serviço público.[2108]

Em relação à estabilidade sindical, parece induvidoso que, mesmo no caso de servidores públicos, incide a regra do art. 8º, VIII, da CF, que veda a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical, mesmo como suplente, e até um ano após o final do mandato, no caso de ter sido eleito, ressalvada a hipótese de falta grave na forma que a lei estabelecer. Nenhuma restrição foi instituída na norma do art. 37, VI, de modo que onde a lei não restringe não é lícito ao intérprete restringir. A garantia constitucional, no entanto, não alcança os servidores ocupantes de cargo em comissão, porque, conforme já deixou assentado o STF, a norma do art. 37, II, da CF, que permite a livre nomeação e exoneração para tais cargos, deve prevalecer sobre o citado art. 8º, VIII, da Lei Maior. Assim, mesmo estando em cargo de direção ou representação sindical, o servidor titular de cargo em comissão não tem estabilidade sindical, podendo, em consequência, ser livremente exonerado pela Administração.[2109]

No caso do surgimento de litígios sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, o foro competente para dirimi-los é a Justiça do Trabalho, como atualmente registra, de forma expressa, o art. 114, III, da Constituição, com a alteração processada pela E.C. 45/2004 (Reforma do Judiciário). Não tendo o mandamento constitucional feito qualquer distinção a respeito, é de se concluir que a norma se aplica também aos sindicatos de servidores públicos, dentro do âmbito de atuação que lhes é conferido.

9.2. Greve

Outra inovação constitucional se refere ao direito de greve. Anteriormente, consignava o art. 37, VII, da CF que o direito de greve seria exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar. A EC nº 19/98, todavia, alterando o citado dispositivo, substituiu a lei complementar pela expressão "*lei específica*". Com essa alteração, o diploma disciplinador, que se caracterizará como *lei ordinária*, será mais facilmente aprovado do que a lei complementar, sabido que para esta a aprovação exige maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa (art. 69, CF).

A despeito do entendimento de alguns estudiosos de que a lei específica deve emanar de cada ente federativo responsável pela regulamentação do dispositivo

constitucional, sob o argumento de que a matéria seria de direito administrativo, parece-nos, ao contrário, que a lei deve ser *federal,* aplicável a todas as pessoas políticas. Trata-se de dispositivo situado no capítulo da "Administração Pública", cujas regras formam o estatuto funcional genérico e que, por isso mesmo, têm incidência em todas as esferas federativas. À lei federal caberá enunciar, de modo uniforme, os termos e condições para o exercício do direito de greve, constituindo-se como parâmetro para toda a Administração.[2110]

A grande polêmica surgida em face do dispositivo – não resolvida, aliás, com a alteração introduzida pela EC nº 19/98 – reside no exame de sua natureza. De fato, alguns autores e decisões judiciais sufragam o entendimento de que a norma é de eficácia contida, aquela que, na visão de JOSÉ AFONSO DA SILVA, tem eficácia imediata, conquanto possa o futuro legislador reduzir o âmbito de incidência normativa.[2111] Os que partem dessa premissa chegam ao resultado de que o direito de greve do servidor público pode ser exercido a partir da vigência da Constituição. A lei complementar referida no dispositivo apenas fixaria os *termos* e os *limites,* mas dela não dependeria a eficácia da norma constitucional.[2112]

Uma segunda corrente de entendimento sustenta que a norma é de eficácia limitada, vale dizer, o direito subjetivo de greve somente surgirá no mundo jurídico quando for editada a lei complementar (agora lei ordinária), e isso porque somente essa lei é que fixará o contorno do direito e os meios através dos quais poderá ser regularmente exercido pelos servidores.[2113]

Em nosso entender, razão assiste aos que perfilham este último pensamento. O direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada. Parece-nos, pois, que é a lei ordinária específica que vai fixar *o real conteúdo do direito,* e, se ainda não tem conteúdo, o direito sequer existe, não podendo ser exercido, como naturalmente se extrai dessa hipótese.[2114]

Num primeiro momento, o STF pôs fim à controvérsia, abonando esta última posição. De forma absolutamente clara, decidiu o Pretório Excelso, em acórdão da lavra do Min. CELSO DE MELLO, que *"o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em*

consequência, de auto aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar[2115] *exigida pelo próprio texto da Constituição"*. Acrescentou que *"a mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício"*. Completou o eminente Relator que *"o exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política"*.[2116]

A mais alta Corte, entretanto, passou a adotar orientação diversa. Em mandados de injunção em que se pleiteava fosse reconhecido o exercício do direito de greve, a despeito da ausência de lei sobre a matéria, o STF, conhecendo o pedido, julgou-o procedente para o fim de determinar a aplicação, aos servidores públicos, da disciplina contida na Lei nº 7.783/89, que regula o direito de greve dos empregados em geral na hipótese dos denominados "*serviços essenciais*".[2117] No que toca ao conhecimento da ação, com o julgamento do pedido, a decisão foi digna de aplausos, mas, quanto à aplicação da Lei nº 7.783/89, pareceu-nos inadequada a solução. Esse diploma regula a matéria no âmbito da relação de emprego na iniciativa privada e, por conseguinte, não pode aplicar-se aos servidores públicos, integrantes de relação jurídica inteiramente diversa. Trata-se de solução paliativa decorrente da inaceitável omissão do legislador em disciplinar a matéria, como o exige o art. 37, VII, da CF. A omissão, todavia, não poderia permitir que lei, instituída para incidir sobre determinada categoria de trabalhadores, tivesse aplicação sobre categoria dotada de fisionomia jurídica diversa, como é o caso dos servidores públicos. A omissão, em consequência, teria que ser suprida através de *regulamentação própria*, sem alusão ao referido diploma.[2118]

Se a própria Administração, entretanto, ajustar com servidores a paralisação das atividades, estará reconhecendo a legitimidade das faltas e não poderá suspender o pagamento dos vencimentos nem efetuar descontos relativos aos dias não trabalhados.[2119]

Em decorrência dessa controvérsia, algumas discussões foram travadas em ocasiões nas quais servidores públicos se aglutinaram em movimento de greve, e, para dirimi-las, tem predominado a posição de que esse movimento é ilegal e que os dias de ausência devem ser contados como faltas ao trabalho, propiciando, como efeito, o desconto de vencimentos correspondente ao período de ausência.[2120]

Esse entendimento foi reiterado, embora algumas vozes se tenham insurgido contra o aludido desconto, considerando que, por omissão do Estado, não existiria fundo para custear o movimento ou contribuição específica para dar suporte à greve. [2121]

A verdade é que reina verdadeiro caos sobre o tema. Várias greves de servidores, algumas com a duração de semanas e até de meses, não acarretaram qualquer efeito pecuniário ou funcional para os grevistas, parecendo mesmo que, em algumas oportunidades, o Governo teve que se curvar à força e às exigências do movimento. Foram noticiadas, inclusive, greves de magistrados, de policiais, de fiscais e de outras categorias em relação às quais o movimento grevista pareceria esdrúxulo e incompatível com as relevantes funções de seus agentes. O ideal é que o Poder Público diligencie para que seja logo editada a lei regulamentadora da matéria, porque toda a confusão sobre o assunto tem emanado da lamentável e inconstitucional inércia legislativa. Com a lei, evitar-se-iam os abusos cometidos de parte a parte, abusos estes que acabam respingando sobre quem nada tem a ver com a história – a população em geral – que, a despeito de sua necessidade, permanece sem a prestação de serviços públicos essenciais, como previdência social, assistência médica, educação e justiça, entre outros.

A vigente Constituição, no art. 114, II, com a redação da E.C. 45/2004, estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar *"as ações que envolvam exercício do direito de greve"*. Como o direito de greve é assegurado a todos os servidores públicos, quaisquer litígios sobre a legitimidade, ou não, do exercício desse direito devem ser submetidos à justiça trabalhista, inclusive quando se tratar de greve de servidores estatutários, pois que nenhuma distinção o dispositivo fez quanto à natureza dos grevistas. Note-se que a greve traduz questão diferente da discussão que envolve direitos e obrigações oriundos da relação estatutária. Neste último caso, como já vimos, a competência é da Justiça Comum (Estadual ou Federal), e não da Justiça do Trabalho.[2122] Já a solução da controvérsia sobre a greve ficou atribuída à Justiça Trabalhista, como ressai claramente do texto constitucional.

Não foi esse, contudo, o entendimento do STF, para quem: a) se a greve estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, competente será o Tribunal Regional Federal; b) se tiver a extensão de uma só entidade federativa, será o

mesmo TRF (para servidores federais) ou o Tribunal de Justiça (para servidores estaduais e municipais); c) se o movimento abranger mais de um ente federativo ou mais de uma região da Justiça Federal, a competência será do Superior Tribunal de Justiça.[2123] O fundamento do decisório teve suporte na aplicação analógica da Lei nº 7.701/88, que dispõe sobre a especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos – diploma, aliás, que, com a máxima vênia, nenhuma relação tem com a fixação da competência trabalhista para dirimir dissídios coletivos sobre greve, nos termos do já citado art. 114, II, da CF. Por conseguinte a matéria, a nosso ver, está inçada de imprecisões.[2124]

Dúvida surgiu a respeito dos servidores em *estágio probatório*, indagando-se, no caso de greve, se deveria incidir a mesma proteção assegurada aos servidores estáveis. Não vemos qualquer fundamento para dar-lhes tratamento diferenciado. O estágio probatório não lhes retira a condição de servidores estatutários, e a greve constitui direito de sede constitucional, a cada dia dotado de maior reconhecimento. Desse modo, a adesão à greve impede que a Administração proceda à sua exoneração – esta somente adequada em situações especiais de incompatibilidade da postura do servidor com as funções que lhe foram cometidas, o que, à evidência, não é o caso da participação (não abusiva) na greve.[2125] Avulta notar, ainda, que nem a lei nem o decreto podem prever a exoneração imediata de servidor em estágio por ter participado de greve, e por duas razões: 1ª) ter-se-ia a greve como abuso de poder, e não como direito legítimo; 2ª) far-se-ia distinção entre servidores estáveis e não estáveis, sem amparo normativo. Atos dessa natureza são inconstitucionais.[2126]

10. Direitos Sociais dos Servidores

Além dos direitos expressamente conferidos aos servidores públicos no Capítulo próprio (arts. 39 a 41) e no relativo à Administração Pública (arts. 37 e 38), encontram-se outros direitos de natureza social a que também fazem jus.

Para melhor sistema didático, podemos dividir os direitos sociais em dois grupos de acordo com a espécie de normas que os asseguram: os direitos sociais constitucionais e os direitos sociais legais.

Os direitos sociais constitucionais são objeto da referência do art. 39, § 3º, CF, o qual determina que dezesseis dos direitos sociais outorgados aos empregados

sejam estendidos aos servidores públicos. Dentre esses direitos estão o do salário mínimo (art. 7º, IV); o décimo terceiro salário (art. 7º, VIII); o repouso semanal remunerado (art. 7º, XV); o salário-família (art. 7º, XII); o de férias anuais (art. 7º, XVII); o de licença à gestante (art. 7º, XVIII) e outros mencionados no dispositivo constitucional. Vale a pena lembrar, neste passo, que quando se quiser saber se algum direito outorgado aos trabalhadores em geral se aplica aos servidores públicos deverá ser consultado o art. 39, § 3º, da CF, o qual faz remissão a vários direitos sociais previstos no art. 7º da mesma Carta.[2127]

Além desses, há vários direitos de natureza social relacionados nos diversos estatutos funcionais das pessoas federativas. É nas leis estatutárias que se encontram tais direitos, como o direito às licenças, à pensão, aos auxílios pecuniários, como o auxílio-funeral e o auxílio-reclusão, à assistência à saúde etc.

Quanto às férias, a garantia do direito aos trabalhadores em geral está assegurada no art. 7º, XVII, da CF, sendo estendida aos servidores públicos pelo já citado art. 39, § 3º. No silêncio da Constituição, cabe à lei definir o período de fruição das férias. Como regra, o período é de trinta dias,[2128] variando a disciplina quanto ao gozo parcial, ao sistema de compensação por faltas, à oportunidade de fruição e outros aspectos do gênero. Algumas categorias são beneficiadas por período mais amplo, como é o caso de magistrados e membros do Ministério Público, cujas férias são de sessenta dias, fato que tem ensejado pesadas críticas, fundadas na ausência de razoabilidade e violação ao princípio da impessoalidade, propiciando, inclusive, o oferecimento de projetos de lei para a alteração dessa prerrogativa.[2129]

Merece comentário questão que tem sido suscitada a respeito do direito à indenização por férias ou licenças voluntárias não gozadas. Anteriormente, tais benefícios, se não fossem fruídos, tinham, para compensar o servidor, o respectivo período contado em dobro para efeito de tempo de aposentadoria e disponibilidade, conforme dispunham normalmente as leis estatutárias. Com o advento da norma prevista no art. 40, § 10, da CF, que vedou a contagem de tempo fictício de contribuição, tal prática resultou extinta. A dúvida, então, passou a ser qual o efeito decorrente de não ter o servidor gozado suas férias ou licenças, tendo esse direito surgido após a EC 20 de dezembro de 1998.

É inegável que ambos os benefícios constituem direito subjetivo do servidor:

uma vez consumado o suporte fático estabelecido na lei, nasce para o servidor o direito ao gozo. Como não há mais a compensação da contagem de tempo em dobro, urge que a Administração, através do respectivo setor de pessoal, controle a fruição desses direitos pelos servidores, não permitindo que deixem de exercê-los, seja por interesse do serviço (o que, como regra, costuma ocorrer, embora não devesse), seja por omissão ou desinteresse do próprio servidor. Ocorrendo fato extintivo da relação estatutária (como a aposentadoria, por exemplo), sem que tais direitos tenham sido exercidos, o servidor faz jus à indenização correspondente à remuneração que teria auferido caso os tivesse exercido. A não ser assim, a Administração se locupletaria de sua própria torpeza e à custa de um direito do servidor apenas por não tê-lo fruído. A matéria desafia previsão em lei, mas, no caso de lacuna, ou de indeferimento do pedido na via administrativa, pode o servidor pleitear o reconhecimento de seu direito na via judicial.[2130] Com absoluto acerto, o direito já foi reconhecido também no caso da exoneração de servidores ocupantes de cargos em comissão, que, em atividade, não fruíram suas férias.[2131]

A propósito, e por força de algumas investidas equivocadas da Receita Federal, restou pacificado que os valores resultantes da indenização de férias proporcionais e o respectivo adicional são isentos do imposto de renda.[2132] Aliás, o mesmo ocorre com a indenização percebida por férias ou licenças-prêmio não gozadas. Tais parcelas têm nítida *feição indenizatória* e, por conseguinte, não podem mesmo sujeitar-se à contribuição do imposto de renda, incidente sobre *parcelas remuneratórias*.

VI. Responsabilidade dos Servidores Públicos

A relação estatutária admite que, em certas circunstâncias, o servidor público seja responsabilizado perante a Administração. Obviamente, essa responsabilização só pode ser reconhecida se ocorrer uma situação fática que a lei tenha erigido como suporte da responsabilidade.

É sob esse aspecto que a responsabilidade do servidor perante a Administração pode ser civil, penal e administrativa. A Lei nº 8.112/90 dispõe a respeito: *"O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições"* (art. 121). Vejamos os suportes fáticos e os efeitos dessas formas de

responsabilidade.

Antes, porém, cabe salientar um aspecto que merece importante análise. A responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico em que se consuma. Desse modo, a responsabilidade pode ser civil, penal e administrativa. Cada responsabilidade é, em princípio, independente da outra. Por exemplo, pode haver responsabilidade civil sem que haja responsabilidade penal ou administrativa. Pode também haver responsabilidade administrativa sem que se siga conjuntamente a responsabilidade penal ou civil. Sucede que, em algumas ocasiões, o fato que gera certo tipo de responsabilidade é simultaneamente gerador de outro tipo; se isso ocorrer, as responsabilidades serão conjugadas. Essa é a razão por que a mesma situação fática é idônea a criar, concomitantemente, as responsabilidades civil, penal e administrativa.[2133]

Se as responsabilidades se acumulam, a consequência natural será a da acumulabilidade das sanções, visto que para cada tipo de responsabilidade é atribuída uma espécie de sanção. No que toca ao servidor público, foi exatamente esse o motivo pelo qual o estatuto funcional federal dispôs que *"as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si".*[2134]

Em virtude da independência das responsabilidades e, em consequência, das respectivas instâncias, é que o STF já decidiu, acertadamente, que pode a Administração aplicar ao servidor a pena de demissão em processo disciplinar, mesmo se ainda em curso a ação penal a que responde pelo mesmo fato.[2135] Pode até mesmo ocorrer que a decisão penal influa na esfera administrativa, mas isso *a posteriori.* O certo é que a realização do procedimento administrativo não se sujeita ao pressuposto de haver prévia definição sobre o fato firmada na esfera judicial.

1. Responsabilidade Civil

Responsabilidade civil é a imputação, ao servidor público, da obrigação de reparar o dano que tenha causado à Administração ou a terceiro, em decorrência de conduta culposa ou dolosa, de caráter comissivo ou omissivo.[2136] Trata-se, como se pode observar, de responsabilidade subjetiva ou com culpa.

Para imputar-se a responsabilidade civil ao servidor é preciso que haja a

comprovação do dano causado, seja lesada a Administração, seja o terceiro. Sem o dano inexiste responsabilização. Cumpre também que haja a comprovação de que o servidor agiu com culpa civil, isto é, por meio de comportamento doloso ou culposo em sentido estrito.

Se o dano for causado à Administração, o servidor público é perante ela diretamente responsável. Contudo, se causa danos a terceiros, pode o servidor responder diretamente, sendo acionado pelo lesado, ou indiretamente, por meio do direito de regresso assegurado à Administração, caso em que esta já terá sido acionada diretamente pela vítima.

A responsabilidade civil do servidor reclama apuração por processo administrativo, exigindo-se a observância do princípio da ampla defesa em seu favor, do contraditório e da ampla faculdade probatória, como assegurado no art. 5º, LV, da CF, pena de ser decretada a nulidade do procedimento.

O dever indenizatório atribuído ao servidor pode ser satisfeito de uma só vez ou de forma parcelada, podendo ser descontada cada parcela em seus vencimentos. Todavia, não pode haver desconto em folha de pagamento efetuado de modo coercitivo. O fato espelharia verdadeira penhora *ex officio* nos vencimentos, subsídios ou salários do servidor, o que é expressamente vedado pelo art. 649, IV, do Cód. Proc. Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006.[2137] Como bem já se ressalvou, *"o desconto só é possível se com ele o servidor concordar".*[2138] A afirmação é correta, pois que o Poder Público não tem crédito privilegiado em relação a seu servidor. Seu crédito é indiscutível, mas a forma de satisfazê-lo há de ser a empregada para a cobrança dos créditos em geral.[2139] Consequentemente, o pagamento do débito *"somente pode se dar por meio de desconto em folha de pagamento se houver a concordância do servidor",* sendo, portanto, vedada a autoexecutoriedade administrativa impositiva do desconto.[2140]

2. Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal do servidor é a que decorre de conduta que a lei penal tipifica como infração penal.

A matéria da responsabilidade penal é típica das áreas do Direito Penal e Processual penal e exige que a solução final do litígio seja definida pelo Poder Judiciário. Nesse caso, a responsabilidade só pode ser atribuída se a conduta for

dolosa ou culposa, estando, por conseguinte, descartada a responsabilidade objetiva. [2141]

O servidor pode ser responsabilizado apenas penalmente. Mas, se o ilícito penal acarretar prejuízo à Administração, será também civilmente responsável.

Os crimes contra a Administração são, basicamente, os dos arts. 312 a 326 do CP – crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública. A legislação especial, a seu turno, prevê outras condutas típicas, acarretando também a responsabilidade penal do servidor. Diga-se, por oportuno, que a responsabilidade penal pode ser, ou não, pertinente à função administrativa. Quando está fora de sua função pública, a eventual prática de ilícito penal pode não causar nenhuma influência no âmbito da Administração.

3. Responsabilidade Administrativa

Quando o servidor pratica um ilícito administrativo, a ele é atribuída responsabilidade administrativa. O ilícito pode verificar-se por conduta comissiva ou omissiva e os fatos que o configuram são os previstos na legislação estatutária.

A responsabilidade administrativa deve ser apurada em processo administrativo, assegurando-se ao servidor o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a maior margem probatória, a fim de possibilitar mais eficientemente a apuração do ilícito. Constatada a prática do ilícito, a responsabilidade importa a aplicação da adequada sanção administrativa.

Já tivemos a oportunidade de registrar – mas nunca é demais frisar novamente – que o sistema punitivo na esfera administrativa é bem diferente do que existe no plano criminal. Neste, as condutas são tipificadas, de modo que a lei cominará uma sanção específica para a conduta que a ela estiver vinculada. Assim, o crime de lesões corporais simples enseja uma sanção específica: a de detenção de três meses a um ano (art. 129, CP). Na esfera administrativa, o regime é diverso, pois que as condutas não têm a precisa definição que ocorre no campo penal, como bem adverte MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.[2142] Os estatutos funcionais apresentam um elenco de deveres e vedações para os servidores, e o ilícito administrativo vai configurar-se exatamente quando tais deveres e vedações são inobservados. Além do mais, os estatutos relacionam as penalidades administrativas, sem, contudo, fixar qualquer elo de ligação *a priori* com a conduta.[2143]

Deflui dessa circunstância que o sistema punitivo na Administração deverá atender a princípios específicos para a regular aplicação das sanções. Um deles é o princípio da *adequação punitiva* (ou *proporcionalidade*), pelo qual se incumbe ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção. Fora desse princípio, a punição é arbitrária e ilegal, e passível de invalidação pela Administração ou pelo Judiciário. Outro é o princípio da *motivação* da penalidade, necessário para apontar os elementos que comprovam a observância, pelo administrador, da correlação entre a infração funcional e a punição imposta.

Por essa razão, em tais atos punitivos devem estar integrados os fatores apurados no processo administrativo-disciplinar, bem como os fundamentos jurídicos da punição, rendendo ensejo, por conseguinte, a que possam tais elementos ser aferidos no Poder Judiciário.[2144] Acrescente-se a esses o princípio do *contraditório e da ampla defesa,* fundado no art. 5º, LV, da CF, que, além de não poder ser postergado, deve incidir toda vez que a Administração aplica sanção a seus servidores.[2145] Avulta, em consequência, que lei na qual seja prevista punição sumária qualifica-se como irremediavelmente inconstitucional.[2146]

Ressalve-se, no entanto, que ao juiz só é lícito examinar o aspecto de legalidade, mas não pode ter ingerência nos critérios de conveniência, oportunidade ou justiça dos atos punitivos, visto que são eles da exclusiva alçada da Administração, conforme clássica e precisa lição de HELY LOPES MEIRELLES. [2147]

4. Efeitos da Decisão Penal nas Esferas Civil e Administrativa

Um dos mais relevantes temas dentro da responsabilidade dos servidores públicos é, sem dúvida, o que analisa a repercussão do decisório penal no seio da Administração, seja no aspecto civil, seja no administrativo.

4.1. Repercussão na Esfera Civil

A *decisão penal condenatória* só causa reflexo na esfera civil da Administração se o fato ilícito penal se caracterizar também como fato ilícito civil, ocasionando prejuízo patrimonial aos cofres públicos. Suponha-se que o servidor tenha destruído deliberadamente bens públicos, sendo condenado pela prática do crime de dano (art. 163 do CP), que pressupõe conduta dolosa. A decisão criminal, no caso, provocará reflexo na esfera civil da Administração, atribuindo

responsabilidade civil ao servidor e estabelecendo sua obrigação de reparar o dano. [2148] Se a condenação pelo crime, entretanto, não tiver ocasionado qualquer dano à Administração, por ser particular o bem danificado, inexistirá responsabilidade civil do servidor perante o Poder Público.

A *decisão absolutória* no crime poderá repercutir, ou não, na esfera civil, e isso porque, como vimos, as responsabilidades são independentes. Para exemplificar, se o servidor recebeu a imputação do crime de dano e é absolvido na esfera criminal, duas hipóteses serão possíveis:

a) se não houve dano patrimonial à Administração, não poderá haver responsabilidade civil do servidor; e
b) se houve o dano, por exemplo, em razão de conduta culposa, a decisão absolutória no crime (que exige sempre o dolo) não influirá na esfera civil da Administração, significando que, constatada sua imprudência, imperícia ou negligência, o servidor terá responsabilidade civil perante a Administração, mesmo tendo sido absolvido no crime.

A instância criminal, portanto, não obriga a instância civil.

4.2. Repercussão na Esfera Administrativa

Várias são as questões atinentes ao reflexo que a decisão criminal provoca na esfera administrativa. Para melhor compreensão, vale a pena tentar um sistema que englobe as várias hipóteses.

Primeiramente, deve agrupar-se as decisões penais em duas categorias, conforme o crime imputado ao servidor público:

a) crimes funcionais, aqueles em que o ilícito penal tem correlação com os deveres administrativos; e
b) crimes não funcionais, os demais, isto é, os que não têm essa conexão.

4.3. Crimes Funcionais

Dentre os crimes funcionais, há os que ensejam decisão penal condenatória ou absolutória.

4.4. Condenação

Em se tratando de decisão penal condenatória por crime funcional, terá que haver sempre reflexo na esfera da Administração. Se o juiz reconheceu que o servidor praticou crime e este é conexo à função pública, a Administração não tem outra alternativa senão a de considerar a conduta como ilícito também administrativo. Exemplo: se o servidor é condenado pelo crime de corrupção passiva (art. 317, CP), terá implicitamente praticado um ilícito administrativo. No caso da Lei nº 8.112/90, o servidor terá violado o art. 117, XII, que o proíbe de receber propina ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições. A instância penal, então, obriga a instância administrativa.

Assinale-se, ainda, que o Código Penal estabelece, como um dos efeitos da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando for 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.[2149] Há também previsão de perda da função pública no caso de condenação por crime contra a probidade administrativa (art. 12, III, Lei nº 8.429/92).

4.5. Absolvição

Se a decisão penal for absolutória, será necessário distinguir o motivo da absolvição:

a) se a decisão absolutória afirma a inexistência do fato atribuído ao servidor (art. 386, I, do CPP) ou o exclui expressamente da condição de autor do fato (ou, nos dizeres do novo inc. IV do art. 386 do CPP, reconheça "*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*"),[2150] haverá repercussão no âmbito da Administração: significa que esta não poderá punir o servidor pelo fato decidido na esfera criminal. A instância penal, no caso, obriga a instância administrativa. Se a punição já tiver sido aplicada, deverá ser anulada em virtude do que foi decidido pelo juiz criminal;
b) se a decisão absolutória, ao contrário, absolver o servidor por insuficiência de provas quanto à autoria ou porque a prova não foi suficiente para a condenação (art. 386, V e VII, do CPP),[2151] não

> influirá na decisão administrativa se, além da conduta penal imputada, houver a configuração de ilícito administrativo naquilo que a doutrina denomina de *conduta residual*.

Vale dizer: pode o servidor ser absolvido no crime e ser punido na esfera administrativa. Sendo assim, inexistirá repercussão, nesse caso, da decisão criminal no âmbito da Administração, ou seja, a instância penal não obriga a esfera administrativa.[2152] Vejamos um exemplo: imagine-se que um servidor federal tenha sido absolvido da imputação, a ele atribuída, da prática do crime de peculato (art. 312, CP), por insuficência de provas quanto à sua participação no fato: nada impede, porém, que seja punido na esfera administrativa por ter procedido de forma desidiosa, ilícito administrativo previsto no art. 117, XV, da Lei nº 8.112/90, que constitui conduta residual independente do crime de peculato.[2153]

Essa orientação, que já está pacificada nos Tribunais, ainda leva alguns profissionais a erronias técnicas, ao postularem reintegração de servidores absolvidos na esfera criminal por insuficiência de provas. Assim, sempre vale a pena repeti-la, sobretudo em decisões claríssimas como esta do Egrégio STF:

> *"Embora possa ter sido absolvido o funcionário na ação penal a que respondeu, não importa tal ocorrência a sua volta aos quadros do serviço público, se a absolvição se deu por insuficiência de provas, e o servidor foi regularmente submetido a inquérito administrativo, no qual foi apurado ter ele praticado o ato pelo qual veio a ser demitido. A absolvição criminal só importaria anulação do ato demissório se tivesse ficado provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado não fora o autor".*[2154]

Registre-se, em acréscimo, que a decisão judicial que, anulando o ato demissório, determina a reintegração do servidor, com fundamento em sua absolvição na esfera penal apenas por insuficiência de provas, contém erro de fato que redunda no desfazimento por ação rescisória, como acertadamente já se decidiu.[2155]

4.6. Crimes Não Funcionais

Aqui também é conveniente separar as decisões condenatórias e as absolutórias.

4.7. Condenação

Se o servidor é condenado a crime que não tenha correlação com a função pública, nenhuma influência haverá na esfera administrativa quando a pena não impuser a perda da liberdade. É o caso da suspensão condicional da pena *(sursis)*.

Quando a condenação importa a aplicação de pena privativa da liberdade, devem ser diferenciadas as hipóteses:

a) se a privação da liberdade for por tempo inferior a quatro anos, o servidor ficará afastado de seu cargo ou função, prevendo o estatuto federal nesse caso o benefício do auxílio-reclusão, pago à sua família (art. 229); [2156]

b) se a privação da liberdade é superior a quatro anos, incide o art. 92, I, "b", do CP (com a redação da Lei nº 9.268, de 1/4/1996), pelo qual a condenação, nessa hipótese, acarreta a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

Neste passo, convém anotar que a E.C. 20/98 (art. 13) previu a edição de lei com o fito de disciplinar o acesso ao auxílio-reclusão para servidores, segurados e dependentes, e, enquanto não houver a lei, assegurou o benefício àqueles que tenham renda mensal igual ou inferior a R$ 360,00, valor esse a ser corrigido pelos índices adotados pelo regime geral da previdência social quando do advento do diploma regulador.

4.8. Absolvição

Sendo absolvido em crime de natureza não funcional, nenhum efeito ocorrerá na relação funcional, e, em consequência, na esfera administrativa.

4.9. Absolvição na Esfera Administrativa

Diferentemente dos casos anteriores, em que foi examinada a influência de decisão penal sobre a esfera administrativa, não se adota o mesmo sistema na hipótese inversa. Em razão da independência das instâncias penal e administrativa, a solução nesta última esfera não impede a instauração de processo no âmbito criminal.

Em *habeas corpus* no qual o paciente pleiteava a anulação do ato do juiz que

recebeu a denúncia em ação penal, o Egrégio STF decidiu que *"a absolvição em processo administrativo disciplinar não impede a apuração dos mesmos fatos em processo criminal, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes"*. Não prevaleceu, assim, o argumento do impetrante de que estaria havendo duplicidade de julgamento pelo fato de serem apreciadas as mesmas provas oferecidas no processo administrativo. [2157]

VII. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 11: *A vitaliciedade não impede a extinção do cargo, ficando o funcionário em disponibilidade, com todos os vencimentos.*

Súmula 15: *Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.*

Súmula 16: *Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse.*

Súmula 17: *A nomeação de funcionário sem concurso pode ser desfeita antes da posse.*

Súmula 18: *Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.*

Súmula 19: *É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.*

Súmula 20: *É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.*

Súmula 21: *Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.*

Súmula 22: *O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo.*

Súmula 36: *Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade.*

Súmula 339: *Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia.*

Súmula 359: *Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.*

Súmula 678: *São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único.*

Súmula 679: *A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.*

Súmula 680: *O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.*

Súmula 681: *É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.*

Súmula 682: *Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos.*

Súmula 683: *O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.*

Súmula 684: *É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.*

Súmula 685: *É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.*

Súmula 686: *Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.*

Súmula 726: *Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.*

SÚMULAS VINCULANTES

Súmula Vinculante nº 4: *Salvo nos casos previstos da Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.*

Súmula Vinculante nº 6: *Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.*

Súmula Vinculante nº 13: *A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição*

Federal.

Súmula Vinculante nº 15: *O cálculo de gratificações e outras vantagens não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo do servidor público.*

Súmula Vinculante nº 16: *Os arts. 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 137: *Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário.*

Súmula 147: *Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.*

Súmula 170: *Compete ao juízo onde for intentada a ação de acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio.*

Súmula 173: *Compete à Justiça Federal processar e julgar o pedido de reintegração em cargo público federal, ainda que o servidor tenha sido dispensado antes da instituição do regime jurídico único.*

Súmula 218: *Compete à Justiça dos Estados processar e julgar ação de servidor estadual decorrente de direitos e vantagens estatutárias no exercício de cargo em comissão.*

Súmula 266: *O diploma de habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse, e não na inscrição para o concurso público.*

Súmula 340: *A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.*

Súmula 377: *O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.*

Súmula 378: *Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.*

Súmula 386: *São isentas de imposto de renda as indenizações de férias proporcionais e o respectivo adicional.*

Súmula 463: *Incide imposto de renda sobre os valores percebidos a título de indenização por horas extraordinárias trabalhadas, ainda que decorrentes de acordo coletivo.*

Capítulo XII -

Intervenção do Estado na Propriedade

I. Introdução

1. Breve Histórico

O tema relativo à intervenção do Estado na propriedade resulta da evolução do perfil do Estado no mundo moderno.

Bem anota BIELSA que o Estado moderno não limita sua ação à mantença da segurança externa e da paz interna, como que suprindo as ações individuais. Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social.[2158]

No curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não tinha esse tipo de preocupação. A doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intangíveis os seus direitos, mas, ao mesmo tempo, permitia que os abismos sociais se tornassem mais profundos, deixando à mostra os inevitáveis conflitos surgidos da desigualdade entre as várias camadas da sociedade. Esse Estado-polícia não conseguiu sobreviver aos novos fatores de ordem política, econômica e social que o mundo contemporâneo passou a enfrentar.

Essa forma de Estado deu lugar ao Estado-Bem-estar, *"que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica",* nas precisas palavras de DALMO DALLARI. [2159]

Saindo daquela posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo foi assumindo a tarefa de assegurar a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, procurando a proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como um somatório de individualidades. Para tanto, precisou imiscuir-se nas relações privadas.

O Estado intervencionista nem sempre apresenta somente aspectos positivos, mas se considera que é melhor suportar sua hipertrofia com vistas à defesa social do

que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos gerados pelos grupamentos sociais.

O dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que possa atender aos reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente guia essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular. É, na verdade, esse postulado que constitui um dos fundamentos políticos da intervenção do Estado na propriedade.

2. Propriedade

A propriedade é instituto de caráter político: a ordem jurídica pode reconhecer, ou não, as características que dão forma ao instituto. Historicamente, a propriedade constituiu verdadeiro direito natural, sendo erigida a direito fundamental nas declarações de direito da época do constitucionalismo. As tendências socializantes, porém, alteraram a fisionomia da propriedade, e muitos ordenamentos jurídicos firmaram o postulado ortodoxo de que a propriedade tinha caráter provisório até que se chegasse à coletivização em massa.[2160]

Modernamente se tem assegurado a existência da propriedade como instituto político, mas o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no direito positivo, tudo para permitir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade.[2161]

A vigente Constituição é peremptória no que se refere ao reconhecimento do direito: *"É garantido o direito de propriedade"* (art. 5º, XXII). O mandamento indica que o legislador não pode erradicar esse direito do ordenamento jurídico positivo. Pode, sim, definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica.

Logo adiante veremos que a propriedade não mais se caracteriza como direito absoluto, como ocorria na época medieval. Hoje o direito de propriedade só se justifica diante do pressuposto que a Constituição estabelece para que a torne suscetível de tutela: *a função social*. Se a propriedade não está atendendo a sua função social, deve o Estado intervir para amoldá-la a essa qualificação. E essa função autoriza não só a determinação de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir o uso egoístico e anti-social da propriedade.[2162] Por isso, o

direito de propriedade é relativo e condicionado.

O novo Código Civil, depois de repetir a norma que confere ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa (art. 1.228), fez a seguinte ressalva, em conformidade com a disciplina constitucional, e para consolidar o caráter social da propriedade: "*o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*" (art. 1.228, § 1º). Ficou, portanto, reforçado o sentido social da propriedade. Se o proprietário não respeita essa função, nasce para o Estado o poder jurídico de nela intervir e até de suprimi-la, se esta providência se afigurar indispensável para ajustá-la aos fins constitucionalmente assegurados.

II. Intervenção do Estado

1. Sentido

Essa breve introdução é necessária para chegarmos ao ponto que constitui objeto do presente capítulo, ou seja, a intervenção do Estado na propriedade.

De forma sintética, podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada. Extrai-se dessa noção que qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a Administração.

A intervenção, como é óbvio, revela um poder jurídico do Estado, calcado em sua própria soberania. É verdadeiro poder de império *(ius imperii),* a ele devendo sujeição os particulares. Sem dúvida, as necessidades individuais e gerais, como bem afirma GABINO FRAGA, se satisfazem pela ação do Estado e dos particulares, e, sempre que se amplia a ação relativa a uma dessas necessidades, o efeito recai necessariamente sobre a outra.[2163]

2. Quadro Normativo Constitucional

A vigente Constituição dá suporte à intervenção do Estado na propriedade. De um lado, garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas ao mesmo tempo

condiciona o instituto ao atendimento da função social (art. 5º XXIII). Aqui se encontra o primeiro embasamento constitucional. Se a propriedade precisa estar condicionada à função social, segue-se que, se não estiver atendida essa condição, poderá o Estado intervir para vê-la atendida.

No capítulo destinado à política urbana, diz a Constituição: *"A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"* (art. 182, § 2º). O dispositivo indica que, em termos urbanísticos, o paradigma para a expressão da função social da propriedade é o plano diretor do Município, e logicamente haverá situações em que esse plano diretor entrará em rota de colisão com interesses do proprietário. Prevendo essa situação, a Lei Fundamental deu ao Município poderes interventivos na propriedade, estabelecendo que pode ser imposta ao proprietário a obrigação de promover o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, quando em descompasso com as normas no plano diretor. No caso de inobservância da imposição, tem o Município o poder de impor o parcelamento ou a edificação compulsória do solo e, em último caso, de promover a própria desapropriação.[2164]

Outra norma que dá suporte à intervenção é a do art. 5º, XXV, da CF. Estabelece o dispositivo que o Poder Público poderá usar da propriedade particular no caso de iminente perigo público. É a figura da requisição, que examinaremos ainda neste capítulo.

Por fim, não é demais lembrar que a Constituição contempla o instituto da desapropriação, que não deixa de ser o mais draconiano modo de intervenção na propriedade, vez que a retira do domínio do proprietário para inseri-la no patrimônio do Estado. Entretanto, pela extensão dessa matéria, e para fins didáticos, teceremos os devidos comentários no capítulo seguinte.

III. Competência

Em relação à competência para proceder à intervenção na propriedade, cumpre de início distinguir a natureza da forma interventiva. A fonte para tal atividade está na Constituição, que em diversos dispositivos traça a partilha de competências entre as pessoas federativas. Portanto, é a Constituição que se deve verificar em primeiro lugar.

A competência para legislar sobre direito de propriedade, desapropriação e requisição é da União Federal (art. 22, I, II e III, CF).

Diferente da competência para legislar sobre essas matérias é a competência para legislar sobre as restrições e os condicionamentos ao uso da propriedade. Essa competência se reparte entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tudo em conformidade com o sistema de divisão de atribuições estabelecido na Constituição.[2165]

Uma lei que disponha sobre casos de requisição da propriedade privada, por exemplo, tem que ser federal (art. 22, III, CF). Mas uma lei que estabeleça casos de restrição ao uso da propriedade para a proteção do meio ambiente pode ser federal, estadual, distrital ou municipal (art. 24, VI, e art. 30, I e II, da CF).

Além da competência legislativa, as pessoas políticas dispõem de competência administrativa, que é aquela que se consubstancia através da prática de atos administrativos. O primeiro ponto a considerar é o de que toda a atividade administrativa há de ter suporte na lei, porque assim o impõe o princípio da legalidade. Sendo assim, a competência administrativa estará condicionada à competência para legislar sobre a matéria. Se o Município, para exemplificar, tem competência para legislar sobre restrições à atividade de construção (que implica modo interventivo na propriedade), terá, *ipso facto,* competência para praticar os atos administrativos necessários à execução da lei que editou.

Demais disso, é oportuno destacar que esses atos administrativos estampam, como regra, o exercício do poder de polícia da Administração, ou seja, o Poder Público, seguindo os parâmetros legais, concretiza as restrições autorizadas na lei e fiscaliza o seu cumprimento. O Estado, por exemplo, tem competência para legislar sobre segurança pública, e, em decorrência dessa atribuição, cabe-lhe a prática de atos de polícia que possibilitam o cumprimento da lei estadual. Compete, pois, às autoridades estaduais interditar temporariamente o uso de certa propriedade com vistas à preservação da segurança coletiva.

IV. Fundamentos

1. Supremacia do Interesse Público

No direito moderno, a supremacia do interesse público sobre o privado se

configura como verdadeiro postulado fundamental, pois que confere ao próprio indivíduo condições de segurança e de sobrevivência. A estabilidade da ordem social depende dessa posição privilegiada do Estado e dela dependem a ordem e a tranquilidade das pessoas.[2166]

No caso da intervenção na propriedade, o Estado age de forma vertical, ou seja, cria imposições que de alguma forma restringem o uso da propriedade pelo seu *dominus*. E o faz exatamente em função da supremacia que ostenta, relativamente aos interesses privados. Quando o particular sofre a imposição interventiva do Estado em sua propriedade, sua reação natural é a de insatisfação, e isso porque seu interesse foi contrariado. Mas toda intervenção visa ao atendimento de uma situação de interesse público e, sendo assim, há de justificar-se a atuação estatal, mesmo contrária ao interesse do particular.

Pode-se, assim, extrair desse fundamento que toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer. É a supremacia do interesse público sobre o privado, como princípio, que retrata um dos fundamentos da intervenção estatal na propriedade.

2. Função Social da Propriedade

Conforme assinala DROMI, a concepção individualista da propriedade já foi há muito abandonada, porque predomina atualmente a visão de que o instituto, muito mais que um fim, se configura como meio para alcançar o bem-estar social.[2167]

Essa visão, que leva em conta os relevantes interesses da coletividade, é que levou o Constituinte a condicionar a propriedade ao atendimento da função social (art. 5º, XXIII). Ao fazê-lo, veio a possibilitar que o Estado interviesse na propriedade sempre que esta não estivesse amoldada ao pressuposto exigido na Constituição. Sobre o interesse do indivíduo, repetimos, há de prelevar o interesse público. Ademais, a Constituição inseriu a função social da propriedade como um dos princípios que regem a ordem econômica (art. 170, III). No dispositivo, o Constituinte mais uma vez reconhece a propriedade como fator econômico, mas a condiciona ao atendimento da função social, tornando este elemento superior àquele.

O pressuposto constitucional, contudo, não afasta nem suprime o direito em

si. Ao contrário, o sistema vigente procura conciliar os interesses individuais e sociais e somente quando há o conflito é que o Estado dá primazia a estes últimos. A função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos. Na verdade, a função social visa *a recolocar a propriedade na sua trilha normal.*[2168]

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional.

Não custa lembrar que o princípio da função social da propriedade reflete o ponto de convergência resultante da evolução do conceito de propriedade. Assim, deve ser aplicado lado a lado com os interesses da coletividade. Mas dúvida não há de que sua aplicação atinge o próprio conteúdo do direito de propriedade, e não apenas o seu exercício.[2169]

É, portanto, a função social o outro fundamento político e jurídico da intervenção do Estado na propriedade.

É evidente que a noção de *função social* traduz conceito jurídico aberto (ou indeterminado). A Constituição, no entanto, consignou certos parâmetros para dar alguma objetividade à citada noção. Para tanto, distinguiu a função social da propriedade *urbana* da propriedade *rural,* fixando parâmetros específicos para cada uma. Em relação à primeira, vinculou-se a função social ao atendimento das exigências básicas de ordenação da cidade fixadas no plano diretor (art. 182, § 2º). A função social rural está atrelada aos fatores de aproveitamento e uso racional e adequado da propriedade, de modo que a exploração venha a favorecer o bem-estar de proprietários e trabalhadores; da preservação do meio ambiente; e do respeito às relações de trabalho (art. 186). Por outro lado, ao descartar a desapropriação da pequena e média propriedade rural, bem como da propriedade produtiva (art. 185), considerou que tais situações fáticas sempre provocarão a presunção *(iuris et de iure)* de que está presente o cumprimento da função social rural.

O Código Civil em vigor expressou, em mais de uma passagem, o conteúdo social do direito de propriedade, reforçando seu caráter de direito subjetivo condicionado. Primeiramente, recomendou que esse direito deve ser exercido de forma compatível com suas finalidades econômicas e sociais e com a necessidade de preservação do meio ambiente e do patrimônio público (art. 1228, § 1º). Depois, alvitrando impedir o abuso no exercício do direito de propriedade, aduziu: *"São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem"* (art. 1.228, § 2º). Por fim, admitiu a perda da propriedade pela desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, bem como sua privação temporária em hipótese de requisição do uso da coisa em virtude de perigo público iminente. (art. 1.228, § 3º).

Verifica-se, pois, que, mesmo ostentando a característica de regular relações jurídicas privadas, o novo Código Civil, atendendo aos reclamos das sociedades modernas, realçou o conteúdo social do direito de propriedade e fixou vários suportes que condicionam seu exercício ou que o extinguem definitivamente do patrimônio jurídico do proprietário.

V. Modalidades

Por serem bastante diversificados os fins colimados pelo Poder Público para assegurar a harmonia social e a ordem pública, diversas também serão as formas de intervenção do Estado na propriedade. Didaticamente, contudo, podemos admitir duas formas básicas de intervenção, considerando a natureza e os efeitos desta em relação à propriedade:

a) *intervenção restritiva;* e
b) *intervenção supressiva.*

A intervenção restritiva é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono. Este não poderá utilizá-la a seu exclusivo critério e conforme seus próprios padrões, devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público, mas, em compensação, conservará a propriedade em sua esfera jurídica.

São modalidades de intervenção restritiva:

a) a servidão administrativa;
b) a requisição;
c) a ocupação temporária;
d) as limitações administrativas;
e) o tombamento.

Em face das peculiaridades de cada uma dessas formas, serão elas adiante analisadas separadamente.

Intervenção supressiva, a seu turno, é aquela em que o Estado, valendo-se da supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei. O efeito, pois, dessa forma interventiva é a própria supressão da propriedade das mãos de seu antigo titular.

A modalidade desse tipo de intervenção é a desapropriação, que, por ser matéria de maior amplitude e complexidade, será estudada no capítulo seguinte. No presente Capítulo, serão comentadas as modalidades de intervenção restritiva.

VI. Servidão Administrativa

1. Sentido e Natureza Jurídica

Servidão administrativa é o direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo.

Cuida-se de um direito real público, porque é instituído em favor do Estado para atender a fatores de interesse público. Por isso, difere da servidão de direito privado, regulada pelo Código Civil e tendo como partícipes da relação jurídica pessoas da iniciativa privada (arts. 1.378 a 1.389, Código Civil). O núcleo do instituto, porém, é o mesmo. No art. 1.378 do Código vigente, o legislador deixou registrados os dois elementos da servidão:

1) a servidão é imposta sobre um prédio em favor de outro, pertencente a

diverso dono;

2) o dono do prédio sujeito à servidão (prédio serviente) se obriga a tolerar seu uso, para certo fim, pelo dono do prédio favorecido (prédio dominante).

Quando se compara, portanto, a servidão de direito privado e a servidão administrativa, vemos que, embora idêntico o núcleo dos institutos, se apresentam duas diferenças principais:

a) a servidão administrativa atende a interesse público, enquanto a servidão privada visa ao interesse privado; e

b) a servidão administrativa sofre o influxo de regras de direito público, ao contrário das servidões privadas, sujeitas ao direito privado, como destaca DROMI.[2170]

São exemplos mais comuns de servidão administrativa a instalação de redes elétricas e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos. Costuma-se citar também como tipos de servidão administrativa a colocação em prédios privados de placas com nome de ruas e avenidas e de ganchos para sustentar fios da rede elétrica.[2171] Tais hipóteses, porém, só em sentido lato se podem considerar servidão. A noção clássica deste instituto envolve a conhecida servidão de trânsito, ou seja, aquela que provoca a utilização do solo, reduzindo, portanto, a área útil do imóvel do proprietário. Seja como for, em todos esses casos, como bem se pode observar, o Poder Público limita-se *ao uso* da parte da propriedade necessária à execução dos serviços públicos.

2. Fundamentos

O fundamento geral da servidão administrativa é o mesmo que justifica a intervenção do Estado na propriedade: de um lado, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, de outro, a função social da propriedade, marcada nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF. O sacrifício da propriedade cede lugar ao interesse público que inspira a atuação interventiva do Estado.

Não há uma disciplina normativa específica para as servidões administrativas. O dispositivo legal que a elas se refere é o art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/41, que

regula as desapropriações por utilidade pública. Nesse diploma, reza o citado dispositivo que *"o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei"*. A norma é antiga e anacrônica, e, na verdade, seu exíguo conteúdo não mais atende às linhas que traçam a fisionomia do instituto. Com esforço interpretativo, contudo, podemos entender que o titular do poder de instituir as servidões é o Poder Público (que na lei é o expropriante) e que, em alguns casos, será observado o procedimento da mesma lei para a instituição do ônus real. Seja como for, o art. 40 da lei expropriatória é o fundamento legal genérico do instituto. [2172]

3. Objeto

A servidão administrativa incide sobre a propriedade imóvel, como acertadamente entendem diversos estudiosos.[2173] DROMI acrescenta que a incidência do ônus real é sobre imóvel *alheio*, já que o instituto pressupõe sempre uma relação jurídica integrada por dois sujeitos.[2174] Institui-se a servidão, normalmente, sobre bens privados, mas nada impede que, em situações especiais, possa incidir sobre bem público.

Há autores, porém, que sustentam que a servidão pode incidir também sobre bens móveis.[2175] Advoga-se, ainda, tese mais ampla – a de que pode ser instituída sobre imóveis, móveis e até serviços.[2176]

Com a vênia devida a esses estudiosos, não vemos como se possa estender, com tal amplitude, o objeto das servidões administrativas. Não se pode perder de vista que as servidões têm o mesmo núcleo, como vimos, sejam elas administrativas ou de direito privado. Mas o nascedouro do instituto se deu no direito privado e só posteriormente se estendeu ao Poder Público. No direito privado, é corretíssima a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, segundo o qual as servidões *"têm por objeto coisa imóvel corpórea, ou sejam* prédios, *na terminologia adequada"*.[2177] Está excluída, portanto, a instituição sobre bens móveis.

Por outro lado, parece-nos mais difícil ainda aceitar a servidão administrativa sobre serviços. Tornando a invocar o autor acima, é necessário diferenciar as servidões prediais das impropriamente denominadas *servidões pessoais*, as quais *"não passam de vantagens proporcionadas a alguém"* e, dessa maneira, se caracterizam mais como direitos de crédito, e não como direito real.[2178]

À semelhança do que ocorre com a desapropriação, é de aplicar-se às servidões administrativas o princípio da hierarquia federativa: não pode um Município instituir servidão sobre imóveis estaduais ou federais, nem pode o Estado fazê-lo em relação aos bens da União. A recíproca, porém, não é verdadeira: a União pode fazê-lo em relação a bens estaduais e municipais, e o Estado, em relação a bens do Município. Neste caso, contudo, deve haver autorização legislativa, como o exige o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41, que regula o processo de desapropriação por utilidade pública. Como a servidão deve obedecer ao mesmo processo (art. 40 da mesma lei), a ela também deve aplicar-se esse requisito para a instituição da servidão em bem público. Em parecer sobre esse tema, CAIO TÁCITO averbou que *"não pode o município apropriar-se de área de domínio da União, quer pela via direta da desapropriação, quer pela via indireta da ocupação, para convertê-la em estrada municipal"* (*RDA* 159/328).

4. Formas de Instituição

Há duas formas de instituição de servidões administrativas.

A primeira delas decorre de acordo entre o proprietário e o Poder Público. Depois de declarar a necessidade pública de instituir a servidão, o Estado consegue o assentimento do proprietário para usar a propriedade deste com o fim já especificado no decreto do Chefe do Executivo, no qual foi declarada a referida necessidade. Nesse caso, as partes devem celebrar acordo formal por escritura pública, para fins de subsequente registro do direito real.

A segunda forma é através de sentença judicial. Não tendo havido acordo entre as partes, o Poder Público promove ação contra o proprietário, demonstrando ao juiz a existência do decreto específico, indicativo da declaração de utilidade pública. O procedimento, nessa hipótese, é idêntico ao adotado para a desapropriação, estando previsto, como já vimos, no art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/41.[2179] Adite-se, à guisa de esclarecimento, que, conforme já decidido, deverão ser citados para a ação os proprietários do imóvel em que se pretende implantar a servidão, bem como eventuais possuidores, neste caso porque os efeitos da medida administrativa interferem também em sua esfera jurídica.[2180]

Pode ocorrer a hipótese em que a Administração nem celebrou acordo com o proprietário nem observou as formalidades necessárias à implementação da

servidão administrativa. Em outras palavras, deixou de proceder à expedição do decreto e ao ajuizamento da ação com oferta do preço. A hipótese indica que o uso da propriedade pelo Poder Público se deu *manu militari,* situação que se assemelha à da desapropriação indireta. Nesse caso, idêntica deve ser a solução: sendo fato consumado a instalação da servidão, cabe ao proprietário pleitear judicialmente indenização com vistas à eventual reparação de seus prejuízos.[2181]

Não consideramos legítima a forma de instituição de servidões administrativas através de lei, como o fazem alguns autores. As servidões são instituídas sobre propriedades determinadas, o que não ocorre com a lei, que estabelece o direito de uso sobre propriedades indeterminadas. Por outro lado, a lei não impõe tipicamente uma restrição, mas sim estabelece uma limitação genérica à propriedade, razão por que entendemos que se trata de limitações administrativas, instituto que estudaremos adiante. Essas imposições legais, na verdade, decorrem da necessidade de possibilitar que o Poder Público exerça seu poder de polícia. É o caso, por exemplo, dos terrenos reservados previstos no Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), citado por HELY LOPES MEIRELLES, como forma de instituição de servidão *ex vi legis*, mas que, incidindo sobre as faixas marginais de rios e lagos de todas as propriedades, destinam-se, em última instância, ao exercício do poder de polícia com vistas à fiscalização desses bens públicos.[2182] Esse tipo de norma legal institui não servidão administrativa, mas sim limitações administrativas genéricas.

Autorizada doutrina também apresenta várias hipóteses do que considera servidões decorrentes diretamente da lei, como as do Código de Águas Minerais (Decreto-lei nº 7.841/45); a servidão militar prevista no Decreto-lei nº 3.437/41; a servidão para a proteção do patrimônio tombado, previsto no Decreto-lei nº 25/37. [2183] Entretanto, *venia concessa,* todos esses casos indicam limitações administrativas genéricas, e não servidões administrativas. Nesses casos, o próprio conteúdo do direito de propriedade sofre a limitação, diferentemente das servidões, que espelham restrições específicas ao uso da propriedade.[2184]

Por todos esses motivos é que nos parece mais técnico considerar as servidões administrativas restrições sobre propriedades específicas, sendo admissível sua instituição apenas por acordo entre as partes ou por sentença judicial.[2185]

Sendo a servidão administrativa um direito real em favor do Poder Público

sobre a propriedade alheia, cabe inscrevê-la no Registro de Imóveis para produzir efeitos *erga omnes*. A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31/12/1973) admitiu expressamente essa inscrição, referindo-se às servidões em geral (art. 167, I, item nº 6). A despeito da norma expressa da lei, há entendimento de que uma servidão de caráter permanente confere direito à proteção possessória, mesmo que não esteja formalizada pelo respectivo título, porque é considerada servidão aparente.[2186] A posição, entretanto, desborda do sentido legal e torna inócuo o dispositivo da lei de registros sobre a inscrição das servidões, além de constituir perigoso precedente contra o princípio da segurança das relações jurídicas. No caso de o Estado instituir servidão, terá que formalizar, por acordo ou por sentença, o direito real, cabendo-lhe a obrigação de inscrevê-la no Registro de Imóveis para assegurar o conhecimento do fato a terceiros interessados. Esse é o efeito *erga omnes* que decorre do registro.

5. Extinção

A servidão administrativa é, em princípio, permanente. Na doutrina do direito privado, os autores sublinham o princípio da perpetuidade como adequado à caracterização desse ônus real, significando que deve permanecer a utilização do bem alheio enquanto compatível com os objetivos que inspiraram sua instituição.

Poderão ocorrer alguns fatos supervenientes, contudo, que acarretam a extinção da servidão. Podemos agrupar esses fatos em três categorias.

A primeira é a relativa ao fato que consiste no desaparecimento da coisa gravada. Desaparecendo o bem gravado, desaparece o próprio objeto da servidão, e esta se extingue naturalmente.

Extingue-se também se o bem gravado for incorporado ao patrimônio da pessoa em favor da qual foi instituída. Aqui desaparece a relação bilateral que caracteriza o instituto. E, como ninguém pode impor servidão sobre seus próprios bens, o efeito é a extinção do direito real.[2187]

A última categoria é a da situação administrativa pela qual fica patenteado o desinteresse do Estado em continuar utilizando parte do domínio alheio. Ocorre como que o fenômeno da desafetação, ou seja, cessa o interesse público que havia inspirado a servidão administrativa. A extinção da servidão, no caso, é o efeito natural do desinteresse público superveniente: se não há interesse público no uso de

bem de terceiro, desaparece o suporte jurídico para a prossecução do direito real. Em outras palavras: o direito real fica sem objeto.

6. Indenização

A servidão administrativa encerra apenas o uso da propriedade alheia para possibilitar a execução de serviços públicos. Não enseja a perda da propriedade, como é o caso da desapropriação. Nesta a indenização deve corresponder ao valor do bem cuja propriedade foi suprimida e transferida ao Poder Público. Como na servidão administrativa somente há o uso de parte da propriedade, o sistema indenizatório terá delineamento jurídico diverso.

A regra reside em que a servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário. [2188] Segue-se daí que, se o direito real de uso provocar prejuízo ao *dominus,* deverá este ser indenizado em montante equivalente ao mesmo prejuízo. É bom relembrar que o ônus da prova cabe ao proprietário. A ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produz qualquer prejuízo.

Não obstante, ainda que se apure prejuízo do proprietário em virtude da servidão administrativa, na acepção verdadeira do instituto, a indenização nunca poderá corresponder ao valor do imóvel em si, uma vez que a intervenção não acarretou a perda da propriedade. Irreparável, pois, a decisão no sentido de que, *"como não há perda do domínio, mas passa ele a ser onerado pela utilização pública, a indenização não pode corresponder ao valor total do bem, mas deve compensar as restrições impostas".*[2189] De fato, evidencia-se, sem qualquer dificuldade, que o valor do imóvel não pode mesmo ser idêntico àquele que visa a indenizar apenas sua utilização. O importante é que o proprietário seja indenizado pelo uso, quando de alguma forma sofre restrições no gozo do domínio.[2190]

Há casos, porém, em que a servidão administrativa simula verdadeira desapropriação, porque interdita o uso, pelo proprietário, do bem gravado com a servidão. Correta nesse caso se afigura a advertência de LUCIA VALLE FIGUEIREDO, no sentido de que, *"se a servidão aniquila a propriedade em termos de sua utilização pelo proprietário, estaremos diante de típico caso de desapropriação".*[2191] Se tal ocorrer, não há dúvida de que o Poder Público deve proceder à efetiva desapropriação do bem e indenizar amplamente o proprietário. Nesse sentido já se

têm manifestado os Tribunais em várias decisões sobre o tema.[2192]

Negligenciando o Poder Público, no entanto, em providenciar a desapropriação da propriedade ou de parte dela, interditada ao uso normal, deve o proprietário ser indenizado integralmente pelos prejuízos causados por essa interdição, verdadeira desapropriação simulada sob a capa de limitação administrativa. Acertadamente, já decidiu o STJ que, no caso de criação de Parque nacional, como há interdição de uso e de alienação da propriedade, são indenizáveis não somente as florestas como também a terra nua. Embora o acórdão se tenha referido a *servidão administrativa*, a hipótese configurava-se como verdadeira *desapropriação indireta*.[2193]

A indenização deve ser acrescida das parcelas relativas a juros moratórios, atualização monetária, honorários de advogado, despesas judiciais, tal como ocorre nas desapropriações. Embora houvesse alguma dúvida a respeito, hoje já se tem firmado o entendimento de que cabem os juros compensatórios, quando o uso efetivo do bem pelo Poder Público antecede o pagamento da indenização.[2194]

De acordo com o art. 10, parágrafo único, do Decr.-lei nº 3.365/41, com a redação da MP nº 2.183-56, de 24.08.2001, a *prescrição* da pretensão indenizatória no caso de servidão administrativa (que encerra restrição oriunda de ato administrativo) consuma-se no prazo de cinco anos.[2195] O termo *a quo* da contagem do prazo prescricional ocorre com a efetiva restrição imposta pelo Poder Público: só nesse momento é que o direito do proprietário sofre lesão jurídica.

7. Características

Depois da análise do perfil da servidão administrativa, podem ser alinhadas as seguintes características para o instituto:

1) a natureza jurídica é a de direito real;
2) incide sobre bem imóvel;
3) tem caráter de definitividade;
4) a indenizabilidade é prévia e condicionada (neste caso só se houver prejuízo);
5) inexistência de autoexecutoriedade: só se constitui através de acordo ou de decisão judicial.

VII. Requisição

1. Sentido

Requisição é a modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente.

Anteriormente, a requisição era instituto que só tinha aplicação em situação de guerra ou de movimentos graves de origem política. Hoje, ingressou no Direito Administrativo, servindo para fins militares e civis. Há, portanto, dois tipos de requisição: a requisição civil e a requisição militar.[2196]

O administrador público não é livre para requisitar bens e serviços. Para que possa fazê-lo, é necessário que esteja presente situação de *perigo público iminente*, vale dizer, aquele perigo que não somente coloque em risco a coletividade como também que esteja prestes a se consumar ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for adotada. Tais situações não são apenas as ações humanas, como bem registra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, mas de igual maneira os fatos da natureza, como inundações, epidemias, catástrofes e outros fatos do mesmo gênero.[2197]

2. Fundamentos

O fundamento genérico das requisições é o mesmo das servidões administrativas: o art. 5º, XXIII, e o art. 170, III, da CF. Ambos qualificam a propriedade como direito condicionado ao atendimento da função social.

Além desse fundamento, a Constituição trouxe à tona dispositivo específico para as requisições. Dispõe o art. 5º, XXV, da CF: *"no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano"*.

Somente a lei federal pode regular a requisição. De acordo com o art. 22, III, da CF, compete privativamente à União Federal legislar sobre requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra. Anote-se, porém, que a competência referida é a legislativa. Sendo assim, autoridades das demais pessoas políticas podem praticar atos de requisição, desde que, é óbvio, presentes os

requisitos constitucionais e legais. O TJ-RJ, a propósito, já decidiu: *"Município – Estado de calamidade pública – Requisição de bens particulares. No caso de estado de calamidade pública reconhecido por decreto municipal, há possibilidade de requisição de bens particulares assegurada pela CF – art. 5º, XXV –, já que o interesse público se sobrepõe ao privado em situações de iminente perigo para a comunidade, ensejando a requisição de bens, sem pagamento pela utilização dos mesmos, salvo se houver dano".*[2198]

O Decreto-lei nº 4.812, de 8/10/1942, disciplina o poder de requisição civil e militar e continua em vigor,[2199] já que adequado ao citado art. 5º, XXV, da CF. Outros diplomas legais que preveem requisição são a Lei Delegada nº 4, de 26/9/1962, e o Decreto-lei nº 2, de 14/1/1966, ambos voltados para a intervenção no domínio econômico e para os bens e serviços necessários ao abastecimento da população.[2200]

O vigente Código Civil, confirmando o instituto na parte em que disciplina a propriedade, deixou expresso que o proprietário pode ser privado da coisa não só em caso de desapropriação, como também *"no de requisição, em caso de perigo público iminente"* (art. 1.228, § 3º), o que reforça o caráter social da propriedade. De outro lado, a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que regula os serviços de saúde, contempla a requisição de bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas, para atendimento de "*necessidades coletivas, urgentes e transitórias, oriundas de perigo iminente, calamidade pública ou irrupção de epidemias"*, assegurada justa indenização.[2201]

3. Objeto e Indenização

O objeto das requisições é bem amplo: abrange *bens móveis, imóveis e serviços particulares*. A finalidade é sempre a de preservar a sociedade contra situações de perigo público iminente.

Numa situação de iminente calamidade pública, por exemplo, o Poder Público pode requisitar o uso do imóvel, dos equipamentos e dos serviços médicos de determinado hospital privado. A requisição só não será legítima se não estiver configurada a situação de perigo mencionada na Constituição. Nesse caso, pode o proprietário recorrer ao Judiciário para invalidar o ato de requisição.

A indenização pelo uso dos bens e serviços alcançados pela requisição é condicionada: o proprietário somente fará jus à indenização se a atividade estatal lhe tiver provocado danos. Inexistindo danos, nenhuma indenização será devida. O

princípio neste caso é o mesmo aplicável às servidões administrativas.

Não obstante, deve ficar claro que a indenização, caso devida, será sempre *a posteriori,* ou ulterior, como consigna a Constituição. E a regra é explicável pela situação de urgência que gera a requisição, urgência naturalmente incompatível com o processo moroso de apuração prévia do *quantum* indenizatório.

Assim como ocorre com a servidão administrativa, consuma-se em cinco anos *a prescrição* da pretensão do proprietário para postular indenização (se for o caso) em face da pessoa responsável pela requisição, contado o prazo a partir do momento em que se inicia o efetivo uso do bem pelo Poder Público.[2202] A requisição, tal como sucede com a servidão, reflete *restrição* decorrente de ato do Poder Público, e é exatamente ela que rende ensejo ao pedido indenizatório, em havendo a ocorrência de prejuízos.

4. Instituição e Extinção

Verificada a situação de perigo público iminente, a requisição pode ser de imediato decretada. Significa, pois, que o ato administrativo que a formaliza é autoexecutório e não depende, em consequência, de qualquer decisão do Judiciário. [2203] É esse ato administrativo, portanto, que institui a atuação interventiva sob a modalidade de requisição.

O ato de requisição apresenta dois ângulos que devem ser devidamente analisados. Sob o aspecto da necessidade da situação de perigo público iminente, pressuposto do instituto, o ato de requisição é vinculado. Quer dizer que o agente administrativo não pode praticá-lo se ausente esse pressuposto; nenhuma liberdade de ação se lhe confere nesse ponto. A situação de perigo público, porém, só pode ser avaliada pelo administrador, e nessa avaliação não há como deixar de se lhe reconhecer o poder jurídico de fixá-la como resultado de valoração de caráter eminentemente administrativo.

Nem por isso o ato pode ser infenso à apreciação judicial. A apreciação, todavia, há de cingir-se ao exame da legalidade do ato, e não aos aspectos de avaliação reservados ao administrador. Se falta o pressuposto do perigo público iminente, por exemplo, cabe ao Judiciário invalidar o ato por vício de legalidade. O mesmo sucederá se houver arbítrio do administrador na avaliação do perigo: nesse caso o vício estará localizado no motivo ou no objeto do ato, ou ainda na falta de

congruência entre esses elementos, o que possibilita a sua invalidação na via judicial. Mas, sem haver arbítrio na valoração, não pode o juiz substituir-se ao administrador; sendo assim, ser-lhe-á vedado alterar o conteúdo da manifestação volitiva do administrador.

A extinção da requisição se dará tão logo desapareça a situação de perigo público iminente. Por essa razão, a requisição é de natureza transitória, sabido que aquela situação não perdurará eternamente.

5. Características

Diante do quadro jurídico acima examinado, é possível extrair as seguintes características da requisição e confrontá-las, para fins didáticos, com as da servidão administrativa:

1) é direito pessoal da Administração (a servidão é direito real);
2) seu pressuposto é o perigo público iminente (na servidão inexiste essa exigência);
3) incide sobre bens imóveis, móveis e serviços (a servidão só incide sobre bens imóveis);
4) caracteriza-se pela transitoriedade (a servidão tem caráter de definitividade);
5) a indenização, se houver, é ulterior (na servidão, a indenização, embora também condicionada, é prévia).

VIII. Ocupação Temporária

1. Sentido e Objeto

A leitura dos publicistas mostra algumas dúvidas e imprecisões no que diz respeito à exata conceituação do instituto da ocupação temporária. Em pesquisa jurisprudencial, vemos também que até mesmo os Tribunais poucas vezes têm enfrentado questões referentes ao tema. O direito positivo, a seu turno, não contém uma disciplina minudente sobre o assunto. Procuremos, então, analisá-lo sucintamente, embora com a mais desejável precisão.

Não há dúvida de que o Poder Público tem necessidade de usar, por algum

período de tempo, a propriedade privada com o fim de lhe ser permitida a execução de serviços e obras públicas, mesmo que inexista situação de perigo público iminente. Quanto a esse fato, não divergem os autores, e esse é realmente o núcleo conceitual do instituto.

Surge, porém, a primeira dúvida: sobre que tipos de propriedade incide a ocupação temporária? Para alguns, incide sobre bens móveis ou imóveis, ou, como diz DROMI, *"sobre los mismos bienes o cosas que pueden ser objeto de expropriación".*[2204] Outros autores limitam o instituto à utilização apenas de imóveis.[2205]

A nosso ver, a ocupação temporária é instituto típico de utilização da propriedade imóvel, porque seu objetivo é o de permitir que o Poder Público deixe alocados, em algum terreno desocupado, máquinas, equipamentos, barracões de operários, por pequeno espaço de tempo. Esse fim, como é lógico, não se coaduna com o uso de bens móveis. Além do mais, o art. 36 do Decreto-lei nº 3.365/41, regulador da desapropriação por utilidade pública, o qual comentaremos adiante, faz referência ao uso de *terrenos não edificados*. Concluímos, pois, que o objeto da ocupação temporária é a propriedade imóvel.

À luz desses primeiros dados, pode-se dizer que *ocupação temporária é a forma de intervenção pela qual o Poder Público usa transitoriamente imóveis privados, como meio de apoio à execução de obras e serviços públicos.*

Exemplo típico de ocupação temporária é a utilização temporária de terrenos particulares contíguos a estradas (em construção ou em reforma), para a alocação transitória de máquinas de asfalto, equipamentos de serviço, pequenas barracas de operários etc. É também caso de ocupação temporária o uso de escolas, clubes e outros estabelecimentos privados por ocasião das eleições; aqui a intervenção visa a propiciar a execução do serviço público eleitoral.

Há situações que, apesar da denominação de *ocupação temporária*, configuram hipótese de *requisição*, por estar presente o estado de perigo público. A Constituição fornece interessante exemplo ao admitir a *ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos* quando ocorrer hipótese de calamidade pública, ressalvando, todavia, o dever da União de indenizar no caso de haver danos e custos decorrentes da utilização temporária.[2206]

2. Fundamentos

Não é diverso o fundamento genérico da ocupação temporária em relação às formas interventivas já estudadas. Como o instituto demonstra hipótese de atendimento à função social, no caso exercida pelo Poder Público em atividade de interesse coletivo, tem-se como fundamentos os mesmos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF.

Apesar da lacuna normativa sobre o instituto, podemos considerar como fundamento específico da ocupação temporária o art. 36 do Decreto-lei nº 3.365/41, que, como mencionamos acima, trata da desapropriação por utilidade pública. Dispõe esse artigo: *"É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização"*.

A conceituação legal, na verdade, é muito restrita e não tem a abrangência que se deve emprestar ao sentido da ocupação temporária. Mas, de qualquer modo, cuida-se de norma específica sobre o instituto. Neste passo, vale a pena realçar que esse preceito legal não retrata *a única* modalidade de ocupação temporária, como adiante examinaremos, mas sim uma espécie daquelas possibilidades de uso, pelo Poder Público, de bens imóveis, normalmente privados.

3. Modalidades e Indenização

Para melhor examinar o assunto à luz de um sistema lógico, pensamos que se podem apresentar duas modalidades de ocupação temporária. Uma delas é a ocupação temporária *para obras públicas vinculadas ao processo de desapropriação,* esta a prevista no citado art. 36 da lei expropriatória. A outra é a ocupação temporária *para as demais obras e para os serviços públicos em geral*, sem qualquer vínculo com o processo de desapropriação executado pelo Estado.

Em ambos os casos, diga-se por oportuno, presente está o núcleo central do instituto, qual seja, a utilização transitória de bem imóvel privado pelo Estado para a consecução de uma finalidade pública.

A questão da indenização, em nosso entender, deve levar em conta essas duas modalidades.

A primeira delas implica o dever do Estado de indenizar o proprietário pelo uso do imóvel. O referido dispositivo da lei expropriatória estabelece que a ocupação *"será indenizada, afinal"*. Nota-se aqui que a utilização estatal se consuma

por período de tempo mais extenso, gerando, em consequência, o dever indenizatório.

Na ocupação desvinculada da desapropriação, a regra é a mesma que vale para a servidão administrativa, ou seja, em princípio não haverá indenização, mas esta será devida se o uso acarretar comprovado prejuízo ao proprietário. Por isso é que os casos que citamos, de obras em estradas e de serviços eleitorais, não rendem, como regra, ensejo a qualquer indenização.

Em qualquer caso, contudo, ocorre em cinco anos a prescrição da pretensão para que o proprietário postule indenização pelos prejuízos decorrentes da ocupação temporária, que, tanto como a servidão administrativa e a requisição, se caracteriza como restrição à propriedade.[2207] É o fato em si da ocupação que constitui o termo inicial da contagem do referido prazo prescricional.

4. Instituição e Extinção

A instituição da ocupação temporária é tema que também suscita algumas dúvidas. Alguns estudiosos não se referem ao aspecto formal desse tipo de intervenção.[2208] Para alguns autores, na ocupação há autoexecutoriedade da decisão administrativa de utilizar a propriedade alheia.[2209] Para outros, é imprescindível o ato instituidor, considerando-se que, se o proprietário consente no uso, ou se dispensa retribuição, o caso não seria de ocupação temporária.[2210]

Pensamos, com a vênia devida a esses reconhecidos juristas, que a hipótese merece distinção, e, por isso, pareceu-nos necessário admitir duas modalidades de ocupação. Se se trata de ocupação vinculada à desapropriação, é de entender-se indispensável ato formal de instituição, seja por decreto específico do Chefe do Executivo, seja até mesmo no próprio decreto expropriatório. Há duas razões aqui: a primeira é que a ocupação se estenderá por período temporal um pouco maior do que na breve ocupação; e depois porque essa intervenção deverá ser indenizada, como reclama o já citado art. 36 da lei expropriatória.[2211] Por esse motivo, não nos parece que a autoexecutoriedade decorrente do ato instituidor da ocupação dispense *sempre* a comunicação.

Diversamente deve ser tratada a ocupação temporária desvinculada de desapropriação. Nessa hipótese, a atividade é autoexecutória e dispensa ato formal, como é o caso do uso de terrenos baldios para a alocação de máquinas e

equipamentos. No caso de serviços eleitorais, o formalismo limita-se a um ofício da autoridade judicial comunicando a data e o horário do uso da propriedade privada. Permitimo-nos, pois, entender, diversamente de alguns estudiosos, que o consentimento do proprietário ou a ocupação gratuita não desfiguram esse tipo de intervenção, exigindo-se apenas menor grau de formalização do que na hipótese da ocupação temporária vinculada a processo expropriatório.[2212]

Quanto à extinção, não haverá muita dificuldade em identificar a situação que a provoca. Se a ocupação visa à consecução de obras e serviços públicos, segue-se que a propriedade deve ser desocupada tão logo esteja concluída a atividade pública. Prevalece, pois, o princípio de que, extinta a causa, extingue-se o efeito. Se o Poder Público, porém, extrapolar os limites legais de ocupação, sua conduta será abusiva e suscetível de invalidação na via judicial.

5. Características

Vejamos, então, as características da ocupação temporária, confrontando-as com as da servidão administrativa e da requisição:

1) cuida-se de direito de caráter não real (igual à requisição e diferente da servidão, que é direito real);
2) só incide sobre a propriedade imóvel (neste ponto é igual à servidão, mas se distingue da requisição, que incide sobre móveis, imóveis e serviços);
3) tem caráter de transitoriedade (o mesmo que a requisição; a servidão, ao contrário, tem natureza de permanência);
4) a situação constitutiva da ocupação é a necessidade de realização de obras e serviços públicos *normais* (a mesma situação que a servidão, mas diversa da requisição, que exige situação de perigo público iminente);
5) a indenizabilidade varia de acordo com a modalidade de ocupação: se for vinculada à desapropriação, haverá dever indenizatório, e, se não for, inexistirá em regra esse dever, a menos que haja prejuízos para o proprietário (a requisição e a servidão podem ser ou não indenizáveis; sendo assim, igualam-se, nesse aspecto, a esta última forma de ocupação temporária, mas se diferenciam da primeira, porque esta é sempre indenizável).

IX. Limitações Administrativas

1. Sentido

Limitações administrativas são determinações de caráter geral, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social.

É exemplo de obrigação positiva aos proprietários a que impõe a limpeza de terrenos ou a que impõe o parcelamento ou a edificação compulsória.[2213] Podem ser impostas também obrigações negativas: é o caso da proibição de construir além de determinado número de pavimentos, limitação conhecida como *gabarito* de prédios. Limita-se ainda a propriedade por meio de obrigações permissivas, ou seja, aquelas em que o proprietário tem que tolerar a ação administrativa. Exemplos: permissão de vistorias em elevadores de edifícios e ingresso de agentes para fins de vigilância sanitária.[2214]

No caso das limitações administrativas, o Poder Público não pretende levar a cabo qualquer obra ou serviço público. Pretende, ao contrário, condicionar as propriedades à verdadeira função social que delas é exigida, ainda que em detrimento dos interesses individuais dos proprietários. Decorrem elas do *ius imperii* do Estado, que, como bem observa HELY LOPES MEIRELLES, tem o domínio eminente e potencial sobre todos os bens de seu território, de forma que, mesmo sem extinguir o direito do particular, tem o poder de adequá-lo coercitivamente aos interesses da coletividade.[2215]

Muitas limitações administrativas têm sua origem em leis e atos de natureza urbanística. A própria Constituição destina capítulo específico à política urbana (arts. 182 e 183) e contempla institutos apropriados à sua execução. A Lei nº 10.257, de 10/7/2001 – o Estatuto da Cidade – instituiu diversos instrumentos que se configuram como limitações administrativas. É o caso, por exemplo, do *parcelamento e da edificação compulsórios*, impostos a proprietários de terrenos urbanos não edificados, subutilizados ou não utilizados, em situação de contrariedade ao plano diretor da cidade, hipótese que estampa obrigação de fazer (*facere*) (art. 5º).

Outra limitação administrativa de natureza urbanística, também contemplada no referido diploma, é o *direito de preempção municipal*, pelo qual se assegura ao

Município preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, quando houver necessidade de implementação de medidas urbanísticas, como a regularização fundiária, os programas habitacionais, a expansão urbana, a proteção ambiental etc (art. 25). Registre-se que o exercício desse direito depende de lei municipal, calcada no plano diretor, que delimite as áreas em que poderá incidir o direito. Ademais, o prazo de vigência do direito não pode ser superior a cinco anos, embora possa ser renovado a partir de um ano após o prazo inicial de vigência (art. 25, § 1º, do Estatuto da Cidade).[2216]

Merece destaque, ainda, a limitação referente ao *estudo de impacto de vizinhança (EIV)*, previsto no art. 36 do mesmo Estatuto. Este diploma confere à lei municipal a possibilidade de definir os empreendimentos e atividades privadas ou públicos em área urbana que dependerão da elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança para o fim de serem obtidas licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento de competência do governo municipal. Tal imposição visa a analisar os efeitos positivos e negativos de determinados empreendimentos sobre a qualidade de vida da população local, bem como a analisar aspectos de política urbana, como o uso e ocupação do solo, o adensamento populacional, a demanda de equipamentos urbanos, o fluxo de tráfego, o serviço de transporte e outros do gênero. Cuida-se aqui de limitação que impõe obrigação de suportar (*pati*) a determinados proprietários, para o fim de ser preservada a ordem urbanística da cidade.

Todos esses novos instrumentos urbanísticos constituem novas formas de limitações administrativas, e em relação a eles importa notar o que espelha realmente o núcleo das limitações: a intervenção do Poder Público na propriedade privada.[2217]

2. Natureza Jurídica

Há alguns aspectos que devem ser analisados a respeito da natureza das limitações administrativas.

O primeiro deles diz respeito à natureza dos atos que impõem as obrigações. A manifestação volitiva do Poder Público no sentido das limitações pode ser consubstanciada por leis ou por atos administrativos normativos. Serão eles sempre *gerais*, porque, contrariamente ao que ocorre com as formas interventivas anteriores,

as limitações não se destinam a imóveis específicos, mas a um grupamento de propriedades em que é dispensável a identificação. Há, pois, *indeterminabilidade* acerca do universo de destinatários e de propriedades atingidas pelas limitações.

Outro aspecto relevante para a análise do tema consiste na distinção que alguns doutrinadores fazem sobre *limitação* e *restrição* do direito. A restrição refere-se ao exercício em si das faculdades inerentes ao conteúdo do direito; a limitação, ao revés, já integra o conteúdo do direito, ou, em outras palavras, o próprio direito de propriedade tem sua dimensão jurídica condicionada pelas várias limitações impostas no ordenamento jurídico. Assim, o conteúdo do direito já teria reduções relativas às limitações administrativas, aos direitos de vizinhança etc.[2218]

Portanto, se quisermos caracterizar a natureza jurídica das limitações, poderíamos dizer que se trata de atos legislativos ou administrativos de caráter geral, que dão o contorno do próprio direito de propriedade. É nesse sentido que os autores as colocam entre as formas de intervenção do Estado na propriedade.

3. Fundamentos

O fundamento básico das limitações administrativas não difere em última análise do que dá escora às demais formas interventivas. A propriedade deve atender a sua função social, dando prevalência ao interesse público sobre os interesses particulares. É de invocar-se novamente os arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF.

Em relação, porém, às limitações administrativas, é de toda a oportunidade invocar outro fundamento, normalmente apontado pelos estudiosos: o exercício do poder de polícia. De fato, o poder de polícia encerra exatamente a prática de atos administrativos que restringem e condicionam a liberdade e a propriedade, com vistas ao interesse coletivo.

Resulta daí, como bem observa MARIA SYLVIA DI PIETRO, que aos proprietários não cabe qualquer medida administrativa ou judicial visando a impedir a imposição das limitações sobre as propriedades.[2219] Acrescente-se que as limitações ou estarão estampadas na própria lei, ou em atos normativos fundados em lei. Implicam, pois, o exercício do poder estatal para assegurar o bem-estar comum.

É importante distinguir, a respeito do tema em foco, que tais ações

administrativas encontram fundamento mais remoto na denominada *supremacia geral* (ou *sujeição geral*), retratada no poder de soberania estatal. De forma mais próxima, o fundamento repousa na *supremacia especial* (ou *sujeição especial*), esta direcionada especificamente a propriedades determinadas.[2220]

4. Indenização

Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários.[2221]

As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta.

É mister salientar, por fim, que inexiste causa jurídica para qualquer tipo de indenização a ser paga pelo Poder Público. Não incide, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado geradora do dever indenizatório, a não ser que, a pretexto de impor limitações gerais, o Estado cause prejuízo a determinados proprietários em virtude de conduta administrativa. Aí sim, haverá vício na conduta e ao Estado será imputada a devida responsabilidade, na forma do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Costuma-se confundir dois institutos que têm diferentes efeitos quanto à indenizabilidade: o *alinhamento* e o *recuo obrigatório de construção*. O alinhamento é a linha limítrofe entre a propriedade privada e o domínio público urbano, sobretudo no que diz respeito, usualmente, aos bens de uso comum do povo, como ruas, estradas, avenidas. Se o Poder Público altera o alinhamento, reduzindo a área da propriedade privada, tem o dever de indenizar os proprietários prejudicados pelo novo traçado. O recuo de construção, porém, é limitação administrativa genérica, pela qual o Poder Público não concede licença para novas edificações em certo trecho da propriedade. Aqui a propriedade continua sob o domínio normal do proprietário, de modo que nenhuma indenização lhe será devida pela imposição urbanística. Em suma, o *alinhamento* rende ensejo à *perda da propriedade* e, consequentemente, à indenização, ao passo que o *recuo* impõe exclusivamente uma

limitação de uso, não sendo devida qualquer indenização.[2222]

5. Características

Vejamos, pois, as características das limitações administrativas e, mais uma vez, o confronto com as anteriores formas interventivas:

1) são atos legislativos ou administrativos de caráter geral (todas as demais formas interventivas são atos singulares, com indivíduos determinados);
2) têm caráter de definitividade (igual ao das servidões, mas diverso da natureza da requisição e da ocupação temporária);
3) o motivo das limitações administrativas é constituído pelos interesses públicos abstratos (nas demais formas interventivas, o motivo é sempre a execução de obras e serviços públicos específicos);
4) ausência de indenizabilidade (nas outras formas, pode ocorrer indenização quando há prejuízo para o proprietário).

X. Tombamento

1. Sentido

Tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro.[2223]

Quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional. É o aspecto histórico de um país, como por todos reconhecido, que faz parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade.

Assim, o proprietário não pode, em nome de interesses egoísticos, usar e fruir livremente seus bens se estes traduzem interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário.

É bem variada a gama de exemplos de bens tombados. Os bens mais comumente tombados, entretanto, são os imóveis que retratam a arquitetura de

épocas passadas em nossa história, dos quais podem os estudiosos e pesquisadores extrair vários meios de conhecimento do passado e desenvolver outros estudos com vistas a disseminar a cultura do país. É comum, ainda, o tombamento de bairros ou até mesmo cidades, quando retratam aspectos culturais do passado.

O vocábulo *tombamento* é de origem antiga e provém do verbo *tombar*, que no Direito português tem o sentido de *inventariar, registrar* ou *inscrever* bens. O inventário dos bens era feito no *Livro do Tombo*, o qual assim se denominava porque guardado na Torre do Tombo. Neste local ficam depositados os arquivos de Portugal.[2224] Por extensão semântica, o termo passou a representar todo registro indicativo de bens sob a proteção especial do Poder Público.

2. Fonte Normativa

A proteção dos bens de interesse cultural se inicia pela Constituição, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados aos grupos formadores da sociedade brasileira.[2225]

É evidente que, para esse fim, a Constituição teria que prever os meios, e o fez no art. 216, § 1º, que tem os seguintes dizeres:

> *"O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação".*

Verifica-se, portanto, que o tombamento é uma das várias formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

O diploma infraconstitucional regulador do tombamento é o Decreto-lei nº 25, de 30/11/1937, que, sem embargo de desatualizado em alguns pontos, contém ainda as regras básicas e a fisionomia jurídica do instituto do tombamento, inclusive quanto ao registro dos bens tombados.[2226] Note-se, porém, que esse Decreto-lei apenas traça as regras gerais aplicáveis ao fato jurídico-administrativo do tombamento. Mas este se consumará, como adiante veremos, através de atos administrativos específicos destinados a propriedades determinadas.

3. Fundamento

Como toda forma de intervenção na propriedade, o tombamento, de igual maneira, tem por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público. Mais uma vez se pode encontrar de modo notório o princípio de que o interesse público deve prevalecer sobre os interesses dos particulares.

É por esse motivo que, ainda em relação ao presente instituto, podem ser invocados os arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF, os quais, como já visto, garantem o direito de propriedade desde que esta atenda à função social.

Sem dúvida que a defesa do patrimônio cultural é matéria de interesse geral da coletividade. Para que a propriedade privada atenda a essa função social, necessário se torna que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas concernentes ao uso de seus bens, impostas pelo Poder Público. Sob essa proteção, a propriedade estará cumprindo o papel para o qual a destinou a Constituição.

Desse modo, podemos considerar que o tombamento é fundado na necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social. E a função social, na hipótese, é estampada pela necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico etc.

Bem a propósito, aliás, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 48, de 10.08.2005, que, acrescentando o § 3º ao art. 215 da CF, previu que lei venha a estabelecer o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento cultural do País e a integração de ações do Poder Público para a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais e outras ações do gênero. Nota-se, destarte, o intuito de dar cada vez mais realce aos valores culturais do País. E é nesse contexto que se encontra o instituto do tombamento.

Ultimamente, porém, têm sido tombados imóveis urbanos para o fim de impedir sua demolição e evitar novas edificações ou edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos seja incompatível com a oferta possível no local. Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como "*áreas de proteção ao ambiente cultural*", e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações. É o que tem ocorrido, por exemplo, no Município do Rio de Janeiro.

Há nesses atos notório desvio de perspectiva. São eles flagrantemente ilegais e nenhuma relação têm com o real motivo do tombamento. O fundamento real deste instituto é a preservação do patrimônio público, mas naquelas áreas não há qualquer ambiente cultural a ser preservado. O que se pretende, com efeito, é instituir *limitações administrativas urbanísticas*, cujo fundamento, inteiramente diverso, consiste na mudança de estratégia de política urbana e na necessidade de alteração de critérios para edificação, tendo-se em mira a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural, como parece insinuar. Se a Administração quer alterar critérios de edificação, como gabaritos, natureza e objetivos de prédios, pode fazê-lo por instrumentos urbanísticos, mas não por meio de tombamento.

Por outro lado, importa anotar que os institutos são também diversos quanto aos destinatários: enquanto o tombamento é ato de limitação individual, e isso porque depende da análise de cada bem a ser tombado, as limitações urbanísticas administrativas, como foi visto, são atos gerais e impessoais e, por conseguinte, incidem sobre coletividades indeterminadas. Na verdade, adotou-se um instituto com os efeitos de outro.

O que se nota, na verdade, é uma conduta dissimulada do governo municipal, aplicando indevidamente o tombamento, que, como regra, não enseja indenização ao proprietário, em lugar de estabelecer limitações urbanísticas individuais, como, por exemplo, a proibição de demolir o imóvel ou a supressão do conteúdo econômico da propriedade, em que o proprietário, sacrificado em seu direito, faz jus à indenização devida pelo Município. Como sucede costumeiramente em outras hipóteses, tal conduta atende mais a apelos de ordem política que à observância da ordem jurídica e ao interesse público que deve prelevar na matéria.[2227]

4. Objeto

O tombamento incide sobre bens móveis e imóveis. Esse objeto consta do art. 1º do Decreto-lei nº 25/37, que, ao definir patrimônio histórico e artístico nacional, considera-o composto de bens móveis e imóveis existentes no país.

Deve consignar-se, porém, que os bens suscetíveis de tombamento são aqueles que traduzem aspectos de relevância para a noção de patrimônio cultural brasileiro. Como diz a Lei do Tombamento, são os bens do patrimônio histórico e artístico. Desse modo, correta é a observação de HELY LOPES MEIRELLES de

que é equivocado o tombamento de florestas, reservas naturais e parques ecológicos. Logicamente que tais bens são suscetíveis de proteção pelo Poder Público, mas não é o instituto do tombamento o adequado a tal desiderato.[2228]

5. Natureza Jurídica

Varia bastante o enfoque dado pelos autores à natureza jurídica do tombamento. Para alguns, trata-se de servidão administrativa.[2229] Outros sustentam que o bem tombado é um bem de interesse público.[2230] Defende-se também a natureza de limitação administrativa.[2231]

Não concordamos com a posição segundo a qual se trata de servidão administrativa. Por mais de uma razão. Primeiramente, o tombamento não é um direito real, como o é a servidão; depois, inexistem as figuras do dominante e do serviente, intrínsecas à servidão administrativa. De outro lado, classificar o tombamento como bem de interesse público nos parece uma ideia vaga, que não chega a caracterizar esse tipo de intervenção. Limitação administrativa também é natureza inadequada: enquanto a limitação se reveste de caráter geral, o tombamento tem caráter específico, ou seja, incide apenas sobre determinados bens, discriminados no competente ato.

Mesmo quando o tombamento abrange uma determinada área, um bairro ou até uma cidade, os imóveis tombados são apenas aqueles inseridos no local mencionado pelo ato. Dizer-se que todos os imóveis de uma rua estão tombados significa que *cada um deles*, especificamente, sofre a restrição. Por isso é que difere das limitações administrativas, que se caracterizam pelo fato de ser dispensável e irrelevante a determinabilidade dos bens que sofreram a intervenção estatal. A nosso ver, é equivocada a ideia de que o tombamento possa ser geral quando o local se constitui de várias propriedades.[2232] E por mais de uma razão: a uma, porque a legislação exige a notificação do proprietário, individualmente considerado; a duas, porque em determinado local pode já ter sido feita nova construção, sem qualquer conotação cultural ou histórica; a três, porque, a não ser assim, o Poder Público estaria vulnerando, flagrantemente e por via transversa, a garantia constitucional da propriedade.[2233]

Temos para nós que o tombamento não é nem servidão nem limitação administrativa. Trata-se realmente de *instrumento especial de intervenção restritiva do*

Estado na propriedade privada, com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção. Além disso, tem natureza concreta e específica, razão por que, diversamente das limitações administrativas, se configura como uma restrição ao uso da propriedade. Podemos, pois, concluir que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas.[2234]

Também em relação à natureza do ato, é cabível o estudo a respeito de ser ele vinculado ou discricionário. A despeito de haver controvérsia entre os autores, que se colocam de um lado ou de outro, quanto à natureza do ato, entendemos que é preciso fazer uma distinção quanto ao motivo do ato. Sob o aspecto de que o tombamento há de ter por pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato é vinculado, o que significa que o autor do ato não pode praticá-lo apresentando motivo diverso. Está, pois, vinculado a essa razão. Todavia, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, visto que essa avaliação é privativa da Administração.

Cabível é, da mesma forma, a observação de que o tombamento constitui um *ato administrativo*, devendo-se, por via de consequência, exigir que contenha todos os elementos necessários para conferir-lhe carga de legalidade. Não nos parece, assim, que se trate de *procedimento administrativo*, como supõem alguns estudiosos, fundados em que não se realiza num só ato, mas numa sucessão de atos.[2235] Na realidade, o tombamento é efetivamente *um ato só*, um ato administrativo único. O que ocorre é que semelhante ato *resulta* necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação. Isso significa tão-somente que o ato não pode ser praticado numa só ação, mas, ao revés, reclama todo um conjunto de formalidades prévias. Não se confunde, portanto, o procedimento que culminou no ato de tombamento com o ato de tombamento em si.

6. Espécies

As espécies de tombamento podem ser agrupadas levando-se em consideração a manifestação da vontade ou a eficácia do ato.

No que se refere ao primeiro aspecto, o tombamento pode ser *voluntário* ou *compulsório*. Voluntário é aquele em que o proprietário consente no tombamento,

seja através de pedido que ele mesmo formula ao Poder Público, seja quando concorda com a notificação que lhe é dirigida no sentido da inscrição do bem. O tombamento é compulsório quando o Poder Público inscreve o bem como tombado, apesar da resistência e do inconformismo do proprietário.[2236]

Quanto à eficácia do ato, pode ser *provisório* ou *definitivo*. É provisório enquanto está em curso o processo administrativo instaurado pela notificação, e definitivo quando, após concluído o processo, o Poder Público procede à inscrição do bem no Livro do Tombo.

Sobre a provisoriedade do tombamento, o STJ já proferiu decisão considerando que o tombamento provisório não é fase procedimental, mas sim medida assecuratória de preservação do bem até a conclusão dos pareceres e a inscrição no livro respectivo.[2237] Parece-nos, contudo, que tal conclusão não se coaduna com o texto legal. Dispõe o art. 10 do Dec.-lei nº 25/37 que o tombamento *"será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos bens"*. Segue-se, por conseguinte, que, a despeito de poder também revestir-se de caráter preventivo, o tombamento provisório encerra, na realidade, fase do processo, porquanto decretado antes do ato final do tombamento definitivo.

Autorizada doutrina admite, ainda, a classificação do tombamento em *individual*, quando atinge um bem determinado, e *geral,* quando alcança "*todos os bens situados em um bairro ou uma cidade".*[2238] Ousamos dissentir dessa classificação. O tombamento, segundo nos parece, tem sempre caráter *individual*, vale dizer, os efeitos do ato alcançam diretamente apenas a esfera jurídica do proprietário de determinado bem. O dito tombamento geral seria ato limitativo de natureza genérica e abstrata incongruente com a natureza do instituto. Quando várias edificações de um bairro ou uma cidade são alvo de tombamento, tal ocorre porque foi considerada cada uma delas *per se* como suscetível de proteção histórica ou cultural. A abrangência do ato, nesse caso, atinge várias edificações tão-somente pela circunstância de serem elas contíguas ao momento em que se criou a proteção. Mas, por suposição, se um dos imóveis dentro do agrupamento não mais tiver a peculiaridade histórica que reveste os demais (em virtude, por exemplo, de demolição da construção anterior e de nova construção ocorridas antes do momento em que se diligencia a proteção), tal imóvel não poderá ser tombado,

porquanto lhe faltará o pressuposto que gerou a proteção dos demais e seu consequente tombamento.

7. Instituição

Todo tombamento deriva de manifestação expressa da vontade do Poder Público. E deriva porque é a este que incumbem a proteção do patrimônio cultural brasileiro e a intervenção na propriedade privada para o fim de garantir a prevalência do interesse público.

A questão que se põe, contudo, é a de saber qual o tipo de ato pelo qual o Poder Público decreta o tombamento. Parte da doutrina tem o entendimento de que a instituição tanto pode ser fixada por ato administrativo como por lei. Por essa corrente de pensamento, tanto é competência do Executivo como do Legislativo a instituição interventiva.[2239]

Essa, porém, não parece ser a melhor doutrina, apesar dos ilustres juristas que a defendem. O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições. Trata-se de atividade administrativa, e não legislativa. Além do mais, o tombamento só é definido após processo administrativo no qual, frequentemente, há conflito de interesses entre o Estado e o particular. Resulta daí que o ato de tombamento é passível de exame quanto à legalidade de seus vários elementos, como o motivo, a finalidade, a forma etc. Ora, a lei que decreta um tombamento não pressupõe qualquer procedimento prévio, de modo que fica trancada para o proprietário qualquer possibilidade de controle desse ato, o que seria absurdo mesmo diante da circunstância de ser a lei, nesse caso, qualificada como *lei de efeitos concretos,* ou seja, a lei que, embora tenha a forma de lei, representa materialmente um mero ato administrativo.

Ao Legislativo compete, isto sim, estabelecer regras gerais para que o administrador intervenha na propriedade privada para fins de proteção do bem por traduzir interesse histórico ou artístico. Nesse aspecto, aliás, a Constituição estabelece competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII, CF). Não se exclui, nesse caso, a competência também do

Município, pois que o art. 30, IX, da CF lhe dá competência para *"promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual"*. Essa competência, entretanto, é fixada para o fim da edição de regras gerais, abstratas e impessoais sobre a intervenção na propriedade para a proteção desse patrimônio. Bem diversa, porém, é a competência para *concluir que a hipótese é realmente a de tombamento,* competência típica do Executivo.

Desse modo, parece-nos que a instituição do tombamento deve ser formalizada por ato administrativo típico praticado pelo Poder Executivo.[2240] O STF já teve a oportunidade de enfrentar o tema, tendo a maioria votado no sentido de que o tombamento é da competência do Executivo e, por isso, há de ser materializado por ato administrativo.[2241] Por exceção, é possível que o intuito protetivo se origine da própria Constituição, e em tal situação o tombamento será instituído pela própria norma constitucional.[2242]

A competência para legislar sobre tombamento é concorrente de todas as pessoas federativas. Apesar da omissão dos Municípios no art. 24, da CF, o inciso VII desse dispositivo, que alude à competência para legislar sobre patrimônio histórico e cultural, deve ser interpretado em conjugação com o art. 30, I e II, da CF, de modo a considerar-se válida a legislação municipal. Nesse sentido, decidiu o TJ-MG.[2243]

Quanto aos bens públicos, entendemos que, por interpretação analógica ao art. 2º, § 2º, do Decr.-lei nº 3.365/41, que regula as desapropriações, a União pode tombar bens estaduais, distritais e municipais, e os Estados podem fazê-lo em relação aos bens do Município. Entretanto, em observância também à natureza dos interesses tutelados pelos entes federativos das diversas esferas, parece-nos não possam as entidades menores instituir, *manu militari*, tombamento sobre bens pertencentes aos entes maiores, isto é, o Município não pode fazê-lo sobre bens estaduais e federais, nem os Estados sobre bens da União. Nestes casos, a entidade menor interessada deve obter autorização do ente público maior a quem pertencer o bem a ser tombado; só assim nos parece compatível a interpretação do art. 23, III, da CF, que confere a todas as pessoas federativas competência comum para proteger bens de valor histórico, artístico e cultural.[2244]

O art. 5º do Decr.-lei nº 25/37 não regulou a hipótese acima. Limitou-se a enunciar que o tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos

Municípios se processa de ofício por ordem do serviço de patrimônio histórico federal, devendo, contudo, notificar-se o ente federativo para que o ato produza seus regulares efeitos. Portanto, trata apenas da hipótese em que a instituição do tombamento é oriundo da União. Ainda assim, porém, para que se harmonize o dispositivo com os preceitos da vigente Constituição relacionados à autonomia dos entes federativos, deve exigir-se que a notificação renda ensejo a que o ente interessado possa questionar ou rechaçar a intenção de o governo federal tombar o bem que lhe pertence. Aplica-se, pois, à hipótese o princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que, com a oposição da entidade interessada, o processo torna-se litigioso (art. 5º, LV, CF).

7.1. Desfazimento

Embora não seja comum, é possível que, depois do tombamento, o Poder Público, de ofício ou em razão de solicitação do proprietário ou de outro interessado, julgue ter desaparecido o fundamento que deu suporte ao ato. Reconhecida a ausência do fundamento, desaparece o motivo para a restrição ao uso da propriedade. Ocorrendo semelhante hipótese, o efeito há de ser o de desfazimento do ato, promovendo-se o *cancelamento do ato de inscrição*, fato também denominado por alguns de *destombamento*.

Note-se, porém, que o cancelamento não resulta de avaliação discricionária da Administração; ao revés, está ela vinculada às razões que fizeram desaparecer o fundamento anterior. Assim, se o bem tombado continua a merecer proteção, não pode a Administração agir a seu exclusivo arbítrio e proceder ao destombamento, porque, assim agindo, sua conduta seria ofensiva aos mandamentos constitucionais que *impõem* (e não *facultam*) a tutela dos órgãos públicos.

Alguns doutrinadores admitem também o desfazimento pelo cancelamento resultante de avaliação discricionária da autoridade competente.[2245] Entendemos de duvidosa legitimidade decisão administrativa de tal natureza. A uma, porque, se o tombamento tem pressupostos específicos para sua efetivação, não se poderá ter mais de uma solução dentre alternativas possíveis: ou estão presentes tais pressupostos, e o ato de tombamento *deve* ser produzido, ou estarão ausentes, e nesse caso, desaparecido o interesse público, *não há como subsistir* o tombamento, nem as restrições que dele emanam, pois que isso provocaria violação ao direito de

propriedade. A duas, porque não há no Decreto-lei nº 25/37 qualquer autorização no sentido de que o administrador possa atuar discricionariamente na referida hipótese; aliás, ainda que houvesse, dificilmente se poderia considerar o dispositivo recepcionado pelo quadro constitucional que atualmente rege a matéria.

8. Processo Administrativo

O ato de tombamento é o ato final do processo administrativo que a lei exige para o fim de apurar corretamente os aspectos que conduzem à necessidade de intervenção na propriedade para a proteção do bem tombado.

O processo não tem um rito predefinido, podendo sua tramitação e os atos que o compõem variar conforme a espécie do tombamento. Há, porém, alguns atos que devem integrá-lo necessariamente. Um deles é o parecer do órgão técnico cultural.[2246] Outro é a notificação ao proprietário. Este, por sua vez, se manifesta anuindo no tombamento ou impugnando a intenção de decretá-lo. O Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento, após as manifestações dos técnicos e do proprietário, define o processo, podendo anulá-lo, se houver ilegalidade; rejeitar a proposta do órgão técnico; ou homologá-la, se necessário o tombamento. Este se torna definitivo com a inscrição no respectivo Livro do Tombo.

O que é importante neste passo assinalar é a absoluta necessidade de ser observado o princípio fundamental do devido processo legal *(due process of law),* no qual se assegure ao proprietário o direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo os meios de prova que visem a demonstrar a inexistência de relação entre o bem a ser tombado e a proteção ao patrimônio cultural. Aplica-se, pois, a norma do art. 5º, LV, da CF.

Anote-se, por fim, que ao proprietário do bem tombado é conferido o direito de recorrer contra o ato de tombamento. O recurso é dirigido ao Presidente da República, que, atendendo a razões de interesse público, pode cancelar o tombamento.[2247]

9. Efeitos

Do ato de tombamento resultam alguns efeitos de grande importância no que toca ao uso e à alienação do bem tombado.

Como o tombamento importa restrição ao uso da propriedade privada, deve

esse fato ser levado *a registro no Ofício de Registro de Imóveis respectivo,* sendo averbado ao lado da transcrição do imóvel.[2248] Se o bem for alienado, o adquirente tem a obrigação de levar ao Registro de Imóveis a escritura pública, ou o termo de contrato, se for o caso, tendo o prazo de trinta dias para fazê-lo sob pena de multa correspondente a dez por cento do valor do negócio jurídico, bem como para comunicar a transferência ao órgão público cultural competente.

A Lei nº 6.015/73, que regula os registros públicos, não menciona o tombamento dentre os diversos fatos jurídicos passíveis de averbação no Registro Geral de Imóveis (art. 167, II). Ainda assim, todavia, a averbação é exigível, porque o DL 25 é *lex specialis* em relação à lei dos registros públicos, não tendo sido, por isso mesmo, revogada por esta (art. 2º, § 2º, do Dec.-lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil).[2249]

É vedado ao proprietário, ou ao titular de eventual direito de uso, destruir, demolir ou mutilar o bem tombado. Da mesma forma, somente lhe é autorizado reparar, pintar ou restaurar o bem com prévia autorização especial do Poder Público.[2250]

Compete ao proprietário *o dever de conservar* o bem tombado para mantê-lo dentro de suas características culturais. Mas, se não dispuser de recursos para proceder a obras de conservação e reparação, deve necessariamente comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o qual mandará executá-las a suas expensas. Independentemente dessa comunicação, no entanto, tem o Estado, em caso de urgência, o poder de tomar a iniciativa de providenciar as obras de conservação.

Há restrições também para *a vizinhança* do prédio tombado. Sem que haja autorização do órgão competente, é vedado fazer qualquer construção que impeça ou reduza a visibilidade em relação ao prédio sob proteção, bem como nela colocar cartazes ou anúncios. Se tal ocorrer, poderá ser determinada a destruição da obra ou a retirada do cartaz ou anúncio, podendo, inclusive, ser aplicada multa pela infração cometida.

Importante também é o *direito de preferência* estabelecido na lei. O proprietário, antes de alienar o bem tombado, deve notificar a União, o Estado e o Município onde se situe, para exercerem, dentro de trinta dias, seu direito de preferência. A oferta a esses entes públicos deve ser feita pelo preço que o proprietário pretende

obter na alienação. Caso inobservado o direito de preferência, a lei comina de nulidade o negócio translativo e autoriza os entes públicos a sequestrarem o bem e a impor ao proprietário e ao adquirente a multa de vinte por cento do valor do contrato.[2251]

Por fim, a condição de ser tombado o bem não impede o proprietário de gravá-lo livremente através de penhor, anticrese ou hipoteca.

Cabe tecer breve comentário sobre o aspecto da *indenizabilidade*. O tombamento, por significar uma restrição administrativa que apenas obriga o proprietário a manter o bem tombado dentro de suas características para a proteção do patrimônio cultural, não gera qualquer dever indenizatório para o Poder Público, e isso porque nenhum prejuízo patrimonial é causado ao dono do bem. Somente se o proprietário comprovar que o ato de tombamento lhe causou prejuízo, o que não é a regra, é que fará jus à indenização.[2252]

Há, contudo, quem entenda que o só fato do tombamento geraria sempre o direito indenizatório.[2253] Não abonamos esse entendimento, porquanto nem há amparo constitucional ou legal para tal conclusão, nem há, como regra, prejuízo decorrente do ato, que retrata mera restrição ao uso da propriedade. Além disso, é preciso considerar que, dependendo da singularidade da situação, pode o ato de tombamento gerar vantagens decorrentes da valorização do bem, especialmente bem imóvel, e não prejuízo, para o proprietário. É o caso, por exemplo, de tombamento de edificações em avenida central da cidade, utilizadas por lojas comerciais de diversos ramos; o tombamento, nesse caso, alia-se ao aspecto turístico, ensejando a atração de maior número de consumidores.

De qualquer modo, se houver comprovação efetiva de prejuízo, o proprietário deverá formular seu pedido indenizatório no prazo de cinco anos, pena de sujeitar-se à prescrição de sua pretensão, contando-se o prazo a partir do ato que efetivou o tombamento.[2254]

É oportuno, neste passo, ressalvar a hipótese em que, sob a denominação de tombamento, o Estado realmente interdita o uso do bem pelo proprietário. Nesse caso é até impróprio falar-se em tombamento; o certo será considerar-se hipótese de servidão administrativa ou de desapropriação, conforme o caso, passando o proprietário então a ter direito à indenização pelos prejuízos causados pelo uso, ou pela própria perda da propriedade, no todo ou em parte.

10. Controle

Como todo ato administrativo, o ato de tombamento também se sujeita a controle.

Primeiramente, é possível o controle administrativo, exercido pelo presidente da entidade pública cultural ou, como visto, pelo Presidente da República. O controle aqui pode ser de legalidade ou de conveniência. Será de legalidade quando se vislumbrar vício relativo aos requisitos de validade do ato, como a competência, a forma, a finalidade. De conveniência (ou de mérito) quando, por razões de interesse público aferíveis apenas pela Administração, for rejeitada a proposta de tombamento ou for cancelado o próprio ato de tombamento.

Possível será, da mesma forma, o controle judicial. Este, no entanto, deverá cingir-se à apreciação de questões concernentes à legalidade do ato. Se houver vício no procedimento administrativo previsto na lei, o ato em que culminar o processo estará contaminado de vício de legalidade quanto à formalização exigida para a sua validade. O mesmo se dará se houver desvio de finalidade, ou seja, se o administrador usar o tombamento como simulacro de perseguição pessoal.

Quanto ao motivo do ato, repetimos, é importante distinguir os ângulos de que se reveste. Se o proprietário provar que não existe qualquer fator que implique a necessidade da intervenção protetiva do Estado, o ato estará eivado de vício e poderá ser invalidado na via judicial.

Não cabe, porém, nessa via discutir os aspectos administrativos que conduzem à valoração do sentido cultural do bem e à necessidade de sua proteção. Essa parte do ato *é insindicável pelo Judiciário.* A insindicabilidade, porém, só será aceitável se, na valoração dos aspectos a serem protegidos, houver *elementos concretos* que conduzam à necessidade do tombamento. Se vários órgãos técnicos julgam que o bem merece proteção porque tem importância histórica, a avaliação desta tem aspectos típicos da Administração, não cabendo ao juiz entender de forma contrária, salvo se houver prova peremptória em sentido contrário. Inexistentes, contudo, elementos concretos para o tombamento, é vedado ao Estado tombar o bem e, por conseguinte, o ato estará sujeito a controle de legalidade no Judiciário.

Em hipótese ocorrida no Rio de Janeiro, o Município efetuou tombamento sem qualquer apoio nos pressupostos constitucionais, praticando flagrante arbitrariedade. Para enfrentar e corrigir esse abuso de poder, o TJ-RJ acentuou a

necessidade de vinculação do tombamento a atos e fatos memoráveis *reais* da história, decidindo:

> *"É inconsistente decreto de tombamento que se mostra ausente de metodologia científica a fundamentar o ato, de acordo com a prova técnica realizada, demonstrando que as pequenas casas que formam a vila tombada, sobre serem de ínfimo valor pecuniário, não apresentam qualquer linhagem histórica ou arquitetônica que justifique a limitação imposta ao direito de propriedade, consistindo o tombamento, na verdade, em arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder, impondo-se sua anulação".*[2255]

No aresto, salientou acertadamente o ilustre Relator que, nesse tipo de controle, *"a intervenção do Judiciário, para dirimir controvérsia entre o particular e o Poder Público Municipal, não pode ser considerada em quebra do princípio da harmonia e independência dos poderes e, muito menos, em subtração da competência do Executivo e do Legislativo"*. De fato, como a questão versou sobre os motivos do tombamento, que só podem ser tidos como legítimos se compatíveis com os pressupostos constitucionais, é perfeitamente adequado e cabível o controle judicial.

É bem verdade que a discussão envolvendo os pressupostos do tombamento nem sempre é pacífica. Em ação movida contra Município do Rio de Janeiro em virtude do tombamento do edifício em que se situa o tradicional *Bar da Lagoa*, o juiz julgou improcedente a ação por entender presente razão histórica, mas desprezou o fundamento de que o imóvel teria estilo *art déco*. O Tribunal de Justiça proveu a apelação depois de efetuar inspeção judicial no local, considerando que o tombamento não tivera escopo de preservação do interesse cultural, mas o benefício de particulares, ocorrendo assim inegável *desvio de finalidade*. O STJ deu provimento a recurso especial e anulou o acórdão porque a prova realizada pelo Tribunal *a quo* não poderia ser produzida *ex officio* e que havia sido preterido o postulado do contraditório, determinando o retorno do processo para ser feita prova de valor arquitetônico do imóvel.[2256] Veja-se, portanto, que nem sempre o Poder Público efetua o tombamento por razões legítimas e, quando o fizer para beneficiar ou prejudicar o proprietário, sua conduta se revestirá de flagrante desvio de finalidade. Esses aspectos são perfeitamente suscetíveis de controle judicial.

11. Outros Instrumentos Protetivos

O tombamento não é a única forma de proteção do patrimônio cultural.

Em algumas ocasiões, é possível que o Poder Público esteja negligenciando em seu dever inafastável de proteger o patrimônio histórico, artístico e científico do país. Ocorrendo esse *non facere* por parte do Estado, a coletividade tem o direito de acioná-lo para diligenciar essa necessária proteção.

Um dos instrumentos protetivos é o *direito de petição*, que corre na própria via administrativa. Calcado no art. 5º, XXXIV, "a", da CF, o direito de petição encerra a possibilidade de qualquer pessoa requerer ao Poder Público competente a providência colimada pela lei e estabelecida como dever de agir. Cuida-se de garantia fundamental do indivíduo, de modo que não haverá qualquer requisito prévio formal para o exercício desse direito.

Outro meio de proteção, agora em via judicial, é a *ação popular*. Prevista no art. 5º, LXXIII, da CF, a ação popular é cabível para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e, especificamente, ao patrimônio histórico e cultural. A ação é regulada pela Lei nº 4.717, de 29/6/1965, e depende da observância de uma condição especial: a legitimação ativa para a causa é privativa do cidadão.

Importante e moderno instrumento protetivo é a *ação civil pública,* regulada pela Lei nº 7.347, de 24/7/1985. O grande objetivo da lei é a proteção dos interesses coletivos e difusos da coletividade, ou seja, aqueles interesses transindividuais que têm natureza indivisível e que hoje são objeto de profundos estudos e debates dentro da doutrina moderna.

Segundo o art. 1º, III, desse diploma, são protegidos pela ação civil pública, dentre outros direitos, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, podendo ser postulado pelo autor pedido condenatório (mandamental ou pecuniário) e constitutivo. Em relação ao patrimônio público, o mais comum é que as pessoas legitimadas para a ação formulem pedido no sentido de que o Poder Público, réu, faça ou deixe de fazer alguma coisa, ou, em outras palavras, seja condenado a diligenciar para a proteção do bem ou a abster-se de conduta que vise à sua destruição ou mutilação, isso independentemente de prévio ato de tombamento.[2257]

XI. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 668: *É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 56: *Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade.*

Capítulo XIII -

Desapropriação

I. Introdução

Vimos no capítulo anterior o enfoque sobre o direito de propriedade na ordem jurídica vigente, bem como os fundamentos que rendem ensejo à intervenção do Estado na propriedade. Para não repetir o que já foi analisado, fazemos remissão ao que lá expendemos sobre o tema, porque inteiramente consonante com o instituto que agora será estudado.

Não obstante, convém relembrar, pela importância de que se reveste o assunto, que o direito de propriedade tem garantia constitucional (art. 5º, XXII, CF), mas a Constituição, como que em contraponto com a garantia desse direito, exige que a propriedade assuma a sua condição de atender à função social (art. 5º, XXIII). Sendo assim, ao Estado será lícito intervir na propriedade toda vez em que não esteja cumprindo seu papel no seio social, e isso porque, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, qual seja, a de atuar conforme os reclamos de interesse público.

Essa intervenção, tornamos a frisar, pode ser categorizada em dois grupos: de um lado, a intervenção *restritiva*, através da qual o Poder Público retira algumas das faculdades relativas ao domínio, embora salvaguarde a propriedade em favor do dono; de outro, a intervenção *supressiva,* que gera a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, por conseguinte, a perda da propriedade. Já examinamos as formas de intervenção restritiva. Cabe-nos agora analisar a forma mais drástica de intervenção do Estado, ou seja, aquela que provoca a perda da propriedade. Essa forma é a desapropriação.

Ninguém discute a complexidade de tema tão delicado, como é o caso da desapropriação. E não poderia ser diferente, tendo em vista que esse fato administrativo retrata um dos pontos máximos do eterno conflito entre o Estado e o particular, vale dizer, entre o interesse público e os interesses privados.

Entretanto, é sempre oportuno que voltemos ao correto ensinamento de DEBBASCH a respeito das instituições políticas e das instituições administrativas. Estas precisam sempre de certos conceitos ideológicos e filosóficos só estabelecidos como axiomas pelas instituições políticas.[2258] A desapropriação é uma instituição administrativa, mas sua natureza, seus limites e seus efeitos resultam da opção política traçada na Constituição. Se inexistisse a ideologia política relativa à propriedade e à exigência de sua função social, seria decerto impertinente pensar em desapropriação. Por esse motivo, sempre é bom não perder de vista que o instituto envolve aspectos de natureza política, administrativa, econômica e social, o que reclama cuidado maior quando de seu estudo.[2259]

II. Conceito

Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.

O fato de ser um procedimento de direito público retrata a existência de uma sequência de atos e atividades do Estado e do proprietário, desenvolvidos nas esferas administrativa e judicial. Sobre esse procedimento, incidem normas de direito público, sobretudo quanto aos aspectos que denotam a supremacia do Estado sobre o proprietário.[2260]

O objetivo da desapropriação é a transferência do bem desapropriado para o acervo do expropriante, sendo que esse fim só pode ser alcançado se houver os motivos mencionados no conceito, isto é, a utilidade pública ou o interesse social. E a indenização pela transferência constitui a regra geral para as desapropriações, só por exceção se admitindo, como adiante se verá, a ausência desse pagamento indenizatório.

Não obstante ser clássico o instituto da desapropriação como forma de expropriação processada pelo Estado, o vigente Código Civil criou instituto de expropriação – até agora não conhecido – em que a iniciativa cabe *aos particulares*. Dispõe o art. 1.228, § 4º, que nasce o direito à expropriação (acarretando a perda do imóvel), indenizando-se o proprietário ao final, quando: a) a posse seja de considerável número de pessoas; b) seja ela ininterrupta e de boa-fé por mais de 5 anos; c) tenham os posseiros realizado obras e serviços considerados pelo juiz de

relevante interesse social e econômico. É a *expropriação social*, assim denominada pelo caráter notoriamente coletivo de que se reveste. Não se identifica com a desapropriação clássica por ser promovida por particulares, e não pelo Estado; também não se iguala ao usucapião por ser este gratuito. Contudo, em que pese o aspecto coletivo, o instituto será disciplinado pelo direito privado, ao passo que a desapropriação, diversamente, continua alojada sob a égide do direito público.

III. Natureza Jurídica

A natureza da desapropriação, como já antecipamos, é a de procedimento administrativo e, quase sempre, também judicial. Procedimento é um conjunto de atos e atividades, devidamente formalizados e produzidos com sequência, com vistas a ser alcançado determinado objetivo. No procedimento da desapropriação, tais atos se originam não somente do Poder Público, mas também do particular proprietário. Seja como for, é essencial que sejam formalizados esses atos, tanto para a garantia de uma parte quanto da outra.

O procedimento tem seu curso quase sempre em duas fases. A primeira é a *administrativa,* na qual o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e começa a adotar as providências visando à transferência do bem. Às vezes, a desapropriação se esgota nessa fase, havendo acordo com o proprietário. Mas é raro. O normal é prolongar-se pela outra fase, a *judicial*, consubstanciada através da ação a ser movida pelo Estado contra o proprietário.

IV. Pressupostos

A desapropriação só pode ser considerada legítima se presentes estiverem os seus pressupostos. São pressupostos da desapropriação a *utilidade pública*, nesta se incluindo a *necessidade pública*, e o *interesse social.*

Ocorre a *utilidade pública* quando a transferência do bem se afigura conveniente para a Administração. Já a *necessidade pública* é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem.[2261] Embora o texto constitucional se refira a ambas as expressões, o certo é que a noção de necessidade pública já está inserida na de utilidade pública. Esta é mais abrangente que aquela, de modo que se pode dizer que tudo que for *necessário* será fatalmente *útil.* A recíproca é que não é verdadeira: haverá desapropriações somente úteis, embora

não necessárias. Quando nos referirmos, pois, à utilidade pública, devemos entender que os casos de necessidade pública estarão incluídos naquele conceito mais abrangente.[2262] Exemplo de utilidade pública: a construção de uma escola pública ou de um centro de assistência social do Estado.

O *interesse social* consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O Poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas. Exemplo mais marcante é a reforma agrária, ou o assentamento de colonos.

Apesar de serem dois os pressupostos expropriatórios, cabe desde logo registrar um aspecto que nos parece importante. As expressões *utilidade pública* e *interesse social* espelham conceitos jurídicos indeterminados, porque despojados de precisão que permita identificá-los *a priori*.[2263] Em virtude desse fato, as hipóteses de utilidade pública e as de interesse social serão *ex vi legis*, vale dizer, serão aquelas que as leis respectivas *considerarem* como ostentando um ou outro dos pressupostos constitucionais.

V. Fontes Normativas e Espécies

A fonte primeira da desapropriação está no art. 5º, XXIV, da CF. Eis os seus termos: *"A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição"*. Essa é a regra fundamental para as desapropriações em geral. Podemos, pois, denominar essa modalidade como *desapropriação comum* (ou *ordinária*).

Com caráter regulamentar da norma constitucional, devem ser destacadas duas leis reguladoras da desapropriação. A primeira é o Decreto-lei nº 3.365, de 21/6/1941, considerado a lei geral das desapropriações, que dispõe sobre os casos de desapropriação por utilidade pública.[2264] A enumeração desses casos consta do art. 5º, destacando-se, entre outros, os de segurança nacional e defesa do Estado; calamidade e salubridade pública; exploração de serviços públicos; abertura de vias e a execução de planos de urbanização; proteção de monumentos históricos e artísticos; construção de edifícios públicos etc.

O outro diploma regulamentador é a Lei nº 4.132, de 10/9/1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Entre

as hipóteses consideradas pela lei como casos de interesse social estão, dentre outros, o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros populacionais; a manutenção de posseiros que, em terrenos urbanos, tenham construído residência, quando a posse tiver sido expressa ou tacitamente tolerada pelo proprietário; a instalação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola etc.

Além da desapropriação ordinária, contemplada no art. 5º, XXIV, da CF, podemos ainda catalogar mais três espécies de desapropriação.

A primeira delas é a que consta no art. 182, § 4º, III, da CF, que pode ser denominada de *desapropriação urbanística sancionatória*.[2265] Na verdade, essa forma expropriatória é prevista como a que pode ser adotada a título de penalização ao proprietário do solo urbano que não atender à exigência de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade ao plano diretor municipal.[2266] Neste caso, o Poder Público desapropria para adequar o solo às necessidades urbanísticas expressas no plano. Todavia, a eficácia do mandamento constitucional dependia de lei federal. Para tanto, foi editada, a título de regulamentação e como diploma geral definidor dos termos em que a desapropriação poderá ser processada, conforme exigência do dispositivo constitucional, a Lei nº 10.257, de 10/7/2001, autodenominada de *Estatuto da Cidade*, cujo art. 8º, com seus parágrafos, cuida do assunto. Com o advento desse Estatuto federal, cabe a cada Município (e também ao Distrito Federal que, pelo art. 32, § 1º, da CF, congrega competências estaduais e municipais[2267]), que vai figurar como expropriante, editar sua lei municipal específica para a área em que se implementarão as ações de política urbana, devendo ser lembrado que essa área já deverá estar incluída no plano diretor da cidade. Com a edição do referido diploma, teceremos adiante, em tópico próprio, e como ponto de informação aos leitores interessados, alguns comentários sobre essa modalidade expropriatória.[2268]

Outra espécie do instituto é prevista no art. 184 da CF, e pode ser denominada de *desapropriação rural,* porque incide sobre imóveis rurais para fins de reforma agrária. Trata-se, na verdade, de modalidade específica da desapropriação por interesse social e tem o objetivo de permitir a perda da propriedade quando esta não esteja cumprindo sua função social. Esta só se considera cumprida nos casos

do art. 186 da CF, de onde se infere, *a contrario sensu*, que fora deles a propriedade é passível de desapropriação. O expropriante nessa modalidade é exclusivamente a União Federal, e a indenização, da mesma forma que sucede com a modalidade anterior, será paga através de títulos, e não em dinheiro. A disciplina básica desse tipo de desapropriação é que se inscreve entre os arts. 184 e 191 da CF, e supera em muito a disciplina que vigorava anteriormente.[2269]

À guisa de esclarecimento, contudo, convém registrar que não há óbice a que o Estado-membro promova desapropriação de imóvel rural por interesse social. Não pode é fazê-lo para fins de reforma agrária, esta sim, reservada à União Federal. Inaplicável, portanto, o preceito do art. 184 da CF. Necessitando do imóvel, o Estado deverá promover desapropriação ordinária, assinando-se-lhe a obrigação de proceder à indenização prévia, justa e em dinheiro.[2270]

A disciplina constitucional sobre desapropriação rural se completa através de duas leis:

1ª) Lei nº 8.629, de 25/2/93 (com alterações introduzidas pela Lei nº 10.279, de 12/9/2001, e pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001), que dispõe sobre vários aspectos desse tipo de desapropriação, como o sentido da propriedade produtiva, a distinção entre o solo e as benfeitorias para fins indenizatórios, a distribuição dos imóveis rurais e outros da mesma natureza;

2ª) Lei Complementar nº 76, de 6/7/1993 (alterada pela Lei Complementar nº 88, de 23/12/1996), que, regulamentando o art. 184, § 3º, da CF, dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural por interesse social para fins de reforma agrária.[2271]

A última espécie de desapropriação é a que está prevista no art. 243 da CF, a qual podemos denominar de *desapropriação confiscatória*, por não conferir ao proprietário direito indenizatório, como ocorre com as modalidades anteriores. A perda da propriedade nesse caso tem como pressuposto o fato de que nela estão localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Consumada a expropriação, essas áreas são destinadas a assentamento de colonos com vistas ao cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. O processo adotado para essa espécie de

desapropriação está disciplinado pela Lei nº 8.257, de 26/11/1991.

VI. Objeto

1. Regra Geral

Como regra, a desapropriação pode ter por objeto qualquer bem móvel ou imóvel dotado de valoração patrimonial. É com esse teor que se pauta o art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41, no qual se encontra consignado que *"todos os bens podem ser desapropriados"* pelas entidades da federação. Deve-se, por conseguinte, incluir nessa expressão os bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos. Em razão dessa amplitude, são também desapropriáveis ações, cotas ou direitos relativos ao capital de pessoas jurídicas.[2272]

Há, entretanto, algumas situações que tornam impossível a desapropriação. Pode-se agrupar tais situações em duas categorias: as *impossibilidades jurídicas* e as *impossibilidades materiais*.

Impossibilidades jurídicas são aquelas que se referem a bens que a própria lei considere insuscetíveis de determinado tipo de desapropriação. Como exemplo, temos a propriedade produtiva, que não pode ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, como emana do art. 185, II, da CF (embora possa sê-lo para desapropriação de outra natureza). Entendemos que aí também se situa a hipótese de desapropriação, por um Estado, de bens particulares situados em outro Estado; a desapropriação é poder jurídico que está associado ao fator *território*, de modo que permitir esse tipo de desapropriação implicaria vulneração da autonomia estadual sobre a extensão de seu território.

De outro lado, impossibilidades materiais são aquelas pelas quais alguns bens, por sua própria natureza, se tornam inviáveis de ser desapropriados. São exemplos dessas impossibilidades a moeda corrente, porque é ela o próprio meio em que se materializa a indenização;[2273] os direitos personalíssimos, como a honra, a liberdade, a cidadania; e as pessoas físicas ou jurídicas, porque são sujeitos, e não objeto de direitos.[2274]

Há, todavia, algumas situações que têm ocasionado divergência entre os estudiosos, no que toca à possibilidade, ou não, de desapropriação. Uma delas é a respeito do cadáver: enquanto alguns sustentam que é possível a desapropriação,

desde que atendidos os pressupostos constitucionais, outros têm pensamento contrário, inadmitindo o instituto por motivos de ordem moral e religiosa e por não haver nem como identificar o sujeito da propriedade.[2275] Dúvida também é suscitada a propósito dos bens inalienáveis. Em relação a estes, porém, entendemos que nada obsta a que sejam desapropriados, porque a inviabilidade de alienação não pode prevalecer diante do *ius imperii* do Estado. O que se exige, é claro, é que o motivo seja um daqueles previstos na lei expropriatória.

2. Bens Públicos

Embora seja possível, a desapropriação de bens públicos encontra limites e condições na lei geral de desapropriações. A possibilidade expropriatória pressupõe a direção vertical das entidades federativas: a União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e os Estados podem desapropriar bens do Município. Assim sendo, chega-se à conclusão de que os bens da União são inexpropriáveis e que os Municípios não têm poder expropriatório sobre os bens das pessoas federativas maiores.

A despeito de não ser reconhecido qualquer nível de hierarquia entre os entes federativos, dotados todos de competências próprias alinhadas no texto constitucional, a doutrina admite a possibilidade de desapropriação pelos entes maiores ante o fundamento da *preponderância do interesse*, no qual está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos Municípios.[2276] Aliás, esse fundamento foi reconhecido expressamente em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em litígio que envolvia a União e Estado-membro.[2277]

Por outro lado, são fixadas vedações em relação a Estados e Municípios, uns em relação a outros. Um Estado, por exemplo, não pode desapropriar bens de outros Estados, nem podem os Municípios desapropriar bens de outros Municípios, ainda que localizados em sua dimensão territorial. Nem o próprio Estado pode desapropriar bem de Município situado em Estado diverso. Todas essas vedações emanam da norma contida no art. 2º, § 2º, da lei geral expropriatória.[2278]

Mesmo com esses limites, a possibilidade expropriatória de bens públicos

submete-se a uma condição inafastável: a entidade expropriante somente poderá promover o processo expropriatório se devidamente autorizada pelo Poder Legislativo de seu âmbito. Com isso, é inviável a desapropriação apenas por iniciativa do Executivo. Destarte, para que se legitime a desapropriação de bens públicos, exigível será a autorização por *lei* específica para tal desiderato.

Entre os estudiosos, lavra alguma controvérsia sobre a *natureza* dos bens públicos objeto da desapropriação. Segundo o entendimento de alguns, somente seriam expropriáveis os bens públicos não afetados a uso ou serviço público.[2279] Com a devida vênia, não comungamos com tal pensamento. A destinação de bem público a determinado serviço administrativo não o torna imune à desapropriação por entidade maior. A uma, porque a lei não procedeu a tal distinção; assim, ao intérprete não será lícito fazê-lo. A duas, porque o motivo da desapropriação também repousará na necessidade do expropriante de utilizar o bem para algum serviço público de sua competência.[2280] Somente se for constatado algum desvio de finalidade, com propósitos escusos do expropriante, é que será legítimo impugnar a validade da desapropriação. Fora daí nenhuma ilegalidade haverá.

Outra questão que tem suscitado algumas dúvidas consiste em saber se é possível a desapropriação de *bens particulares tombados*. Parece-nos que a solução deve levar em conta que o tombamento é ato administrativo de caráter restritivo, que tem fundamento constitucional, e visa ao atendimento do interesse público retratado pela necessidade de tutela do patrimônio cultural brasileiro, como consta dos arts. 215 e 216 da Constituição.[2281] Sendo assim, abrem-se duas hipóteses. Se o tombamento provém de entidade federativa menor, será possível, em tese, a desapropriação do bem pela entidade maior, desde que, é óbvio, comprovado que o interesse público a ser atendido pela desapropriação tem prevalência sobre o que gerou o tombamento. A recíproca, porém, é inviável, ou seja, não pode a entidade menor desapropriar o bem cujo tombamento foi instituído pela entidade maior, porque é de se supor que o interesse atendido por esta última prevalece sobre o proteção do patrimônio local objeto do ato restritivo. A desapropriação somente seria admissível se houvesse autorização da autoridade maior.[2282]

3. Bens de Entidades da Administração Indireta

Por falta de disposições que regulem a matéria, tem sido muito discutida a

questão relativa à desapropriação de bens que pertençam a entidades administrativas, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Para melhor exame do assunto, é melhor que se faça uma distinção preliminar.

A desapropriação de bens dessas entidades por entidades maiores não encontra óbices na disciplina pertinente e, ao contrário, guarda compatibilidade com o que dispõe o já citado art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/41. É possível, portanto, que a União desaproprie bem de uma sociedade de economia mista estadual ou de uma empresa pública municipal. O mesmo se dá na relação entre o Estado e entidades administrativas municipais.

O problema se situa em relação à possibilidade de uma entidade menor, como por exemplo um Município, desapropriar bens de uma autarquia ou empresa pública vinculadas a pessoa federativa maior, como o Estado ou a União Federal. A respeito dessa questão, são discrepantes os autores. Para alguns, é sempre possível a desapropriação.[2283] Outros advogam a tese de que a desapropriação só é possível quando se trata de bens desvinculados do objetivo institucional da pessoa administrativa, mas inviável quando esses bens consubstanciam a execução dos serviços públicos a que estão preordenadas.[2284] Nosso entendimento, porém, é diverso. A desapropriação de bens públicos, como se viu, é fundada na hierarquia das pessoas federativas considerando-se a sua extensão territorial. O princípio deve ser o mesmo adotado para os bens de pessoas administrativas, ainda que alguns deles possam ser qualificados como bens privados. Prevalece nesse caso a natureza de maior hierarquia da pessoa federativa a que está vinculada a entidade administrativa. Por conseguinte, para nós se afigura juridicamente inviável que o Estado, por exemplo, desaproprie bens de uma sociedade de economia mista ou de uma autarquia vinculada à União Federal, assim como também nos parece impossível que um Município desaproprie bens de uma empresa pública ou de uma fundação pública vinculada ao Estado, seja qual for a natureza desses bens.[2285] O STJ e o STF já se manifestaram sobre o tema, decidindo ser ilegítima a desapropriação do Estado sobre bens de sociedade de economia mista federal, sob a consideração de que, sendo o serviço executado da competência da União, os bens da entidade a ela vinculada estão a merecer proteção.[2286]

Reforça esse entendimento o § 3º do art. 2º da lei expropriatória, segundo o

qual é vedado a Estados, Distrito Federal e Municípios desapropriar ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições ou empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo com prévia autorização do Presidente da República. Se para tais pessoas jurídicas meramente autorizadas a lei fixou a vedação expropriatória como regra, com muito maior razão é de se impedir a desapropriação de bens das pessoas administrativas descentralizadas que *integram* (não sendo meramente *autorizadas*!) a própria Administração.

Nessa mesma linha de pensamento se colocou o STJ. Reafirmando sua anterior posição, decidiu peremptoriamente que *"o Município não pode desapropriar bens de propriedade de empresa pública federal, sem a prévia autorização do Presidente da República,* mesmo que não sejam utilizados diretamente na prestação de serviço público". [2287] No mesmo sentido, a vedação de Município desapropriar bens de autarquia federal.[2288] As decisões retratam, a nosso ver, a correta aplicação do Direito em relação ao tema.

4. Margens dos Rios Navegáveis

As margens dos rios navegáveis têm provocado algumas controvérsias quanto à sua natureza jurídica, o que acarreta logicamente efeitos quanto à viabilidade de desapropriação.

Em reiteradas manifestações a respeito, HELY LOPES MEIRELLES sempre sustentou que tais faixas terrestres, consideradas faixas reservadas pelo Código de Águas, integram a propriedade privada, estando destacadas apenas para uso da Administração, em forma de servidão administrativa. Além do mais, a transcrição dos imóveis ribeirinhos alcançaria esses terrenos marginais, de modo que deveria o registro ser observado pelo Poder Público.[2289]

Esse entendimento, todavia, não foi sufragado pelo STF, que deixou assentado na Súmula nº 479: *"As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização".*

A matéria é realmente inçada de dúvidas. Parece-nos, entretanto, que as margens dos rios podem pertencer, ou não, ao domínio privado, embora a regra as atribua ao domínio público (art. 31 do Decreto nº 24.643/34, o Código de Águas). Sendo assim, não haverá desapropriação e indenização se as margens integrarem o

domínio público. Se pertencerem ao domínio privado, porém, tanto será obrigatória a desapropriação como o pagamento da respectiva indenização.[2290]

Outros aspectos do tema, no entanto, serão objeto de consideração no Capítulo relativo aos bens públicos (Capítulo XVI, tópico X, item 4).

VII. Forma de Aquisição

A aquisição de um bem pode ser *originária* ou *derivada*. A aquisição é originária quando é o fato jurídico em si que enseja a transferência da propriedade, sem correlação com qualquer título jurídico de que seja titular o anterior proprietário. É o caso dos animais caçados ou pescados. Ao contrário, a aquisição é derivada quando depende da participação volitiva de outra pessoa, fixando-se a necessidade das figuras do transmitente e do adquirente. É o caso dos negócios jurídicos bilaterais, ou seja, dos contratos em geral.

A desapropriação é, realmente, modo *sui generis* de aquisição da propriedade. Mas, pela forma como se consuma, é de ser considerada forma de *aquisição originária*, porque a só vontade do Estado é idônea a consumar o suporte fático gerador da transferência da propriedade, sem qualquer relevância atribuída à vontade do proprietário ou ao título que possua. A desapropriação, assim, é considerada o ponto inicial da nova cadeia causal que se formará para futuras transferências do bem.[2291]

Dessa premissa surgem dois importantes efeitos. O primeiro consiste na irreversibilidade da transferência, ainda que indenizado tenha sido terceiro que não o dono do bem desapropriado. Ademais, com a desapropriação consideram-se extintos os direitos reais de terceiros sobre a coisa. Nesse sentido, aliás, consta do art. 31 da lei geral expropriatória: *"Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado"*. Como exemplo, temos o caso da hipoteca: o credor hipotecário terá o seu direito real substituído pelo preço total ou parcial da indenização; esta, dependendo da hipótese, poderá ser repartida, em partes iguais ou não, entre o proprietário e o credor hipotecário. Mas o bem em si ingressa no patrimônio do expropriante sem qualquer ônus em favor de terceiro.

VIII. Competências

A desapropriação, como temos observado, estampa um procedimento amplo

que vai desde a declaração do Estado até a transferência da propriedade, sem contar ainda com a questão sobre a competência legislativa para a matéria. Por isso, vale a pena distinguir as competências.

1. Competência Legislativa

A competência privativa *para legislar* sobre desapropriação é da União Federal, *ex vi* do art. 22, II, da CF.

Essa competência, como o próprio nome indica, consiste na produção normativa a respeito da matéria, significando que é a União que tem o poder de criar regras jurídicas novas (*ius novum)* sobre desapropriação.

A Constituição, no art. 22, parágrafo único, admitiu que lei complementar viesse a autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias sujeitas à competência privativa da União. Essa competência legislativa estadual, por isso, é condicionada, vale dizer, só se consumará quando for editada a lei complementar autorizadora referida no dispositivo.[2292]

2. Competência Declaratória

Diversamente da anterior, esta é a competência *para declarar a utilidade pública ou o interesse social* do bem com vistas à futura desapropriação.

Declarar a utilidade pública ou o interesse social é conduta que apenas reflete a manifestação do Estado no sentido do interesse público que determinado bem desperta com vistas à transferência coercitiva a ser processada no futuro. Portanto, não se pode dizer ainda que, com a declaração, já exista a desapropriação. A declaração é apenas uma fase do procedimento.

A competência para declarar a utilidade pública ou o interesse social é *concorrente* da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, e está prevista no art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41. A situação dos Territórios é peculiar no sistema federativo vigente: não estão compreendidos na organização política da federação (art. 18, CF) e integram a União, dependendo sua organização de lei complementar (art. 18, § 2º, CF); apesar de tal posição, têm disciplina própria na Constituição (art. 33). Por tal motivo, alguns autores os consideram meras circunscrições ou autarquias territoriais, parecendo não admitirem tenham eles personalidade jurídica própria.[2293] Todavia, o Código Civil vigente os incluiu expressamente no rol das pessoas jurídicas de direito

público interno (art. 41, II), o que não ocorria com o Código revogado (art. 14). [2294] Em consequência, se futuramente for criado algum Território (atualmente inexistem essas entidades), terá ele também competência declaratória para fins de desapropriação.

A regra alcança todas as pessoas federativas, porque é a elas que incumbe proceder à valoração dos casos de utilidade pública e de interesse social que propiciam a desapropriação. Esses casos podem ser de interesse federal, estadual, distrital ou municipal.

A regra, contudo, comporta exceções. Assim, atribui-se competência para declarar utilidade pública ao DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, cuja natureza jurídica é a de *autarquia* administrativa (sucessora do antigo DNER – Depto. Nacional de Estradas de Rodagem), para o fim de ser promovida desapropriação visando à implantação do Sistema Nacional de Viação. [2295] Idêntica competência foi conferida à ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, também autarquia federal, com o objetivo de serem desapropriadas áreas para a instalação de concessionários e permissionários de energia elétrica.[2296] É discutível a opção do legislador no que concerne a tais exceções, visto que a declaração de utilidade pública ou de interesse social constitui um juízo público de valoração quanto à futura perda da propriedade, juízo esse que, a nosso ver, é próprio das pessoas da federação.

Em se tratando de desapropriação por interesse social, para o fim específico de promover a *reforma agrária,* a competência para a declaração expropriatória é exclusiva da União Federal, como registram o art. 184 e parágrafos da CF. Repita-se, no entanto, com vistas a dirimir eventuais dúvidas, que somente para a reforma agrária a União tem competência privativa; se a desapropriação for por interesse social para outro fim que não o de reforma agrária (e a lei relaciona outros casos de interesse social), as demais pessoas federativas também terão competência para a respectiva declaração expropriatória e, por conseguinte, para promover a desapropriação.[2297] A diferença básica consiste na indenização: enquanto na desapropriação para reforma agrária o pagamento é efetivado por *títulos da dívida agrária*, na desapropriação por interesse social para fins diversos a indenização deve ser a comum, ou seja, prévia, justa e *em dinheiro*.[2298]

A competência para declarar a utilidade pública de imóvel para *fins urbanísticos* é

do *Município*, o que encontra fundamento nos arts. 30, I (interesse local) e VIII (ordenamento do solo), e 182, *caput* (política de desenvolvimento urbano), e § 3º, da Constituição. Registre-se que referida competência abrange não somente a desapropriação urbanística sancionatória, prevista no Estatuto da Cidade, como a desapropriação urbanística ordinária, prevista no art. 5º, "i", do Decr.-lei nº 3.365/41.[2299]

3. Competência Executória

A competência executória significa a atribuição *para promover* a desapropriação, ou seja, para providenciar todas as medidas e exercer todas as atividades que venham a conduzir à efetiva transferência da propriedade. Essa competência vai desde a negociação com o proprietário até a finalização do processo judicial expropriatório, passando pelo próprio ajuizamento da respectiva ação.

É mais ampla que as demais essa competência. Nos termos do art. 3º da lei geral expropriatória, *"os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas do Poder Público poderão promover desapropriações, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato"*. O dispositivo, é claro, não prima pela precisão e técnica, inclusive porque é bastante antigo. A intenção do legislador, contudo, foi a de permitir que pessoas delegadas do Poder Público, às quais (e somente a elas) interessasse a transferência do bem, pudessem, elas mesmas, adotar as medidas necessárias à consumação da desapropriação. São pessoas delegadas as entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), cuja delegação é de natureza legal, e os concessionários e permissionários de serviços públicos, cuja atividade resulta de delegação negocial (concessões e permissões de serviços públicos).[2300]

Sendo assim, além das pessoas federativas, as autarquias, as empresas públicas e demais pessoas da Administração Indireta, bem como as empresas que executem serviços públicos através de concessão ou permissão podem ser autoras em ação de desapropriação, cabendo-lhes em consequência todos os direitos, obrigações, deveres e ônus atribuídos às partes dentro do processo, inclusive o relativo ao pagamento da indenização.

Pode dividir-se a competência executória, para fins didáticos, em dois grupos:

1) competência *incondicionada*; e

2) competência *condicionada*.

No primeiro grupo estão a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que estão livres para a propositura da ação expropriatória. No segundo estão as pessoas que exercem funções delegadas do Poder Público, visto que só podem propor a ação *se estiverem expressamente autorizadas em lei ou contrato* (art. 2º, § 3º, da lei geral). Trata-se, pois, de condição imposta por lei para o exercício da citada competência.

Em relação a concessões e permissões de serviços públicos, agora disciplinadas pela Lei nº 8.987/95, impõem-se duas observações. A primeira é a de que, confirmando o dispositivo da lei expropriatória, constitui encargo do concessionário promover as desapropriações autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato (art. 31, VI). Em segundo lugar, as empresas permissionárias também passaram a ter a competência executória, tal como as concessionárias, e isso porque a mesma lei manda aplicar à permissão, no que for compatível, as regras aplicáveis à concessão (art. 40 e parágrafo único). Se antes era inviável essa competência, porque não havia contrato na permissão, hoje é inteiramente admissível, não porque a permissão seja contrato (porque, como vimos no capítulo próprio, não deveria sê-lo), mas sim porque a *lei* faz a previsão, condição essa imposta pelo citado art. 2º, § 3º, da lei expropriatória.

IX. Destinação dos Bens Desapropriados

1. Regra Geral

Quando a Constituição e a lei autorizam o Poder Público a processar a desapropriação, o sentido imediato que daí resulta é o de que os bens que lhe despertaram o interesse sejam transferidos para as pessoas habilitadas a promover a desapropriação, todas elas consideradas, em sentido amplo, como vetores do Poder Público.

A regra geral, portanto, reside na circunstância de que os bens desapropriados devem integrar o patrimônio das pessoas ligadas ao Poder Público que

providenciaram a desapropriação e pagaram a indenização. Se determinado prédio, por exemplo, é desapropriado por um Estado para instalação de Secretaria, ingressará ele no patrimônio estadual e adquirirá o *status* de bem público.

Observe-se, entretanto, que a integração do bem expropriado no patrimônio das pessoas componentes do Poder Público pode ser *definitiva* ou *provisória*. Será definitiva quando *tiver utilização para o próprio Poder Público*, ou seja, quando a desapropriação tiver sido processada em seu próprio benefício ou em benefício do público. Exemplo: a construção de uma estrada. Ao contrário, será provisória quando, apesar de o bem ter sido desapropriado pelo Poder Público, *este o tiver feito para possibilitar sua utilização e desfrute por terceiro*. Tome-se como exemplo a desapropriação para fins de reforma agrária: os bens só ficam em poder do expropriante enquanto não são repassados aos futuros proprietários.

Em princípio, a integração do bem deverá ser definitiva. Nos casos especiais, que adiante veremos, é que será provisória. Assinale-se, porque relevante, que, mesmo nas hipóteses em que a destinação seja provisória, os bens deverão ingressar primeiramente no patrimônio do expropriante e, somente após, no patrimônio de terceiros, aqueles a quem vai incumbir sua utilização e desfrute. Significa, pois, que é juridicamente inviável, na desapropriação, que o bem expropriado seja diretamente transferido para terceiro.

2. Casos Especiais

O quadro normativo disciplinador da desapropriação aponta para algumas hipóteses em que a destinação dos bens ao Poder Público é provisória. Os bens passam pelo patrimônio do expropriante e são repassados posteriormente a terceiros. Vejamos essas hipóteses.[2301]

2.1. Desapropriação por Zona

É aquela desapropriação que abrange as áreas contíguas necessárias ao desenvolvimento da obra realizada pelo Poder Público e as zonas que vierem a sofrer valorização extraordinária em decorrência da mesma obra, estando prevista no art. 4º do Decreto-lei nº 3.365/41.[2302]

As referidas áreas devem ser bem especificadas quando da declaração de utilidade pública, indicando-se quais as que vão propiciar o desenvolvimento da obra e aquelas que vão sofrer a valorização extraordinária. É em relação a estas

últimas que a lei autoriza a revenda a terceiros, sendo permitido ao expropriante que a venda se faça por valor atualizado, ou seja, pelo valor que passou a ter o bem após a realização da obra. O domínio do expropriante, portanto, terá sido provisório, durando apenas o tempo necessário à revenda a terceiro, transferência essa que, aí sim, terá caráter permanente. Como o expropriante arrecada valores bem mais elevados do que os que pagou a título de indenização, tem a seu favor uma diferença pecuniária que serve para compensar, total ou parcialmente, o custo da obra. Essa estratégia, aliás, substitui a cobrança de contribuição de melhoria, espécie de tributo previsto no art. 145, III, da CF, que tem idêntico objetivo.

A despeito de sofrer alguma contestação, essa forma expropriatória tem sido acatada por várias decisões judiciais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. [2303]

2.2. Desapropriação Urbanística

Considera-se aqui desapropriação urbanística aquela pela qual o Poder Público pretende criar ou alterar planos de urbanização para as cidades, só sendo possível a sua implementação mediante a retirada de algumas propriedades das mãos de seus donos.

Esse tipo de desapropriação, como é fácil observar, costuma alcançar bairros inteiros e, por isso, o Poder Público tem o dever de definir previamente seus projetos urbanísticos, já que são eles o próprio motivo das desapropriações. Ressalve-se, porém, que nem sempre a desapropriação acarreta a possibilidade de transferência dos bens expropriados a terceiros. Será, contudo, admissível a transferência quando, ultimado o projeto urbanístico, o Poder Público, desinteressado de permanecer com os bens expropriados, tenha mesmo que repassá-los a terceiros.[2304]

São exemplos desse tipo de desapropriação, que propicia a destinação a terceiros: a) a desapropriação para fins de urbanização e implantação de distritos industriais (art. 5º, "i", da lei geral);[2305] b) a desapropriação urbanística para adequação de imóveis ao plano diretor do Município (art. 182, § 4º, III, da CF; Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade).[2306]

2.3. Desapropriação por Interesse Social

Os casos que a lei considera como de interesse social estão no art. 2º da Lei nº 4.132/62. A maioria deles envolve maior interesse do Estado em distribuir os bens desapropriados do que em deixá-los permanecer em seu patrimônio. Exemplo típico é a desapropriação para fins de reforma agrária: o expropriante desapropria os bens improdutivos e os transfere àqueles que tenham como adequá-los à função social. A própria lei prevê a hipótese da venda desses bens (art. 4º). Outro exemplo é a hipótese de desapropriação para abastecimento da população, prevista na Lei Delegada nº 4, de 26/9/1962: nesse caso, o Poder Público desapropria os bens porque pode estar havendo sonegação especulativa por parte dos fornecedores; ultimada a desapropriação, contudo, os bens são distribuídos à população.

2.4. Desapropriação-Confisco

Esta forma expropriatória, como vimos, tem previsão no art. 243 da CF e não rende ensejo à indenização. Nesse mandamento está expresso que as glebas expropriadas por permitirem o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas são *"especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos"*.

Nota-se, pois, que haverá a destinação provisória dos bens no patrimônio do Poder Público e definitiva no dos colonos. Essa destinação, como emana do texto, estará, porém, condicionada ao fim expresso na Carta Constitucional. A esse tema dedicaremos comentários específicos mais adiante, em tópico próprio.

X. Fase Declaratória

O procedimento expropriatório não se exaure num só momento, fato para o qual já chamamos atenção. Trata-se de um procedimento dentro do qual o Poder Público e o interessado produzem inúmeras manifestações volitivas.

Podemos dividir o procedimento em duas grandes fases: a *fase declaratória* e a *fase executória*. Na fase declaratória, o Poder Público manifesta sua vontade na futura desapropriação; na fase executória, adotam-se as providências para consumar a transferência do bem. Examinaremos as duas separadamente, iniciando pela fase declaratória, e procuraremos abordar os aspectos relevantes de cada uma.

1. Declaração Expropriatória

A lei geral expropriatória consigna que, *mediante declaração de utilidade pública*, todos os bens podem ser desapropriados pelas pessoas da federação (art. 2º). A mesma declaração é exigível para a desapropriação por interesse social. Urge, pois, que antes das providências concretas para a transferência do bem o Poder Público emita essa declaração.

Podemos, então, definir a *declaração expropriatória* como a manifestação emitida pelas pessoas federativas (com a exceção que averbamos anteriormente quando cuidamos do tema, neste Capítulo) no sentido de expressar a vontade de transferir determinado bem para seu patrimônio, ou para o de pessoa delegada, com o objetivo de executar atividade de interesse público prevista em lei.

Verifica-se facilmente que a declaração expropriatória expressa uma vontade administrativa; e essa vontade, a seu turno, estampa a intenção de promover a transferência do bem.[2307]

2. Conteúdo

Aspecto que tem encerrado alguma controvérsia diz respeito ao conteúdo da declaração expropriatória, já que a lei silencia a seu respeito.

Em primeiro lugar, a declaração precisa individuar, com precisão, o bem ou os bens nos quais o Poder Público tem interesse para fins expropriatórios. Sendo assim, não têm legitimidade declarações genéricas, em algumas ocasiões firmadas pelo expropriante, ou seja, aquelas declarações que se limitam a dizer genericamente que as áreas situadas em determinado local têm utilidade pública. Urge que a declaração identifique com precisão *todos* os bens; não o fazendo, a declaração é inválida e inapta a produzir qualquer efeito jurídico.[2308]

É ainda necessário que a declaração deixe expresso o fim a que se destina a desapropriação, porque somente com essa referência será possível ao proprietário apurar se há, ou não, desvio de finalidade, e se a hipótese configura realmente um dos casos que a lei prevê como suscetíveis de ensejar a desapropriação.[2309] Por outro lado, preventivamente e para dar maior transparência ao ato, deve a declaração apresentar também o dispositivo legal da lei expropriatória que contém o objetivo pretendido pelo Poder Público em relação ao bem.

Para alguns autores, é de exigir-se que na declaração conste o *dispositivo legal* da lei expropriatória em que se baseia a pretendida desapropriação.[2310] Em nossa

visão, podemos considerar aconselhável e conveniente, mas nunca obrigatório esse requisito. E assim pensamos porque, de um lado, nada dispõe a lei a respeito e, de outro, porque a menção ao destino específico do bem é que indica a possibilidade de se verificar se a lei prevê ou não a hipótese. É por meio do motivo e do fim da desapropriação que se afere a sua legalidade, e não pela mera menção ao dispositivo legal.[2311]

O que nos parece indispensável para a validade da declaração é que nela seja precisamente identificado o bem de interesse da Administração e que esta decline expressamente qual o destino que pretende dar ao referido bem. Esses elementos são, por conseguinte, inafastáveis para o Poder Público declarante.

Avulta observar, contudo, que a destinação do bem (ou sua finalidade) tem intrínseca e indissociável relação com o *motivo* que inspirou a escolha do bem, vale dizer, com a justificativa apresentada pela Administração para definir *aquele* bem. Em outras palavras, não é lícito que a escolha do bem decorra de critério aleatório, sem causa consistente e razoável; o ônus de comprovar a legitimidade da indicação do bem cabe ao órgão administrativo. Por isso, é absolutamente ilegítimo que, para expandir sua área administrativa, o Poder Público simplesmente faça recair sua escolha em edifício comercial no centro da cidade, cujos usuários e proprietários estejam em pleno exercício de suas atividades profissionais, sobretudo quando há solução *menos gravosa* para os administrados (que é o *requisito da exigibilidade* integrante do princípio da proporcionalidade). Sem a efetiva explicação do Estado, surge, no caso, evidente ofensa aos princípios da impessoalidade e da proporcionalidade, razão por que nos parece inválido o decreto expropriatório e, pois, sujeito ao controle do Judiciário.[2312]

3. Formalização

Por força do princípio da publicidade, as manifestações de vontade da Administração Pública devem ser formalizadas e divulgadas aos administrados em geral. A exigência não é diferente no caso da declaração expropriatória.

A regra geral consiste em que essa declaração seja formalizada através de *decreto* do Chefe do Executivo (Presidente, Governadores, Prefeitos e Interventores). [2313] Na verdade é essa a forma comum de declaração, sendo o ato normalmente denominado de *decreto expropriatório.*

Não obstante, dispõe a lei geral, em caráter de exceção:

> *"O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação"* (art. 8º).

A expressão "*tomar a iniciativa"* tem o sentido de *deflagrar, dar início,* o que se consubstancia realmente pela declaração. Em consequência, o dispositivo admitiu que, quando é do Legislativo a iniciativa da desapropriação, a declaração há de se formalizar através de ato administrativo declaratório dele emanado.

Alguns autores, sempre que mencionam esse dispositivo, fazem referência à promulgação de *lei* para esse tipo de declaração expropriatória.[2314] Em nosso entender, no entanto, o ato declaratório deveria ser um daqueles de caráter administrativo praticados pelo Legislativo, como é o caso de *decretos legislativos*, adequados comumente para produzir efeitos externos.[2315] Demais disso, o Legislativo certamente só vai tomar a iniciativa se houver alguma desarmonia entre ele e o Executivo. Ora, se assim parece ser, o projeto de lei contendo a declaração, apresentado pelo Legislativo, será obviamente vetado pelo Executivo. A conclusão é a de que toda lei com essa natureza seria alvo de veto do Executivo. Para evitar mais esse graveto para a fogueira, o mais adequado é que o ato seja exclusivo do Legislativo, e esse é exatamente o caso do decreto legislativo.

Há, ainda, um terceiro meio de formalização – aquele que ocorre quando a declaração expropriatória provém de entidade exclusivamente administrativa (não política), como é o caso do DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes) (Lei nº 10.233/2001), ou da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.074/95, alterada pela Lei nº 9.648/98), ambos autarquias. Nesses casos, outro, que não o decreto, será o ato administrativo que conterá a declaração, sendo irrelevante, porém, a sua denominação.[2316]

4. Natureza Jurídica

Dois pontos de análise merece o aspecto da natureza jurídica do ato que declara a utilidade pública ou o interesse social.

Primeiramente, trata-se de *ato administrativo*, porque estampa, sem qualquer dúvida, atividade ligada à administração da coisa pública. Em relação ao decreto

expropriatório e à portaria ministerial, o assunto é tranquilo, porque tais atos são mesmo administrativos sob o aspecto formal. Mas o ato declaratório de utilidade pública oriundo do Legislativo, seja lei ou decreto legislativo, também se caracterizará como ato administrativo material. Em se tratando de lei, esta se qualificará como *lei de efeitos concretos*, que, embora sob a forma de lei, representa materialmente um ato administrativo.

O segundo ponto a merecer destaque concerne à questão dos parâmetros de atuação do administrador quando vai firmar a declaração. A averiguação da conveniência e oportunidade para praticar o ato administrativo declaratório é privativa do administrador público; os parâmetros, portanto, são de caráter administrativo. Sob esse ângulo, então, cuida-se de ato *discricionário*.[2317] Ocorre que os casos que permitem a desapropriação são os que a lei expressamente menciona; em outras palavras, o administrador não pode afastar-se do elenco legal. Por essa ótica, o ato declaratório será *vinculado*, não tendo o administrador qualquer liberdade quanto ao fundamento da declaração, já que os parâmetros de atuação, que representam esse fundamento, são de natureza legal.

4.1. Controle Judicial

Como ocorre com todo ato administrativo, o ato que consubstancia a declaração expropriatória também é sujeito a controle judicial em todos os aspectos que digam respeito aos requisitos de validade dos atos em geral. Desse modo, podem ser apreciados aspectos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato.

Só está excluído da apreciação judicial o exame da conveniência e oportunidade que inspiraram o administrador à escolha de certo bem para o efeito da desapropriação. Esse poder de escolha é privativo da Administração e não cabe ao juiz criar outro juízo de valor, porque é necessário garantir a separação de Poderes e de funções (art. 2º da CF). Confirmando esse aspecto, o TJ-SP já decidiu acertadamente que *"não é dado ao Judiciário examinar o ato da Administração, sob os critérios de oportunidade, necessidade e conveniência da desapropriação"*.[2318]

Vejamos um exemplo: se um decreto expropriatório tem vício de finalidade ou de competência, pode ser controlado pelo juiz. Mas, se a Administração optou, *v.g.*, pela abertura de uma estrada, não podem ser questionadas a conveniência e a

oportunidade dessa obra, porque a valoração de tais critérios pertence exclusivamente ao administrador.

A impugnação do decreto expropriatório se concretiza por meio de *ação declaratória de nulidade,* que, pelo instituto da *conexão* (art. 105, Cód. Proc. Civil), permitirá a tramitação em *simultaneus processus* juntamente com a ação de desapropriação. Não enseja, contudo, a suspensão desta última, eis que inexiste prejudicialidade em relação a ela.[2319]

5. Efeitos

Expressando a vontade administrativa no sentido de proceder à futura transferência do bem, o ato que declara a utilidade pública ou o interesse social está preordenado a produzir esse objeto básico: o interesse na desapropriação de determinado bem.

Não obstante, é possível registrar outros efeitos desse ato declaratório:

1) permissão às autoridades competentes no sentido de penetrar no prédio objeto da declaração, sendo possível o recurso à força policial no caso de resistência;[2320]
2) início da contagem do prazo para ocorrência da caducidade do ato; [2321]
3) indicação do estado em que se encontra o bem objeto da declaração para efeito de fixar a futura indenização.[2322]

Em relação a este último efeito, vale a pena serem feitas duas observações. A primeira reside em que a indenização somente abrange as benfeitorias *necessárias,* quando feitas após a declaração, e as *úteis,* quando o proprietário for autorizado pelo Poder Público. Em consequência, não são indenizáveis as benfeitorias *voluptuárias* feitas após a declaração.[2323]

A segunda observação diz respeito à possibilidade de licença para obras no imóvel já declarado de utilidade pública ou de interesse social. Essa hipótese foi definida pelo STF, que assim enunciou na Súmula nº 23:

> *"Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se*

incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada".

Assim, se a licença for requerida, a Administração não pode negá-la. Mas o proprietário já deverá saber, de antemão, que o valor acrescido não será indenizado. Com essa definição, a mais alta Corte procurou conciliar os interesses da Administração e do proprietário e evitar o cometimento de abusos por qualquer deles.

6. Caducidade

Caducidade é a perda dos efeitos jurídicos de um ato em decorrência de certa situação fática ou jurídica mencionada expressamente em lei.

O Decreto-lei nº 3.365/41 prevê a caducidade do decreto expropriatório no prazo de *cinco anos*, se a desapropriação não for efetivada mediante acordo ou judicialmente nesse prazo, sendo este contado a partir da data de sua expedição. [2324] Esse prazo é o fixado para a declaração de utilidade pública. No caso de interesse social, o prazo de caducidade do decreto é de *dois anos*.*[2325]*

Parte da doutrina advoga o entendimento de que a caducidade, no caso do interesse social, é definitiva, já que o prazo estaria aludindo não só à efetivação da desapropriação, como *às providências de aproveitamento do bem expropriado*, sendo, pois, diferente do que dispõe o Decr.-lei 3.365/41.[2326] Pensamos diferentemente, e por mais de uma razão. Primeiramente, não poderia a lei simplesmente expungir o direito expropriatório conferido ao Poder Público pela Constituição; em segundo lugar, o art. 5º da Lei 4.132/62 determina sejam aplicadas, no caso de omissão, as normas do Decr.-lei 3.365/41. Assim, se a caducidade neste diploma é relativa e temporária, o mesmo deverá ocorrer com a da Lei 4.132/62.[2327]

Em nosso entendimento, é excessivamente longo o prazo de cinco anos previsto para a caducidade da declaração de utilidade pública, permitindo a lei que o expropriante se conduza com certo descaso e negligência, e que o proprietário fique durante todo esse tempo (denominado de *"período suspeito"*) numa situação de incômoda pendência.*[2328]*

O fato que a lei considerou como suscetível de provocar a caducidade, ou seja, a não efetivação da desapropriação no prazo de cinco anos, deve ser interpretado no sentido de que cabe ao expropriante firmar acordo nesse prazo ou ao menos

providenciar o ajuizamento da ação de desapropriação com *a citação* do expropriado. [2329]

Dispõe, ainda, a lei expropriatória que, no caso de ocorrer a caducidade, *"somente decorrido um ano poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração"* (art. 10). Significa que a caducidade não é definitiva, mas sim temporária, durando apenas o período de um ano. Passado esse prazo, o Poder Público poderá expedir novo ato declaratório.

Alguns autores entendem que a norma que estabelece esse prazo de caducidade é inconstitucional.[2330] Ousamos discordar desse entendimento. O art. 5º, XXIV, da CF, delega à lei ordinária o poder de regular o procedimento expropriatório, o que é feito pelo Decreto-lei nº 3.365/41 e pela Lei nº 4.132/62. A lei pode, assim, estabelecer algumas restrições ao Poder Público e ao proprietário, desde que, é claro, não contrariem a Constituição. A seguir o raciocínio do autor, inconstitucional também seria a exigência da declaração prévia de utilidade pública ou de interesse social, já que somente prevista na lei ordinária.[2331]

XI. Fase Executória

Depois de declarada a utilidade pública do bem, cumpre adotar as providências para efetivar a desapropriação, procedendo-se à transferência do bem para o patrimônio do expropriante.

Anteriormente, o Poder Público se tinha limitado a firmar declaração de vontade indicativa de que o bem traduzia utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação. Por isso a fase em que se produz essa vontade se caracteriza como declaratória.

Após a fase declaratória, o Poder Público passa a agir efetivamente no sentido de ultimar a desapropriação. É a essa fase que se denomina de *fase executória.* É nela que vai ser possível completar a transferência do bem para o expropriante e ensejar ao proprietário o direito à indenização.

Como é possível que a transferência do bem suceda de dois modos – sem ação judicial e com ela –, dividimos o exame da fase executória separando esses dois meios, os quais serão examinados adiante.

1. Via Administrativa

A fase executória através da *via administrativa* encerra a ultimação da transferência do bem por intermédio de *acordo* entre o Poder Público e o proprietário.[2332]

O acordo resulta de entendimentos e negociações entre o Poder Público e o proprietário, mesmo que no início do procedimento tenha surgido algum conflito de interesses entre eles. O que se pretende com o acordo é evitar o recurso ao Judiciário pela ação de desapropriação. A bilateralidade de vontades incide sobre o bem e o preço, ou seja, as partes se ajustam no sentido de que o bem pode ser alienado mediante o pagamento de preço previamente acertado.

Trata-se de negócio jurídico bilateral resultante de consenso entre as partes e retrata a vontade do proprietário, de alienar bem de sua propriedade a terceiro, e do adquirente, que por sua vez intenta transferir o bem a seu patrimônio. Esses elementos são exatamente os que compõem o contrato de compra e venda, não o desfigurando a circunstância de ter havido anteriormente a declaração expropriatória. Note-se que nenhuma coerção é ainda imposta ao proprietário; a declaração não o obriga a celebrar ajuste com o Poder Público. Há, pois, interesse e livre manifestação de vontade por parte do proprietário. A despeito desses fatores, esse negócio jurídico bilateral tem sido denominado de *desapropriação amigável*.[2333] Seja como for, e nesse caso o rótulo não é o mais importante, parece de relevo a observação de que se trata de negócio jurídico bilateral, translativo e oneroso, retratando verdadeiro contrato de compra e venda.[2334]

Esse negócio jurídico bilateral deve ser formalizado através de escritura pública ou por outro meio que a lei venha especificamente a indicar.[2335] Cumpre, porém, que seja através de documento, e nunca de forma verbal, porque, sendo uma das partes o Poder Público, há de vigorar o princípio da publicidade e do formalismo.

Como bem averba DIÓGENES GASPARINI, esse negócio alienativo só pode ser ajustado se houver certeza quanto ao domínio e quanto aos documentos que o comprovam.[2336] A Administração, em consequência, precisa cercar-se de todas as cautelas para celebrar negócio jurídico válido e evitar que seja inquinado de vício na vontade ou na forma, proporcionando futuramente sua anulação.

O certo é que, firmado o acordo, está atingida a finalidade administrativa, sendo desnecessária a propositura de ação judicial.

2. Via Judicial

Não havendo acordo na via administrativa, outra alternativa não há senão a de ser proposta a respectiva ação com vistas a solucionar o conflito de interesses entre o Poder Público e o proprietário.

É importante, neste passo, analisar o que dispõe a lei expropriatória a respeito da função do Judiciário no que concerne ao processo de desapropriação. Dispõe o art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/41: *"Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública"*.

O dispositivo tem sido considerado inconstitucional por alguns autores, porque estaria retirando à parte a possibilidade de levar à apreciação do Judiciário lesão a direito seu. Entretanto, domina o entendimento de que não há inconstitucionalidade, porque não se está proibindo a investigação da validade da conduta administrativa nem a defesa do direito subjetivo. O que ocorre é que essa apreciação será processada em ação autônoma, e não no processo expropriatório. [2337]

Embora o dispositivo não tenha uma redação muito precisa, a interpretação que dele emana é a de que o processo de desapropriação, por ser necessária a celeridade para a transferência do bem, não rende ensejo à discussão sobre se o administrador tinha realmente, ou não, motivos para a desapropriação. Em outras palavras, não se pode no processo discutir sobre eventual desvio de finalidade do administrador ou sobre a existência dos motivos que o administrador considerou como de utilidade pública ou de interesse social. Essa matéria propicia discussão demorada e obviamente retardaria o desfecho da ação expropriatória. Todavia, o interessado pode levar ao Judiciário a apreciação dessas questões em ação autônoma, que a lei denominou de *ação direta* no art. 20, cujos comentários serão feitos ao momento em que examinarmos a resposta do réu na ação de desapropriação.

Não obstante, distinguimos duas hipóteses. Se a discussão versar sobre o próprio conteúdo da vontade administrativa, isto é, se ocorrer dúvida sobre a conduta do administrador quanto à desapropriação, a matéria não pode ser dirimida na ação de desapropriação, mas em ação autônoma. Contudo, se o objetivo da declaração *for atividade que não se encontre contemplada em lei,* a discussão não será quanto ao conteúdo da vontade do administrador, mas sim quanto *à inexistência de*

pressuposto considerado pela lei como passível de gerar a desapropriação. Nessa hipótese, entendemos que o juiz pode (e deve) *ex officio* apreciar a questão e até mesmo extinguir o processo expropriatório sem julgamento do mérito por falta de condição da ação.

Exemplificamos para deixar mais claro o nosso pensamento. Se o Poder Público declara a utilidade pública de um bem para o fim de ser construído um prédio público, não cabe discutir no processo de desapropriação se o administrador queria, na verdade, vingar-se do proprietário do bem, em conduta indicativa de desvio de finalidade. Essa questão há de ser apreciada em ação direta. Mas, se a declaração, por exemplo, indica que o objetivo do administrador é o de fazer doação do bem a um de seus auxiliares, o juiz pode conhecer dessa questão e não julgar o mérito, porque esse objetivo – doação a particular – expresso na declaração não tem previsão em qualquer dispositivo legal como passível de admitir a desapropriação.

XII. Ação de Desapropriação

1. Partes

Como ocorre em todo processo judicial, que visa à composição de litígios, a lide posta diante do órgão jurisdicional tem sempre um sujeito ativo e um passivo. O fato não é diverso na ação de desapropriação: se a lide expropriatória se forma pelo conflito de interesses entre o Poder Público e o proprietário, a respectiva ação terá naturalmente a presença daquele que formula a pretensão e daquele que opõe a ela a sua resistência. São as partes do processo.

O sujeito ativo da ação é sempre o Poder Público ou a pessoa privada que exerce função delegada, quando autorizada em lei ou no contrato. O proprietário nunca atua como parte no pólo ativo da relação processual expropriatória. Por conseguinte, autores da ação poderão ser, por exemplo, a União, os Estados, uma sociedade de economia mista, uma fundação pública, um concessionário de serviço público etc.

A parte situada no pólo passivo do processo, ou seja, o réu da ação, será sempre o proprietário do bem a ser desapropriado. É o proprietário que contesta a proposta formulada pelo autor da ação, apresentando suas razões ao juiz para ver

rejeitada a pretensão e acolhida a defesa.[2338]

Portanto, temos em síntese que autor da ação é o expropriante, e réu, o proprietário expropriado.

2. A Pretensão

A pretensão do expropriante é a de consumar a transferência do bem desapropriado para seu patrimônio. Para tanto, deve a sua petição inicial conter indispensavelmente a oferta do preço.

A lei impõe, ainda, alguns requisitos especiais para a apresentação da petição inicial, além daqueles que já figuram no art. 282 do CPC. Assim é que deve o expropriante instruí-la com um exemplar do contrato ou do diário oficial em que houver sido publicado o decreto expropriatório. É exigida também a apresentação da planta ou da descrição do bem a ser desapropriado e suas confrontações.[2339]

A pretensão, é óbvio, tem que ser formulada por quem tenha legitimidade constitucional ou legal. No caso de desapropriação por utilidade pública, a legitimação é sempre ampla, sendo conferida a todas as pessoas federativas e àquelas que exercem função delegada, desde que autorizadas na forma da lei.

Na desapropriação por interesse social, porém, é preciso distinguir. Como regra, são legitimadas as mesmas pessoas que podem promover a ação expropriatória por utilidade pública. Há, no entanto, duas exceções. A primeira é a ação de desapropriação com fins urbanísticos prevista no art. 182, § 4º, III, da CF: parte legítima para propor a ação é exclusivamente o Município. A segunda é a ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, prevista no art. 184 da CF: parte legítima aqui é a União Federal.[2340]

Registre-se, todavia, que a lei poderá indicar pessoa administrativa da Administração Indireta com poderes para exercer as atividades mencionadas nos referidos dispositivos constitucionais, com vistas à propositura da ação. No caso de reforma agrária, por exemplo, a legitimação ordinária é da União, mas a derivada é do INCRA, autarquia a ela vinculada e legalmente destinada à execução daquela atividade.

3. A Contestação

Nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41, *"a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida*

por ação direta".[2341]

A expressão *vícios do processo judicial* tem que ser creditada à época em que a lei foi criada. Adaptando-a ao sistema do vigente Código de Processo Civil, tem-se que a defesa do réu, *como matéria preliminar,* abrange todas as questões relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais. Desse modo, o réu pode suscitar ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada e, enfim, todas as matérias contidas no art. 267 do CPC, as quais, se acolhidas, conduzem à extinção do processo sem julgamento do mérito (ou sem *resolução* do mérito, como consta hoje na lei processual). Como se pode notar, não são matérias apenas relacionadas ao processo, como parece indicar o dispositivo, mas também aquelas que concernem à ação, como é o caso das condições da ação.

O expropriante, como dissemos, faz a oferta do preço na petição inicial. Note-se que o pedido é de fato a fixação do valor indenizatório, porque o direito do expropriante à transferência do bem é, de antemão, albergado na legislação aplicável. O expropriado se incumbirá de impugnar o preço ofertado se com ele não concordar. Daí podermos afirmar que, *no mérito,* a controvérsia cinge-se à discussão do *quantum* indenizatório.

Além da contestação, são formas de defesa as exceções e a reconvenção. As exceções espelham discussão a respeito de certos aspectos da relação processual, como a competência, o impedimento e a suspeição. Sendo assim, podem ser opostas como matéria preliminar ao mérito.[2342]

A reconvenção, porém, é inadmissível no processo expropriatório. E não é difícil explicar a razão. A reconvenção é uma ação proposta pelo réu contra o autor dentro do processo que este move contra aquele. Ora, de acordo com o art. 20 da lei expropriatória, qualquer outra questão ligada à relação entre o expropriante e o expropriado deve ser dirimida em ação direta, que significa uma ação e um processo autônomos. Nesses termos, não é difícil constatar que essa regra processual torna inviável o oferecimento da reconvenção na ação de desapropriação.[2343]

Quanto ao que o dispositivo nominou de *ação direta,* já antecipamos que se trata de ação diversa, que vai formar novo processo. O sentido é o de que no processo expropriatório as partes, no mérito, só podem discutir o valor indenizatório. Desse modo, se o expropriado pretende discutir com o Poder Público questões sobre desvio de finalidade, dúvida na figura do proprietário,

motivação desconforme a lei e, enfim, qualquer outra desse gênero, deverá propor ação nova, sendo, pois, impossível juridicamente suscitá-las no processo expropriatório.[2344] Por tal motivo, se a relação jurídica entre o expropriado e terceiro for de natureza obrigacional, inadmissível será que o último *se* valha da *assistência* na ação de desapropriação, conclusão que se funda no fato de que a ação é considerada como de natureza real, sendo o aspecto da indenização intimamente ligado ao do domínio do bem expropriado.[2345]

4. Imissão Provisória na Posse

4.1. Permissão Legal

Como a desapropriação tem o objetivo de propiciar a transferência da propriedade mediante o pagamento de indenização prévia, a posse do expropriante sobre o bem expropriado deverá dar-se normalmente quando se completar a transferência e tiver sido paga a indenização. Não é sempre assim, entretanto, que se passa.

A legislação sobre desapropriação admite a figura da *imissão provisória na posse*, ou seja, a situação jurídica em que o expropriante passa a ter a posse provisória do bem antes da finalização da ação expropriatória. Na lei geral, a imissão provisória na posse está prevista no art. 15. Entretanto, o Decreto-lei nº 1.075, de 22/1/1970, contemplou a hipótese para as desapropriações de prédios residenciais urbanos, estabelecendo, inclusive, rito especial.

Assim, se se tratar de imissão provisória na posse de prédio residencial urbano (residencial e urbano), aplica-se o Decreto-lei nº 1.075/70; se for o caso de imóvel residencial em zona rural ou de prédio urbano não residencial, a imissão se regulará pelo art. 15 da lei geral (Decreto-lei nº 3.365/41).

A despeito de a imissão na posse não representar ainda a transferência de domínio do bem sujeito à desapropriação, é inegável que, mesmo sendo provisória, seus efeitos são severos para com o proprietário. Na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir a propriedade, ou seja, sob visão de ordem prática, o que há realmente é a perda da propriedade. Por isso mesmo, têm sido excluídas algumas obrigações atribuídas ao proprietário. Em relação à incidência tributária, já decidiu o STJ que *"o proprietário de imóvel expropriado para fins de utilidade pública tão-somente é responsável pelos impostos, inclusive o*

IPTU, até o deferimento e efetivação da imissão da posse provisória".[2346]

Exatamente em virtude da natureza desse fato, passou a exigir-se que a imissão provisória na posse seja registrada no competente cartório do *Registro de Imóveis.*[2347] A exigência é, sem dúvida, pertinente e digna de aplausos, vez que, com o registro, o fato passa a produzir efeitos *erga omnes*, permitindo a qualquer interessado tomar conhecimento da severa restrição imposta à propriedade.

Vale a pena sublinhar, por oportuno, que a decisão que concede a imissão provisória na posse não desafia suspensão na hipótese de apensamento, por *conexão* (art. 105, Cód. Proc. Civil), de eventual ação declaratória de nulidade do decreto expropriatório proposta pelo expropriado. É que inexiste relação de prejudicialidade desta última relativamente à ação de desapropriação. Em outras palavras, mantém-se a imissão na posse ainda que haja a postulação de invalidar o referido decreto.[2348]

4.2. Pressupostos

Dois são os pressupostos que permitem ao expropriante a imissão provisória na posse. O primeiro é que seja declarada a urgência, e o segundo, que seja depositado valor de acordo com o que a lei estabelecer. Registre-se, por oportuno, que, observados tais pressupostos, o expropriante tem direito subjetivo à imissão provisória, não podendo o juiz denegar o requerimento feito nesse sentido. Esse é o sentido que emana do art. 15 da lei expropriatória, segundo o qual, havendo urgência e depósito prévio do valor previamente arbitrado, o juiz deve *imitir o expropriante provisoriamente na posse* do bem objeto da desapropriação.

4.3. Urgência

Em relação à urgência, é mister analisar alguns aspectos especiais. Em primeiro lugar, os fatores administrativos que geram a caracterização da urgência quanto à imissão na posse se configuram como privativos do expropriante, que é, como sabido, o gestor dos interesses públicos. É a ele, exclusivamente, que compete essa avaliação.[2349]

Outro aspecto é que a lei fixa o prazo de 120 dias, *a partir da alegação da urgência*, para que o expropriante requeira ao juiz a imissão na posse (art. 15, § 2º, do Decreto-lei nº 3365/41); se não o fizer nesse prazo, o juiz não mais deferirá a

imissão. A urgência normalmente é declarada no próprio decreto expropriatório, mas pode sê-lo após esse ato, inclusive quando já em curso a ação de desapropriação.[2350] Importante é que, se for declarada e o expropriante não requerer a imissão, impossível lhe será renovar a alegação.

4.4. Depósito Prévio

Além da urgência, constitui também pressuposto da imissão provisória na posse o depósito arbitrado pelo juiz após instrução sumária processada inicialmente. A lei expropriatória estabelecia vários critérios para a fixação desse depósito prévio, como o valor locativo, o valor fixado para efeito do imposto predial e territorial etc. (art. 15, § 1º). Como esses valores sempre resultam em montante muito inferior ao valor real do bem a ser desapropriado, os Tribunais, a nosso ver com razão, passaram a considerar que esse dispositivo não foi acolhido pela vigente Constituição, e diante desse entendimento passou a ser exigido que o depósito prévio correspondesse, já na avaliação prévia, a um montante mais próximo ao valor real do bem.[2351] Por isso, parece justo que a avaliação se faça pela perícia do juízo, independentemente da realizada pelo expropriante.[2352]

A despeito desse entendimento, não foi essa a orientação adotada pelo STF, que, em alguns julgados, sustentou que o dispositivo em tela fora recepcionado pela Carta vigente.[2353] Finalmente, o mesmo Tribunal consolidou sua posição, definindo, em súmula, que *"Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do DL 3.365/41 (Lei de Desapropriação por utilidade pública)"*.[2354]

Concessa maxima venia, não parece justa tal posição. Já são tantas as prerrogativas do Poder Público e tantos os ônus do expropriado na desapropriação que não se justifica que o valor do depósito prévio, permissivo da imissão provisória na posse (que, na prática, significa a perda da propriedade), fique tão distante do preço real do bem, ainda mais quando se sabe que todos os critérios hoje fixados no art. 15 da lei expropriatória conduzem a valores irrisórios. Parece-nos, pois, mais consentânea com o perfil da desapropriação a posição adotada pelo Egrégio STJ.

O Decreto-lei nº 1.075/70 não adotou os critérios da vetusta lei expropriatória. Ao contrário, previu um procedimento inicial sumário, com prova pericial e a possibilidade de o expropriado impugnar o preço ofertado,

possibilitando, em consequência, o arbitramento de valor compatível com a natureza do bem.

A discussão sobre o *quantum* do depósito prévio não tem qualquer relação com sua indispensabilidade: somente mediante o depósito do valor previamente arbitrado – providência a cargo do expropriante – pode ser autorizada judicialmente a imissão na posse do bem expropriado. Caso esta se tenha consumado sem aquele requisito, cumpre ao juiz corrigir a omissão e determinar que o expropriante providencie de imediato o depósito do valor que a perícia do juízo fixar, seja qual for a fase em que o processo estiver tramitando. Imissão na posse sem o referido depósito ofende o princípio da prévia indenização fixado no art. 5º, XXIV, da CF. [2355]

4.5. Levantamento Parcial do Depósito

Embora o depósito judicial efetuado pelo expropriante no caso de imissão liminar na posse tenha caráter provisório, o expropriado sofreria grande injustiça se, além de ter perdido a posse do bem, ainda tivesse que aguardar o desfecho do processo para receber a indenização.

Para enfrentar essa situação, a lei admite que o expropriado requeira ao juiz o levantamento parcial do depósito prévio feito pelo expropriante, equivalente a até 80% da importância depositada (art. 33, § 2º, DL 3.365). O direito ao levantamento independe da concordância do expropriado quanto ao valor oferecido ou depositado. Assim, pode exercer seu direito sem prejuízo de sua discordância quanto àqueles valores e sem que haja repercussão sobre a marcha normal do processo, prosseguindo este normalmente até a prolação da sentença definidora da indenização definitiva.

Não obstante, impõe-se-lhe o atendimento de algumas condições. Exige a lei que produza prova da propriedade e apresente certidão (ou prova equivalente) de quitação de dívidas fiscais que incidam sobre o bem objeto da desapropriação. Além disso, deve providenciar junto ao cartório a publicação de editais, com prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros.[2356]

Se houver dúvida fundada sobre o domínio do bem, não poderá ser deferido o levantamento de qualquer valor, permanecendo a importância depositada sob custódia judicial.[2357] Aqueles que reivindicarem a propriedade do bem devem

então socorrer-se da ação própria para formulação de suas pretensões.[2358] Essa disputa não pode prejudicar a tramitação do processo expropriatório; em verdade, o retardamento do feito causaria gravame ao Poder Público, que está perseguindo a desapropriação para determinado fim de interesse público.

5. Prova Pericial

A prova é o instrumento de que se valem as partes para justificar as razões que apresentam no curso do processo. É com base nela que o juiz dirime a controvérsia e decide a causa.

Cuida-se de inafastável direito das partes no processo. O princípio geral pertinente reside em que *"todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos"*, ainda que não previstos no CPC, *"são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".[2359]*

Esse princípio da produção probatória pelas partes, que, aliás, está alojado na Constituição (art. 5º, LV) e se insere no âmbito do próprio direito à ampla defesa e ao contraditório, não poderia estar descartado da ação de desapropriação. Desse modo, é cabível nesta ação que as partes utilizem as provas que entenderem idôneas a dar sustento às alegações que fazem no processo.

No entanto, não se pode perder de vista que na ação de desapropriação o *meritum causae* se adstringe à discussão sobre o valor indenizatório. É esse ponto que vai ser objeto das provas a serem produzidas por expropriante e expropriado. Se é verdade que as partes podem produzir provas documental, testemunhal e as outras admitidas pelo estatuto processual vigente, não é menos verdadeiro que o meio fundamental e costumeiro para comprovar suas alegações é, de fato, a *prova pericial*, ou seja, aquela prova técnica que vai indicar ao juiz os elementos para a fixação do valor indenizatório.[2360]

A lei expropriatória, inclusive, é expressa no sentido de que, formado o litígio entre as partes a respeito da indenização, o juiz determina a produção da prova pericial, devendo o perito e os assistentes técnicos apresentar seu laudo até cinco dias antes da audiência (art. 23 e parágrafos). Na própria audiência, pode ocorrer que os peritos sejam intimados para prestar esclarecimentos sobre os dados fixados no laudo, a fim de que as partes possam aduzir suas razões finais, e o juiz possa decidir a lide.[2361]

6. Intervenção do Ministério Público

O Decreto-lei nº 3.365/41 e a Lei nº 4.132/62 não registram qualquer dispositivo a respeito da intervenção do MP no processo expropriatório. Por essa razão, tem havido opiniões contra e a favor de sua intervenção obrigatória.[2362]

A opinião dos que entendem não ser obrigatória a intervenção tem como fundamento o fato de que a causa, por encerrar apenas a discussão sobre a fixação do valor indenizatório, não ensejaria a caracterização de que nela houvesse interesse público que pudesse justificar a presença dos órgãos do *Parquet,* tendo em vista que, nos termos do art. 82, III, do CPC, a intervenção só é necessária quando o interesse público é assim qualificado em razão da natureza da lide ou qualidade da parte.

Pensamos, porém, que esse não é o melhor entendimento. A desapropriação acarreta a perda da propriedade e esta é garantida na Constituição, desde que condicionada à função social. Ademais, a Lei Maior exige, ainda, que a desapropriação só se considere legítima quando fundada em razões de utilidade pública ou interesse social. Todos esses elementos qualificam a ação de desapropriação como tendo interesse público em virtude da natureza da lide, o que provoca a necessidade de intervenção do MP.

Há ainda um outro argumento a ser considerado. A Lei Complementar nº 76/93, que dispõe sobre o procedimento especial de rito sumário para o processo de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, estabelece, no art. 18, § 2º: *"O Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância"*.

A norma, inscrita em lei só há pouco editada, demonstra, como se pode observar, que o legislador considera o feito expropriatório como revestido de interesse público justificativo da intervenção obrigatória do Ministério Público. Se impôs essa intervenção na desapropriação para reforma agrária, nenhuma razão haveria para não se considerar também obrigatória a intervenção nos processos relativos às demais modalidades de desapropriação. Afinal, *ubi eadem ratio, ibi idem ius*.[2363]

O STJ, aliás, anulou, desde a contestação, processo de desapropriação de área necessária à implantação de estação ecológica, por ausência de intervenção do Ministério Público. O fundamento residiu no bem jurídico sob tutela – o meio ambiente –, interesse difuso de cuja proteção se incumbe institucionalmente o

Parquet. O Tribunal, com acerto, entendeu aplicáveis o art. 82, III, do CPC, e o art. 127, da CF.[2364] Se a obrigatoriedade da intervenção teve como fundamento a proteção ao meio ambiente por sua referência constitucional, o mesmo deve invocar-se para a proteção da propriedade, também direito fundamental previsto na Lei Maior.

Por todos esses elementos é que entendemos ser obrigatória a intervenção do Ministério Público em todo e qualquer processo expropriatório.[2365]

7. Sentença

A sentença no processo de desapropriação tem o objetivo de solucionar a lide e, no mérito, estabelecer a indenização devida pelo expropriante ao expropriado.

A lei geral expropriatória, porém, quando se refere à sentença, consigna que o juiz, depois de indicar os fatos que motivaram o seu convencimento, deve atender especialmente a vários fatores para o fim de definir a indenização. Esses fatores são a estimação dos bens para efeitos fiscais; o preço de aquisição e o interesse que deles aufere o proprietário; a situação, estado de conservação e segurança dos bens; o valor venal dos últimos cinco anos; e a valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao expropriado (art. 27).

A observação que entendemos, desde logo, pertinente é a de que esses fatores nem sempre se compadecem com os parâmetros definidos na Constituição. A norma constitucional exige que a indenização seja *justa*, ou seja, que o valor indenizatório corresponda realmente ao valor do bem expropriado. Se o juiz leva em consideração os fatores previstos no citado art. 27, o resultado pode não corresponder ao valor efetivo do bem e, se isso ocorrer, a indenização certamente não será justa.

Na verdade, a adoção desses critérios é que tem provocado indenizações em montante bem inferior ao valor real do bem desapropriado e, por conseguinte, acerbas e justificáveis críticas ao sistema normalmente adotado nos órgãos do Judiciário. Quando o assunto é indenização expropriatória, sempre se nota um sorriso irônico no semblante das pessoas, quando não a expressão de revolta e inconformismo. Raríssimos têm sido os casos em que se possa dizer que a indenização correspondeu à satisfação do expropriado. Em nosso entender, o defeito está nos misteriosos e complicados mecanismos e fórmulas empregados

pela prova pericial, com vistas à fixação do *quantum* indenizatório. O melhor critério a ser adotado seria aquele que, *mediante fatores de mercado,* pudesse chegar a um valor que correspondesse efetivamente à perda da propriedade. Só assim é que estaria respeitado o mandamento constitucional que reclama indenização justa.

Em compensação, noticia-se, de quando em vez, que, por incompetência ou corrupção de certos órgãos administrativos, são pagas indenizações em valor muito superior ao do bem desapropriado, principalmente em certos casos suspeitos de desapropriação rural com vistas à reforma agrária. Havendo esse tipo de conluio, o juiz dificilmente terá meios de chegar, na decisão que profere, ao valor real do bem. Só o conseguirá se seu perito for competente e idôneo para fixação do valor real.

A propósito, comporta ressaltar que a fixação do valor indenizatório não se vincula nem ao da oferta do expropriante, nem ao proposto pelo expropriado. O juiz não está adstrito, nesse aspecto, à vedação de julgamento *extra* ou *ultra petita.* Com base em tal fundamento, pode fixar a indenização em valor inferior ao da oferta inicial, desde que, obviamente, calcado em fatores técnicos constantes de perícia judicial dotada de confiabilidade.[2366]

8. Transferência da Propriedade

É o pagamento da indenização que dá ensejo à consumação da desapropriação e à imissão definitiva na posse do bem pelo expropriante. Desse modo, é a indenização que acarreta a aquisição da propriedade pelo expropriante e a perda pelo expropriado.[2367]

Paga a indenização, o expropriante passa a providenciar a regularização da transferência. Nesse aspecto, dispõe a lei geral:

> *"Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis"* (art. 29).

A norma está a indicar que, apesar da consumação do processo expropriatório ocorrer com o pagamento da indenização, é necessária a medida de regularização da transferência junto ao Registro de Imóveis, a qual se materializa através da sentença judicial. A sentença, pois, tem duplo efeito no caso:

1) autoriza a imissão definitiva na posse do bem em favor do expropriante; e
2) consubstancia título idôneo para a transcrição da propriedade no registro imobiliário (ou para a efetivação da tradição, em se tratando de bens móveis).

Algumas dúvidas são suscitadas a respeito do *momento* em que se perfaz a transferência da propriedade. A nosso ver, é o pagamento ou a consignação do valor indenizatório que traduz o momento da consumação da transferência. O momento é um só: paga a indenização, transfere-se a propriedade.[2368]

Não obstante, há entendimentos no sentido de que a transferência se operaria ao momento da inscrição da sentença no Registro de Imóveis; essa posição, no entanto, não se coaduna com a garantia constitucional. Para outros, seria o momento da expedição do mandado de imissão de posse; aqui se confunde a transmissão da posse com a transferência da propriedade.[2369] O que a Constituição exige, porém, é que o expropriante pague a indenização; portanto, cumprida essa obrigação constitucional, opera-se a aquisição da propriedade pelo expropriante e a perda pelo expropriado.[2370]

XIII. Indenização

1. Regra Geral

No que respeita à indenização, a regra fundamental está no art. 5º, XXIV, da CF: a indenização tem que ser *prévia, justa* e *em dinheiro*. São os princípios, respectivamente, da *precedência, justiça* e *pecuniariedade*.

Indenização prévia significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem. Todavia, o advérbio *antes* tem o sentido de uma verdadeira fração de segundo. Na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão, como vimos, no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou *antes* desta. De qualquer forma, deve entender-se o requisito como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização.

Além de prévia, a indenização deve ser justa. Indenização justa, como bem anota CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado*

absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio".[2371]

Para que se configure a justiça no pagamento da indenização, deve esta abranger não só o valor real e atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade. Incluem-se também os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios.[2372]

Por fim, a indenização há de ser em dinheiro, ou seja, o expropriante deve pagá-la ou consigná-la judicialmente *em espécie*; isso, é óbvio, para permitir que o expropriado possa, em tese, adquirir bem idêntico ao que constituiu objeto da desapropriação.[2373] Vale sublinhar que, tendo em vista não representar ganho, a indenização não se sujeita à incidência do imposto de renda.[2374]

Quanto à abrangência, já se decidiu não ser indenizável a parte da propriedade que se situe na faixa marginal de estradas de rodagem, invocando-se, como fundamento, a incidência de restrições administrativas sobre a referida área.[2375] Ousamos dissentir de semelhante posição. A existência de restrições administrativas não despoja o *dominus* de sua propriedade. Sendo assim, mesmo diante de tais restrições, deve ser-lhe assegurada indenização sob pena de evidente e inaceitável afronta da garantia prevista na Constituição. O que se admite, isto sim, e se trata de coisa diversa, é que seja efetuado cálculo indenizatório próprio por força da restrição administrativa. A propriedade expropriada em si, porém, deve ser indenizada.

Se houver divergência entre a área registrada e a área real do imóvel, é aquela que deve prevalecer e ser indenizada. A não ser assim, o expropriante poderia estar indenizando quem não detém a propriedade. Por tal motivo, cabe ao expropriado, em ação própria, comprovar que o remanescente foi objeto de esbulho e pleitear a respectiva indenização.[2376]

Se o imóvel expropriado tiver área dotada de cobertura vegetal, esta será indenizada em valor próprio, diverso do atribuído à terra nua. Entretanto, o expropriado deverá provar que nessa área realmente efetua exploração econômica de recursos vegetais. Se não o faz, não haverá indenização em separado, como já se pacificou na jurisprudência.[2377]

O *quantum* indenizatório normalmente se compõe de duas parcelas: uma, a que já foi objeto de depósito judicial, quando o expropriante foi imitido

provisoriamente na posse do bem; outra, a parcela complementar, que corresponde à diferença entre o valor que a sentença fixou, com os devidos acréscimos, e a parcela depositada. A primeira pode ser paga ao expropriado por alvará judicial, mas a segunda o expropriado só poderá receber depois de proposta a ação de execução, na forma do art. 730 do CPC, e observado o sistema de precatórios judiciais previsto no art. 100 da CF. É também cabível, após a sentença, o levantamento pelo expropriado de até 80% do valor depositado, aplicando-se aqui as mesmas regras adotadas para o levantamento no caso de imissão provisória na posse, regras que já comentamos anteriormente.[2378]

O STJ, inclusive, já decidiu que o pagamento da indenização não pode ser feito mediante simples ofício requisitório ou intimação.[2379] Confirmando esse pensamento, o STF também assegura aos entes públicos o pagamento de seus débitos pelo referido sistema, tendo, inclusive, declarado inconstitucional, incidentalmente, o art. 14 da LC 76/93, que obriga o expropriante a depositar em juízo o valor de parte da indenização, no caso de desapropriação para fins de reforma agrária, exigência que ofende o art. 100 da Lei Maior.[2380]

Em contraposição ao direito indenizatório do proprietário, podem existir deveres não cumpridos por ele em relação ao Estado. Por tal motivo, eventuais *dívidas fiscais* do proprietário, quando já inscritas e ajuizadas, serão deduzidas do *quantum* indenizatório. A dedução alcança ainda as *multas* oriundas de inadimplemento e de obrigações fiscais.[2381] A imposição não é desarrazoada nem agride o princípio da indenização justa, porquanto, se cabe ao expropriante o ônus de indenizar, assiste-lhe, de outro lado, o direito de excluir da indenização débitos do expropriado; não fora assim, e este se locupletaria de sua própria torpeza. Desse modo, o valor indenizatório retrata verdadeira garantia para o Estado recuperar seus créditos. Se houver discussão sobre valores inscritos ou executados, deverá ela ser travada em ação própria; o fato, portanto, não afeta o normal desenvolvimento do processo expropriatório.[2382]

Circunstância especial, usualmente não referida pelos juristas, é a que consta do art. 42 da Lei nº 6.766, de 19/12/1979, que dispõe sobre parcelamento do solo urbano. Segundo o dispositivo, nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou compromissados que figurem em loteamento ou desmembramento não registrado.

A indenização será devida, mas em valor bem inferior àquele correspondente aos terrenos se o loteamento fosse registrado. Se já tiver havido a venda ou a promessa, a indenização, para salvaguardar o interessado de boa-fé, levará em conta o terreno na qualidade de loteado ou loteável, ainda que sem registro o loteamento. O art. 5º do Decr.-lei nº 271, de 28/2/1967, era mais restritivo, já que vedava até mesmo a indenização por benfeitorias e construções nos loteamentos irregulares. Em nosso entender, porém, o dispositivo foi revogado pelo citado art. 42 da Lei nº 6.766/79, que deu tratamento diverso à matéria. Ademais, a restrição seria incompatível com o atual regime constitucional, fato que impediria sua recepção pela Carta vigente.

A Emenda Constitucional nº 30/2000 acrescentou o art. 78 ao ADCT da Constituição, no qual autoriza que precatórios pendentes na data da promulgação da Emenda sejam liquidados, em seu valor real, no prazo máximo de dez anos. Não obstante, estabelece que esse prazo fica reduzido para dois anos no caso de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que esse imóvel seja único à época da imissão na posse (art. 78, § 3º).[2383]

2. Situações Especiais

A regra geral mencionada comporta algumas exceções.

A primeira delas é a desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184, CF). Nessa modalidade, a indenização é paga através de títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.[2384]

Outra situação especial é a desapropriação para fins urbanísticos, prevista no art. 182, § 4º, III, da CF. Consigna o dispositivo que o pagamento da indenização nesse caso será feito através de títulos da dívida pública, de emissão anteriormente aprovada pelo Senado, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas iguais e sucessivas, sendo assegurados, todavia, o valor real da indenização e os juros legais.

Por último, merece ser relembrada a desapropriação confiscatória, prevista no art. 243 da CF, que, como já foi visto, se consuma sem qualquer indenização a ser paga ao proprietário.

3. Enfiteuse, Jazidas e Direito de Superfície

O instituto da enfiteuse era regulado nos arts. 678 a 694 do Código Civil de 1916. O Código vigente, todavia, aboliu o instituto e, em consequência, não mais o

incluiu na relação de direitos reais, contida no art. 1.225. Não obstante, assegurou a eficácia das enfiteuses instituídas anteriormente até sua extinção (art. 2.038), ressalva essa, aliás, inevitável por se tratar de atos jurídicos perfeitos, garantidos, como se sabe, contra o advento de lei nova, conforme o disposto no art. 5º, XXXVI, da vigente Constituição. Desse modo, continua juridicamente viável sua aplicação no que toca ao tema da desapropriação, até porque, mesmo sob a égide do Código ora em vigor, ainda poderão ser expropriados imóveis sujeitos a regime enfitêutico.

Exatamente no que concerne à desapropriação, o tema da enfiteuse tem provocado algumas discussões. Enfiteuse era o desmembramento da propriedade, em que o proprietário (denominado *senhorio direto*) conferia a alguém (o *enfiteuta* ou *foreiro*) o direito real consistente no domínio útil do imóvel, mediante o pagamento de uma importância anual denominada de *foro, cânon* ou *pensão.*[2385] Se o enfiteuta quisesse transferir o domínio útil a terceiro, deveria pagar ao senhorio direto uma importância, denominada *laudêmio,* que era fixada no percentual de 2,5% do valor da alienação. A lei civil estabelecia que a enfiteuse poderia extinguir-se pelo *resgate*, figura pela qual o enfiteuta passaria a ser o pleno proprietário do bem; nesse caso, deveria pagar ao senhorio direto o valor de um laudêmio e dez foros anuais (art. 693, do Código revogado).

A lei expropriatória foi silente a respeito do tema. Todavia, tem dominado o entendimento de que, quando se trata de desapropriação de bens sujeitos ao regime enfitêutico em que senhorio direto e enfiteuta são particulares, a indenização deve obedecer aos mesmos padrões fixados para o resgate. Nesse caso, o senhorio direto faz jus ao valor correspondente *a dez foros anuais e um laudêmio*, ao passo que o enfiteuta deve receber o valor real do bem, deduzida a parcela do senhorio direto. [2386] Mas o senhorio direto não tem o direito de receber o laudêmio da parte do enfiteuta.[2387]

Pode ocorrer, de outro lado, que na enfiteuse o Poder Público seja o senhorio direto e o particular o enfiteuta. De acordo com o Decreto-lei nº 9.760, de 5/9/1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, quando houver consolidação, pelo Governo Federal, do domínio pleno de terrenos que haja concedido para enfiteuse, deverá ser deduzido do valor total do bem a importância equivalente a 17%, que corresponde ao valor do domínio direto.[2388] Segundo

esse preceito, portanto, o valor do domínio puro (ou nua propriedade) equivale a 17% do valor total do terreno concedido para aforamento, o que, em consequência, é o mesmo que dizer que o domínio útil equivale a 83% do aludido valor total. Esse critério – fundado no art. 103, § 2º, do Decr.-lei 9.760/46 – tem sido considerado como aplicável para indicar o valor indenizatório.[2389] Sendo assim, quando a desapropriação incide sobre o domínio útil (o único passível de desapropriação) de bem imóvel da União, o *quantum* indenizatório sofrerá redução do valor equivalente ao do domínio direto, ou seja, 17% do valor integral do terreno. Esse critério tem sido adotado também para as hipóteses em que o senhorio direto é o Estado ou o Município, havendo algumas decisões judiciais nesse sentido.[2390]

No que tange às jazidas, é preciso partir do mandamento contido no art. 176 da CF. Segundo esse dispositivo, as jazidas, em lavra ou não, constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e *pertencem à União*, sendo, contudo, assegurada ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Emana daí que, no caso de desapropriação, não cabe indenização das jazidas existentes do subsolo do imóvel. Entretanto, se já tiver sido outorgada autorização para lavra, garantida será a indenização ao concessionário, vez que o título que formaliza o ato é passível de apreciação econômica, o que não ocorre com a lavra em si.[2391]

O direito de superfície é o instituto sucedâneo da enfiteuse e, em que pese a existência de algumas diferenças, o núcleo dos institutos é o mesmo – o desmembramento da propriedade mediante a instituição de direito real em favor de terceiro. Por essa razão, dispõe o art. 1.369 do Código Civil que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado e por meio de escritura pública. Havendo desapropriação sobre o imóvel, extingue-se o direito de superfície, sendo indenizados o proprietário e o superficiário no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376, Cód. Civil). No caso de pertencerem integralmente ao superficiário as obras e benfeitorias realizadas no imóvel, a indenização, nessa parte, lhe caberá integralmente.[2392] Por outro lado, inexistindo construção ou plantação, o superficiário será indenizado de forma a considerar-se apenas o direito de utilização do imóvel em plano abstrato, já que concretamente nenhum prejuízo terá sofrido.

4. Juros Moratórios e Compensatórios

4.1. Juros moratórios

Juros moratórios são aqueles devidos pelo expropriante em decorrência da demora no pagamento da indenização. Era de se esperar que, tão logo se encerrasse o processo expropriatório, o expropriante se incumbisse de cumprir, de imediato, seu dever de indenizar o expropriado pela perda da propriedade. Infelizmente, não é o que acontece na prática: em alguns casos, a indenização só é paga após infindáveis anos de espera. Os juros moratórios, é bom não esquecer, correspondem *à pena imposta ao devedor em atraso com o cumprimento da obrigação*.[2393]

O primeiro aspecto a considerar é a da *base de incidência* dessa parcela. Como a obrigação do expropriante é a de pagar ao expropriado a indenização pela transferência da propriedade, a base sobre a qual devem ser calculados os juros moratórios é o *valor da indenização* fixado na sentença, corrigido monetariamente. Nessa parte, por conseguinte, não houve alteração introduzida pela nova legislação expropriatória.

Não obstante, algumas questões sobre outros aspectos dos juros moratórios devem ser examinadas no que tange à matéria dos juros de mora no processo de desapropriação.

Sempre houve grande controvérsia no que toca ao *termo a quo da contagem* dos juros de mora. Uns entendiam que seria o momento da citação para a ação expropriatória, ao passo que outros advogavam que deveria ser a data da imissão na posse ou até mesmo a do laudo técnico. Prevalecia, entretanto, o entendimento, inclusive nos Tribunais Superiores, de que a contagem deveria dar-se a partir do trânsito em julgado da sentença.[2394]

Ocorre que a Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001 (precedida de várias outras e nunca se sabendo se vai ficar como está, ser alterada ou ser suprimida, mas que é aqui mencionada por sua relevância no tema de desapropriação), introduzindo o art. 15-B no Decreto-lei nº 3.365/41, estabeleceu que, nas ações expropriatórias, os juros moratórios devem destinar-se à recomposição da perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na sentença final de mérito, sendo que só serão devidos *"à razão de até seis por cento ao ano, e a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria*

ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição".

A norma merece análise. Primeiramente, o legislador alterou o pensamento dominante quanto ao termo inicial da contagem de juros, *substituindo o trânsito em julgado da sentença pelo primeiro dia do ano subsequente àquele em que a indenização deveria ter sido paga.* O novo critério prejudica injustamente o expropriado, posto que considera a mora em momento bem posterior ao adotado até aqui. Significa dizer que, se a sentença final de mérito transitou em julgado no primeiro semestre de um ano, os juros só serão contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte.[2395] Entretanto, a norma deixou margem à dúvida em duas hipóteses: 1ª) se, tendo a sentença transitado em julgado no primeiro semestre, só no segundo foi apresentado o precatório de pagamento; 2ª) se a sentença transitou no segundo semestre.

A dúvida se justifica em virtude da alusão feita pelo dispositivo ao art. 100 da Constituição. É que se o precatório é apresentado até 1º de julho, o respectivo pagamento deve dar-se até o final do exercício seguinte, ou seja, até o final do ano seguinte, mas, se é apresentado depois dessa data, o pagamento só é devido até o final do segundo ano depois daquele em que foi apresentado o precatório. É o que dispõe o art. 100, § 5º, da Lei Maior (com a redação da EC 62, de 11.12.2009). Assim fica a dúvida sobre se a contagem dos juros moratórios, naquelas hipóteses, se fará a partir de 1º de janeiro do segundo ano posterior àquele em que o pagamento deveria ser feito (em consonância com o sistema de precatórios adotado pelo art. 100, § 5º, da CF) ou se serão eles contados sempre a partir de 1º de janeiro do ano seguinte, seja qual for o momento em que se tenha apresentado o precatório. Em nosso entender, a despeito de ser mais favorável ao expropriado esta última interpretação, os termos do novo dispositivo parecem sugerir a primeira, sobretudo porque o art. 100 da CF, nele mencionado, regula o sistema de *precatórios.* [2396] É que o equívoco do novo critério adotado pelo legislador está na origem, ou seja, nada justificaria tamanho privilégio em favor da Fazenda Pública, na medida em que a ela mesma deveria incumbir o ônus de antecipadamente prever em seus orçamentos as indenizações a serem pagas em caso de desapropriação. Se o fizesse, o critério poderia muito bem continuar o anterior – o trânsito em julgado da sentença – critério, aliás, muito mais justo e consonante com a exigência de justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF.

Não obstante, a Corte Suprema definiu a questão em favor do Estado,

consagrando o entendimento de que, no período a que se refere o art. 100, § 5º, da CF, não incidem juros de mora sobre os precatórios que sejam pagos dentro desse período.[2397] Ao exame do texto constitucional, há de concluir-se que: a) sendo o precatório apresentado até 1º de julho, não haverá juros de mora até 31 de dezembro do exercício seguinte; b) se o for após 1º de julho, não incidirão esses juros até 31 de dezembro do *segundo* exercício subsequente. Todavia, os valores dos precatórios deverão ser devidamente atualizados.

Outra observação que se impõe reside no *cálculo dos juros moratórios*. Tradicionalmente, eram calculados à base do percentual fixo de 6% ao ano, na forma da lei civil, já que a lei expropriatória geral era omissa a respeito.[2398] Ocorre que o referido diploma alterador fez constar surpreendentemente, no art. 15-B, acrescentado ao Decreto-lei nº 3.365, que os juros moratórios *serão devidos à razão de até seis por cento ao ano*. A expressão soa ao absurdo. Que significa calcular os juros *até seis por cento*? Por acaso, indicará que o percentual poderá ser menor? Quem terá o poder jurídico de definir o percentual? Admitindo-se que definidor seja o juiz que fixa a indenização, que critérios adotará para chegar a determinado percentual?

Em nossa opinião, sendo o juiz o responsável pela fixação, o que parece mais razoável, deveria ele sempre adotar o critério fixo previsto no Novo Código Civil, que é atualmente o fundado na taxa empregada para o pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406). Assim pensamos por duas ordens de razão. Em primeiro lugar, porque inexistem critérios para a fixação de percentual diverso, quando se sabe que o fato gerador é sempre o mesmo: a demora no pagamento. Ademais, nenhuma razoabilidade haverá em admitir-se percentual fixo para os casos da lei civil, e um percentual variável de até 6% para a demora de pagamento no caso de desapropriações; a ser assim, maior ônus estaria incidindo sobre aqueles que eram titulares do direito de propriedade, do que sobre os credores civis em geral, estes garantidos pela invariabilidade do percentual.[2399]

Uma última observação deve ser feita. A questão da contagem dos juros moratórios a partir de 1º de janeiro *alcança apenas as pessoas de direito público* (pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas) sujeitas ao sistema de precatórios judiciais. Em consequência, não incide o dispositivo sobre as pessoas de direito privado habilitadas a propor a ação de desapropriação, como é o caso de algumas sociedades de economia mista, empresas públicas e concessionários de serviços

públicos. No que se refere a tais pessoas, o termo *a quo* da contagem dos juros moratórios continua a ser o do trânsito em julgado da sentença, como entende a jurisprudência dominante. É que para elas esse é o efetivo momento a partir do qual a indenização é devida. Sendo assim, é forçoso reconhecer que, ante o novo critério legal de contagem dos juros moratórios, *"fica prejudicada a Súmula nº 70 do STJ no que tange à desapropriação direta (comum) levada a efeito por pessoa de direito público"*.

4.2. Juros Compensatórios

Juros compensatórios são aqueles devidos pelo expropriante a título de compensação pela ocorrência da imissão provisória e antecipada na posse do bem. Tal parcela era calculada à base de 12% ao ano, como havia definido o Supremo Tribunal Federal,[2400] incidindo o percentual sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente, sendo o termo *a quo* o momento em que o expropriante foi imitido na posse do bem, pois que foi aí que houve a primeira perda do proprietário, a qual haveria que ser compensada.[2401]

A Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001 (precedida por várias outras), porém, introduzindo o art. 15-A no Decreto-lei nº 3.365/41, fixou esses juros em *até 6% ao ano* e ainda condicionou seu pagamento à hipótese em que, deferida a imissão provisória na posse, houver divergência entre o valor ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, incidindo nesse caso *sobre o valor da diferença* entre ambos. Tal critério é aplicável tanto para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, quanto para a desapropriação por interesse social, inclusive para fins de reforma agrária. Como se pode verificar, o citado diploma adotou posição contrária à que o STF consagrou na Súmula nº 618.

Submetida a nova regra ao crivo do STF, foi deferida, por maioria, a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da expressão *"de até seis por cento"* contida na norma, fundando-se a decisão na circunstância de que o referido verbete sumular retrata interpretação constitucional do Tribunal no que concerne à garantia da prévia e justa indenização. A minoria suspendia a eficácia apenas do vocábulo *"até"*, advogando o entendimento de que o novo percentual era legítimo, já que a Súmula fora editada em cenário econômico diverso, mas não o era a variação do percentual *(até seis por cento)* de acordo com a maior ou menor utilização do imóvel, regra que ofenderia o princípio da justa indenização.[2402]

Com a devida vênia, parece-nos que mais acertado é o entendimento da douta minoria. Na verdade, nada impede que a nova lei, como ato legislativo normativo, fixe percentual diverso do que era adotado anteriormente. Pode-se até não concordar com o critério do legislador, mas considerar inconstitucional é coisa muito diversa. Já a variabilidade do percentual, sim, é incoerente e ilegítima, como, aliás, já havíamos apontado em edições anteriores desta obra, e, portanto, ofende realmente a garantia da indenização justa.[2403]

A despeito da suspensão cautelar dos efeitos pelo STF, por meio de decisão com eficácia *ex nunc,* proferida em setembro de 2001, a MP 1.577/97 vigorou (com outras e sucessivas MPs) até esse momento. Por tal motivo, o STJ pacificou entendimento com a indicação do percentual dos juros conforme a época da contagem, consignando três hipóteses: a) antes da MP 1.577, de 11.06.97: juros de 12%; b) a partir dessa MP até 13.09.2001, data da decisão do STF: juros de 6%; c) a partir dessa decisão: juros de 12%.[2404]

A base de cálculo dos juros compensatórios, prevista na referida Medida Provisória como sendo a diferença entre o valor ofertado em juízo e o valor fixado na sentença, também foi apreciada pelo STF. Com fundamento no fato de que o expropriado só pode levantar de imediato 80% do preço ofertado, o Tribunal também concedeu a medida liminar, não para suspender a eficácia do dispositivo, mas para que seja dada à sua parte final interpretação conforme a Constituição, no sentido de considerar que a base de cálculo dos juros deve ser a diferença entre o valor correspondente a 80% do preço ofertado e o valor fixado na sentença.[2405] Em consequência, a base de cálculo definida na decisão resultou ampliada em relação à estrita letra do diploma normativo.[2406]

A mesma Medida Provisória, acrescentando os §§ 2º e 10 ao art. 15-A, do Dec.-lei 3.365/41, impôs condições para que o expropriado fizesse jus ao pagamento de juros compensatórios. Primeiramente, consignou que os juros só se destinariam a compensar *perda de renda* comprovadamente sofrida pelo proprietário. Depois, como que reforçando o preceito anterior, assinalou que os juros não seriam devidos quando o imóvel possuísse *graus de utilização da terra* e *de eficiência* na *exploração iguais a zero.* O STF concedeu medida cautelar para a suspensão da eficácia de ambos os parágrafos, fundando-se na aparente violação ao princípio da prévia e justa indenização e na sua própria jurisprudência,[2407] segundo a qual os juros

compensatórios são devidos independentemente de o imóvel desapropriado produzir, ou não, renda.[2408] Por outro lado, releva notar que o proprietário deixou de ganhar com a perda antecipada do bem, além de ter perdido a expectativa de renda, considerando-se que o bem, a qualquer momento, poderia ser aproveitado ou até ser vendido.[2409] Diferente, porém, é a hipótese em que o imóvel seja objeto de limitações administrativas que impeçam sua exploração econômica; nesse caso, não cabem juros compensatórios, porque nada poderia haver para ser compensado e, além do mais, ensejaria enriquecimento ilícito para o proprietário.[2410]

4.3. Cumulatividade

Como os pressupostos são diversos, tem-se que é viável *a cumulatividade dos juros moratórios e compensatórios*. Na verdade, é possível, como, aliás, frequentemente ocorre, que o expropriante se tenha imitido antecipadamente na posse do bem e que se demore a pagar a indenização após o trânsito em julgado. Logicamente o expropriante, nessa hipótese, deverá arcar com o pagamento cumulativo dos juros de mora e dos compensatórios.[2411]

Os juros compensatórios, por sua natureza, praticamente se agregam ao valor indenizatório como um único montante. Por esse motivo, está consagrado o entendimento de que os juros moratórios podem incidir sobre os compensatórios. Nesse sentido, assentou o STJ: *"A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei".*[2412]

A MP nº 2.183-56, de 24/8/2001, ao acrescentar o art. 15-A no Decreto-lei nº 3.365, preceituou no sentido da vedação de cálculo de juros compostos. O sentido de juros compostos consiste no cálculo de juros sobre juros, mas devem eles ser *da mesma natureza*: seriam compostos os juros *de mora* se incidisse o percentual sobre montante constituído pelo capital somado à parcela anterior dos mesmos juros *de mora*. Isso, porém, não é o que ocorre com a cumulatividade de juros moratórios e compensatórios. Quando incidem os juros compensatórios sobre a indenização – cálculo que deve ser o primeiro a ser efetuado –, a soma de tais parcelas corresponde ao *valor real* da indenização, ou seja, ao valor equivalente à perda da propriedade e à perda antecipada da posse. Por isso, nada mais coerente com a exigência constitucional de *indenização justa* do que o cálculo dos juros da mora (que

tem caráter punitivo, como vimos) ter como base de cálculo o valor correspondente à referida soma.

Desse modo, continua inteiramente aplicável, em nosso entender a Súmula nº 102 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Atualização Monetária

Em períodos de processo inflacionário, o valor do bem objeto da desapropriação só adquire foros de mais próxima correspondência se for devidamente atualizado, e isso porque é morosa a ação expropriatória.

Anteriormente, o Decreto-lei nº 3.365/41 dispunha que a atualização monetária só se daria quando decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação (art. 26, § 2º). Há grande controvérsia em torno dessa norma, entendendo-se que foi revogada pela Lei nº 6.899/81, que estabeleceu regras específicas para o cálculo da correção monetária. Para outros, a regra persiste porque não haveria incompatibilidade. Perfilhamos, com a devida vênia, o entendimento de que o art. 26, § 2º, da lei geral expropriatória não mais pode subsistir. Com efeito, admitir que o valor indenizatório fique paralisado por falta de atualização durante o período de um ano, sobretudo quando em fases de aviltamento da moeda, não é considerar a indenização como justa. Ao contrário, o expropriado sofreria perda significativa, o que é totalmente incompatível com os postulados constitucionais sobre a indenização.[2413]

Por outro lado, desnecessário realizar-se nova perícia para atualizar o valor indenizatório já fixado pelo juiz. O STJ já firmou entendimento de que *"a atualização do valor fixado judicialmente se faz com aplicação dos índices oficiais para correção monetária, não se justificando a realização de nova perícia, salvo em situações especiais"*.[2414] De fato, nada justificaria nova perícia: além de ofender o princípio da economia processual e retardar ainda mais o já demorado processo expropriatório, os índices de atualização monetária existem exatamente para isso, ou seja, para ajustar a momento futuro determinado valor fixado no momento atual.

Pode ocorrer que, mesmo feita a atualização monetária, haja demora no pagamento da indenização. Nesse caso, o STF já deixou sedimentado que a correção monetária é devida até o efetivo pagamento da indenização, devendo ser processada nova atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.[2415]

6. Honorários

A regra sobre honorários advocatícios no processo expropriatório está insculpida no art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365, cuja redação sofreu alteração pela já citada MP nº 2.183-56, de 24/8/2001. Nada foi mudado, porém, em relação à base de incidência dos honorários: diversamente do que ocorre nas ações em geral, em que a parcela é calculada sobre o valor da condenação, na desapropriação a base continua sendo o *valor da diferença* entre o *quantum* indenizatório fixado na sentença e o valor da oferta feita pelo expropriante ao início da ação.

O dispositivo se funda no princípio processual do ônus da sucumbência. De fato, se o expropriante oferece certo valor como indenização e a sentença fixa valor mais elevado, é claro que aquele se considera sucumbente *na parcela do valor final fixado que excede o valor ofertado.* Em outras palavras, a sucumbência ocorre em relação à diferença entre a oferta e a definição judicial da indenização.

Assim, para exemplificar, se o expropriante oferece 100 e a sentença fixa a indenização nos mesmos 100, não haverá sucumbência e, em consequência, honorários de advogado. Ao contrário, se oferece 100 e a sentença fixa a indenização em 180, o expropriante sucumbiu na parcela correspondente à diferença entre os valores, ou seja, em 80. Nesse caso, os honorários incidirão exatamente sobre essa diferença, após proceder-se à correção monetária dos valores da oferta e da indenização.[2416] Aliás, é oportuno acrescentar que na base de cálculo dos honorários advocatícios devem ser incluídas as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios, também devidamente corrigidos, como já assentados pelo STJ.[2417]

A nova legislação introduziu duas modificações no aludido dispositivo. Primeiramente, estabeleceu que o percentual dos honorários deve ser *fixado entre meio e cinco por cento* do valor da citada diferença, alterando, por conseguinte, os limites previstos no Código de Processo Civil, que vão de dez a vinte por cento. [2418] A alteração foi notoriamente desajustada, porque, além de desvalorizar o já severo trabalho profissional dos advogados, ainda favoreceu o Estado, permitindo, agora com maior intensidade, que apresente oferta insignificante e desarrazoada pelo bem a ser desapropriado, sem que receba, ao final, o ônus de pagar os honorários sobre importância mais elevada, resultante da diferença entre a oferta e o valor da sentença. Em outras palavras, ao invés de estimular os expropriantes a

oferecerem valor indenizatório mais próximo possível do valor real, a lei passou e incentivar o abuso de poder administrativo.

Para a fixação do percentual, o juiz deverá levar em conta os mesmos fatores de avaliação previstos no CPC, ou seja, o zelo profissional, o lugar em que o serviço é prestado, o tempo gasto na atuação e a natureza e importância do trabalho realizado.[2419]

A outra alteração do dispositivo diz respeito ao *limite máximo de valor* a que podem chegar os honorários, no que a norma anterior era silente. Segundo a nova regra, o valor dos honorários não pode ultrapassar o limite de R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). É prevista, porém, a atualização desse valor no dia 1º de janeiro de cada ano, com base na variação acumulada do IPCA – Índice Preços ao Consumidor Amplo.[2420] A constatação final, assim, é a de que a nova legislação não só reduziu os percentuais a serem aplicados, como o próprio valor dos honorários.

A nova regra limitativa dos honorários se aplica também à hipótese do procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, fundado em interesse social, para fins de reforma agrária. É o que dispõe o novo § 3º, inc. I, do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365, inserido pela MP nº 2.183-56, de 24/8/2001. Segundo esse dispositivo, as restrições quanto a honorários estendem-se também às ações de indenização por desapropriação indireta ou por apossamento administrativo. A aplicação a tais hipóteses, no entanto, tem que ser interpretada de acordo com a natureza da ação. Nelas *não há oferta alguma, e, consequentemente, qualquer diferença* a servir de base para os honorários. Desse modo, a base terá que ser mesmo o *valor da condenação*, de onde se infere que só serão aplicáveis naquelas ações a redução dos percentuais e o valor-limite dos honorários.[2421]

7. Direitos de Terceiros

Dispõe o art. 31 do Decreto-lei nº 3.365 que ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem desapropriado. Sub-rogação é instituto que indica modificação da natureza do direito, vale dizer, o direito de terceiro, no caso, fica substituído pelo direito pecuniário decorrente da indenização. O intuito do legislador foi claro: o poder expropriante tem apenas o dever de pagar

a indenização, mas não deve suportar qualquer limitação em seu propósito de obter a transferência do bem. Sendo assim, uma vez depositado o valor indenizatório, são os próprios interessados que devem disputar suas respectivas parcelas de acordo com a natureza e a dimensão de seus direitos.

No caso de ser o bem sujeito a *hipoteca* ou *penhor*, nenhuma dúvida surgirá. O direito do credor hipotecário ou pignoratício, de natureza real, se sub-roga automaticamente no valor do *quantum* indenizatório correspondente a seu crédito, operando-se, em consequência, o vencimento antecipado da dívida.[2422]

No que se refere ao *usufruto,* direito também real sobre a coisa alheia, previsto no art. 1.390 do Código Civil, há discrepância quanto à solução a ser adotada, por não ter a lei contemplado disciplina a respeito. Tendo em vista que o usufruto não se extingue pela desapropriação, mas apenas altera o objeto de incidência, passando do bem desapropriado para o valor da indenização, alguns autores advogam o entendimento de que proprietário e usufrutuário exercem conjuntamente seus direitos: aquele é o dono do montante indenizatório, ao passo que este percebe os rendimentos oriundos do referido montante.[2423] Outros sustentam que a lei deveria ter previsto que, com a indenização, fosse adquirido outro bem, semelhante ao expropriado, transferindo-se para ele os direitos de usufruto afetados pela desapropriação.[2424] A melhor solução, todavia, parece ser aquela oriunda de ajuste, se possível, entre o proprietário e o usufrutuário, em que o primeiro destinasse ao segundo parte da indenização como compensação pela desapropriação do bem sobre o qual incidia o direito real.

Outra questão relativa a direitos de terceiros diz respeito às *locações*. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desapropriação resolve os contratos de locação. Como não se trata de direito real, não há a sub-rogação do direito do locatário, titular de direito pessoal ou obrigacional, no valor indenizatório. Diante disso, pergunta-se: o locatário faz jus à indenização? Quem deve indenizar? Em caso positivo, qual a via adequada? No que concerne à primeira indagação, a resposta é positiva. Afinal, inexiste norma que exclua a responsabilidade civil do Estado no caso de desapropriação; ao contrário, ao Estado é atribuída responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, CF). Desse modo, provando o locatário que teve prejuízos com a resolução do contrato locatício por força da desapropriação, tem direito a tê-los reparados pelo expropriante. A hipótese é mais comum em

locações de natureza comercial, nas quais o comerciante locatário, em virtude de sua atividade, constitui *fundo de comércio*. Uma vez que o fundo possui valor patrimonial, haverá inevitável prejuízo ao locatário pela rescisão do contrato, e terá ele direito à reparação dos prejuízos.[2425] Quanto à segunda indagação, tem-se que não é o locador o responsável pelo dever indenizatório, mas sim o expropriante, porquanto é a este, e não àquele, que se imputa a causa da cessação do vínculo locatício.[2426] Quanto à via adequada, tem-se que o pedido indenizatório não pode ser formulado nos autos do processo de desapropriação, mas em ação autônoma, já que se trata de matéria alheia à transferência do bem, que constitui o objeto da ação expropriatória.[2427]

Entretanto, pode ocorrer que terceiro ajuíze ação diretamente em face do expropriado, como é o caso, por exemplo, em que postula indenização por benfeitorias. Nesse caso, o foro por onde tramitou a desapropriação atrai a competência para processar e julgar aquela ação, isso porque a indenização abrange o imóvel de forma global. Assim, se a desapropriação correu na Justiça Federal, esta, e não a Justiça Estadual, será a competente para a ação indenizatória, ainda que nos pólos da relação processual esteja ausente a União ou outra entidade federal. [2428]

XIV. Desistência da Desapropriação

Desaparecidos os motivos que provocaram a iniciativa do processo expropriatório, tem o expropriante o poder jurídico de desistir da desapropriação, inclusive no curso da ação judicial.

A desistência, porém, somente é possível se a desapropriação já não se tiver consumado pelo pagamento da indenização; também não será admitida se já tiver havido ao menos pagamento parcial.[2429] O expropriado não pode se opor à desistência, mas terá direito à indenização por todos os prejuízos causados pelo expropriante.[2430] Cabe-lhe, inclusive, arcar com o pagamento dos honorários periciais, no caso de já ter havido prova técnica no processo e a apresentação dos respectivos laudos.[2431]

Será impossível, no entanto, que o expropriante desista da ação se a ocupação do bem a ser desapropriado provocou alterações substanciais, sendo inviável a devolução nas condições anteriores. O STJ, a propósito, já decidiu: *"Constatadas*

substanciais alterações no imóvel objeto da ação expropriatória, tornando impossível a restituição no estado em que se encontrava antes da imissão provisória, não há como se acolher o pedido de desistência apresentado pelo expropriante".[2432]

A desistência pode ser declarada diretamente na ação pelo expropriante, requerendo este a extinção do processo sem resolução do mérito. Pode também instrumentalizar-se através da revogação total ou parcial do decreto expropriatório pelo Poder Público, tendo em vista, de qualquer modo, a ocorrência de fatos supervenientes que afastaram o interesse que o bem inicialmente despertava. A revogação, nesse caso, repercute na ação expropriatória, ensejando, da mesma forma, a extinção do processo sem exame do mérito por falta de interesse do autor em seu desfecho.

Desse modo, podemos afirmar, juntamente com DIÓGENES GASPARINI, que são quatro os requisitos para a desistência:

1) seja ela definida pelo expropriante antes de ultimada a desapropriação;
2) ressarcimento pelo expropriante de todos os danos que causou ao expropriado;
3) ressarcimento das despesas processuais; e
4) devolução do mesmo bem.[2433]

XV. Desapropriação Indireta

1. Sentido

Desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. Observe-se que, a despeito de qualificada como *indireta*, essa forma expropriatória é mais *direta* do que a que decorre da desapropriação regular. Nela, na verdade, o Estado age realmente *manu militari* e, portanto, muito mais *diretamente*. [2434]

Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, como regra, os estudiosos a têm considerado verdadeiro esbulho possessório. Com efeito, esse mecanismo, a despeito de ser reconhecido na doutrina e jurisprudência, e mais recentemente até por ato legislativo, não guarda qualquer relação com os termos em

que a Constituição e a lei permitiram o processo de desapropriação. Primeiramente, porque a indenização não é prévia, como o exige a Lei Maior. Depois, porque o Poder Público não emite, como deveria, a necessária declaração indicativa de seu interesse. Limita-se a apropriar-se do bem e fato consumado! Exemplo comum de desapropriação indireta tem ocorrido com a apropriação de áreas privadas para a abertura de estradas.

Com esse perfil, não é nenhuma surpresa que alguns autores a definam como *esbulho possessório*, ou o *abusivo e irregular apossamento* de bem particular para ingresso no patrimônio público.[2435] Há, inclusive, quem a considere inconstitucional.[2436] Outros doutrinadores não defendem (ao menos expressamente) tais entendimentos.[2437]

Em nosso entender, cuida-se realmente de um instituto odiável e verdadeiramente desrespeitoso para com os proprietários. Além disso, revela-se incompreensível e injustificável ante todo o sistema de prerrogativas conferidas ao Poder Público em geral. Em suma, o Estado não precisaria valer-se dessa modalidade expropriatória se tivesse um mínimo de planejamento em suas ações. Não obstante, a desapropriação indireta tem fundamento em lei – art. 35, do Decr.-lei 3.365/41, como examinaremos adiante – e tem sido aceito desde sua instituição, sem que nunca se houvesse declarado sua inconstitucionalidade. Ao contrário, os Tribunais a reconhecem e têm, inclusive, editado súmulas com referência ao instituto.[2438] Sendo assim, é temerário considerá-la forma de esbulho possessório, já que este se configura indiscutivelmente como ato ilegal. Entretanto, tal sistema deve ser repensado, só sendo admissível esse tipo de apossamento em situações excepcionalíssimas e de caráter irreversível, isto com o escopo de conciliar o interesse administrativo com a garantia constitucional do direito de propriedade.

Uma vez reconhecido e aceito, urge que examinemos seus principais aspectos.

2. Fundamento

Constitui fundamento da desapropriação indireta o art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/41, que dispõe: *"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"*.

Esse dispositivo cuida da hipótese do denominado *fato consumado*. Havendo o

fato *incorporação do bem* ao patrimônio público, mesmo se tiver sido nulo o processo de desapropriação, o proprietário não pode pretender o retorno do bem a seu patrimônio. Ora, se o fato ocorre mesmo que o processo seja nulo, pouca ou nenhuma diferença faz que não tenha havido processo. O que importa, nos dizeres da lei, é que tenha havido a incorporação.

Embora não se revista de toda a legitimidade que seria de se esperar, em se considerando a figura do Poder Público, o certo é que o fato consumado em favor deste acarreta inviabilidade de reversão à situação anterior. Suponha-se, como exemplo, que a União se aproprie de várias áreas e instale diretamente um aeroporto ou um abrigo para treinamento de militares. Concluídas essas realizações, os bens, certa ou erradamente, passaram à categoria de *bens públicos*, vale dizer, foram incorporados definitivamente ao patrimônio federal. Como reverter tal situação, levando em conta que esses bens se destinam ao exercício de uma atividade de interesse público?

Como ficou despojado de seu direito de reaver o bem desapropriado, ao ex-proprietário só resta agir da forma como a lei previu, ou seja, terá que se conformar com a substituição de seu direito de reivindicar a coisa pelo de postular *indenização* em face das perdas e danos causados pelo expropriante.

A perda da propriedade em decorrência da desapropriação indireta rende ensejo, obviamente, à ocorrência de alguns efeitos. Um deles é a cessação do vínculo tributário entre o ex-proprietário e o Poder Público. Desse modo, fica ele desobrigado do pagamento do IPTU a partir do momento em que se efetivou a expropriação.[2439]

Outro efeito reside em que a indenização deve corresponder ao *valor real e atualizado* do imóvel, ainda que este se tenha valorizado em virtude de obra pública, como, por exemplo, a abertura de rodovia ou a revitalização de área urbana. O fundamento está em que a desapropriação não observou o procedimento legítimo para suprimir o direito de propriedade. Por conseguinte, eventual supervalorização do imóvel pela expropriação há de ser compensada pela via tributária adequada – no caso, a contribuição de melhoria, sendo ilegítima a dedução de qualquer parcela indenizatória em virtude do benefício imobiliário.[2440]

3. Proteção Possessória

A desapropriação *indireta* somente se consuma quando o bem se incorpora definitivamente ao patrimônio público. É a incorporação que ocasiona a transferência da propriedade para o Poder Público.

Veja-se, porém, que o citado art. 35 se referiu à incorporação, situação que, como vimos, retrata verdadeiro fato consumado. Esse fato, porém, não tem qualquer relação com a situação jurídica da posse. Esta deve ser inteiramente garantida ao proprietário, porque a ameaça à posse é situação que antecede à incorporação patrimonial prevista na lei.

Com razão, portanto, assinala SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA que, *"mesmo em se tratando do Poder Público, cabe ao prejudicado a* proteção possessória, *seja através da* ação de manutenção de posse, *em caso de turbação; da* ação de reintegração de posse, *no esbulho consumado; ou, ainda, do* interdito proibitório, *na hipótese de justo receio de ser o possuidor direto ou indireto molestado na posse, a fim de impedir a turbação ou esbulho iminente (arts. 499 e 501 do Cód. Civil; arts. 920 e segs. do C.P.Civil".*[2441]

Hipótese assemelhada à desapropriação indireta com a perda da propriedade é aquela em que, na enfiteuse, o enfiteuta perde o domínio útil (e, portanto, a posse) do bem imóvel para o Poder Público, na qualidade de senhorio direto, e este constrói sobre o imóvel, incorporando diretamente a construção. Ou seja: o Poder Público, que tinha somente a nua propriedade, consolida a propriedade assumindo também a posse direta do imóvel. Nesse caso, o antigo enfiteuta, sem ter tido a oportunidade de defender sua posse, fará jus apenas à indenização pelos prejuízos causados, sendo, por conseguinte, inviável pretender a restauração do *statu quo ante.* [2442]

4. Ação do Expropriado

4.1. Caracterização

A lei expropriatória deixou claro que a desapropriação indireta provoca o efeito de permitir ao expropriado postular perdas e danos.

O pedido a ser formulado, portanto, pelo prejudicado é o de *indenização* pelos prejuízos que lhe causou a perda da propriedade. Trata-se, desse modo, de ação que deve seguir o procedimento comum, ordinário ou sumário conforme a hipótese. Há quem denomine a referida demanda de *ação de desapropriação indireta*, mas essa denominação se nos afigura nitidamente imprópria. Na verdade, a desapropriação

indireta é um *fato administrativo* e, como tal, constitui um dos elementos da causa de pedir na ação. O pedido do autor é o de ser indenizado pela perda da propriedade, de modo que sua pretensão deverá ser formalizada por meio de simples *ação de indenização*, cujo fato provocador, este sim, foi a ocorrência da desapropriação indireta.[2443]

A decisão dessa causa em nada afeta o direito de propriedade que tem o Poder Público sobre o bem expropriado. Na qualidade de bem público, sua propriedade tornou-se intangível. A sentença, se for julgada procedente a ação, condenará o Poder Público a indenizar o autor, ex-proprietário, tendo em vista os prejuízos que lhe causou em face da desapropriação indireta. Têm, portanto, conteúdo condenatório a ação e a sentença.

Em relação ao *quantum* indenizatório postulado pelo autor, pode considerar-se que se trata de mero valor estimativo, visto ser impossível calcular o valor exato da indenização. Desse modo, não incide no processo o princípio da vedação de julgamento *ultra petita*, segundo o qual fica vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, que condene o réu em quantidade superior àquela que lhe foi demandada (art. 460, C.P.Civil). Em razão da especificidade da ação, bem como do propósito inarredável de reparar o prejuízo decorrente da perda da propriedade, o que retrata garantia constitucional, é legítimo que a sentença, com base em perícia idônea, condene o Estado à indenização em importância superior à postulada pelo autor. [2444]

4.2. Natureza e Legitimidade para a Ação

Quando a ação tem como objeto pedido condenatório de natureza indenizatória, considera-se que sua qualificação é a de *ação pessoal.* Entretanto, em virtude da situação particular do litígio, no qual o pedido indenizatório se funda na perda da propriedade, a jurisprudência a tem considerado como *ação real,* dela emanando todos os efeitos próprios desse tipo especial de ação.[2445]

A legitimidade ativa e passiva nesse tipo de ação é inversa à da ação de desapropriação. Na ação de indenização por desapropriação indireta o autor é sempre o prejudicado, ex-proprietário, e ré sempre a pessoa de direito público responsável pela incorporação do bem a seu patrimônio. O autor deve ser o proprietário do imóvel, cabendo-lhe provar o domínio, pena de não ser parte

legítima.[2446] Sendo casado o autor, a jurisprudência tem exigido o comparecimento de ambos os cônjuges no pólo ativo da ação, sob pena de ser extinto o processo.[2447]

A circunstância de ser a pretensão do ex-proprietário, na respectiva ação, de natureza indenizatória – somada ao fato de já se ter consumado a perda da propriedade – conduz à *dispensa da intervenção do Ministério Público no processo*, e isso porque na hipótese não incide o art. 82, III, do CPC: na verdade, o interesse que inspira a causa é meramente fazendário e não se revela interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte. Diversamente ocorre na ação de desapropriação direta, na qual, embora também se discuta o valor da indenização, ainda não houve a perda da propriedade, incumbindo, assim, ao representante do Ministério Público a fiscalização do atendimento aos suportes constitucionais que amparam semelhante situação extintiva de direito fundamental.[2448] A dispensa da intervenção ministerial incorre também no caso de desapropriação indireta de imóvel rural, porque: 1º) já houve a perda da propriedade e a pretensão também é indenizatória; 2º) o art. 18, § 2º, da L.C. nº 76/93, impõe a intervenção do MP na ação de desapropriação direta (ou comum) para fins de reforma agrária, que é a ação regulada por aquele diploma.[2449]

Situação interessante é aquela em que o proprietário aliena a terceiro o bem submetido à desapropriação indireta. A jurisprudência tem admitido que, mesmo depois do apossamento realizado pelo Estado, o adquirente tem direito a postular a indenização, já que o alienante lhe transferiu todos os direitos e ações relativos ao imóvel. É, portanto, reconhecida a legitimidade ativa do adquirente nessa hipótese.[2450]

4.3. Foro da Ação

Algumas dúvidas foram levantadas em relação ao foro adequado para a propositura da ação indenizatória por desapropriação indireta.

Entretanto, como tem prevalecido o entendimento de que se trata de ação real, a consequência será, logicamente, considerar como adequado o foro do local do imóvel (*forum rei sitae)*, e não o do domicílio do réu, como seria se a ação fosse considerada pessoal. O STF já se manifestou sobre o tema, indicando que competente é o foro do local do imóvel.[2451]

4.4. Prescrição da Ação (Pretensão)

A qualificação da ação como de natureza real conduz a um outro efeito relevante: o prazo de prescrição para o ajuizamento da ação indenizatória.

Tradicionalmente dominou o entendimento de que a prescrição somente ocorreria no prazo de vinte anos, o mesmo adotado, como regra, para a aquisição do domínio por usucapião, conforme previsão no art. 550 do antigo Código Civil. [2452] Esse entendimento, inclusive, fora consagrado pelo E. Superior Tribunal de Justiça.[2453]

Algumas Medidas Provisórias, entretanto, alterando essa posição, fizeram introduzir parágrafo no art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, fixando, para a hipótese, o mesmo prazo de cinco anos, já há muito adotado em favor da Fazenda Pública para a propositura de ações visando à tutela de direitos pessoais de terceiros, como é o caso da pretensão indenizatória (Decreto nº 20.910/32 e Decreto nº 4.597/42). O novo dispositivo, em consequência, indicava que o legislador pretendia caracterizar o direito indenizatório do expropriado indireto como de *natureza pessoal*, afastando-se, assim, do *caráter real* proclamado pela jurisprudência e doutrina.[2454] Significava dizer que o proprietário teria o prazo de cinco anos para propor ação de indenização em face do Poder Público se imóvel de sua propriedade tivesse sido objeto de desapropriação indireta. Após esse prazo, ocorreria a prescrição de sua pretensão.

Não obstante, o STF, ao argumento de que se afigurava plausível ofensa ao direito de propriedade pela fixação do aludido prazo, suspendeu liminarmente a eficácia do citado dispositivo, com o que ficou restabelecido o entendimento anterior, fundado no instituto do usucapião de bens imóveis.[2455] Constituiu fundamento da decisão o fato de que a redução do prazo prescricional seria inconstitucional por ofender *"a garantia constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro"*, prevista no art. 5º, XXIV, da Lei Maior.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.183-56, de 24.08.2001, procedeu a nova alteração do parágrafo, que, então, passou a conter os seguintes termos: *"Parágrafo único – Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público"*. O novo texto excluiu a desapropriação indireta e o apossamento administrativo, restringindo a hipótese prescricional à pretensão indenizatória por "*restrições decorrentes de atos do Poder Público*".[2456]

Mesmo considerando a natureza genérica da expressão, é possível ao menos concluir que a desapropriação indireta e o apossamento administrativo, por serem fatos que encerram *supressão* da propriedade, e não meramente uma *restrição*, estarão fora do âmbito de aplicabilidade do preceito. São, porém, abrangidos pela norma fatos restritivos geradores de pedido indenizatório, como, por exemplo, as requisições, as ocupações temporárias, as servidões administrativas e outros similares; em relação a esse tipo de pedido, a prescrição da pretensão será quinquenal.

No que se refere ao prazo prescricional, ousamos dissentir, com a devida vênia, do entendimento esposado pela Alta Corte.

Na verdade, o fundamento da prévia e justa indenização em dinheiro não se aplica à desapropriação indireta, mas sim à desapropriação comum, isto é, aquela que segue rigorosamente o procedimento expropriatório, inclusive, como regra, com o conflito de interesses deduzido em processo judicial. A desapropriação indireta, ao contrário, constitui uma ocupação forçada, uma apropriação *manu militari*, da qual usualmente o proprietário sequer tem conhecimento. Desse modo, diversamente do que acontece com a desapropriação regular, na desapropriação indireta o fato em si da incorporação do bem ao patrimônio público, como insinua o art. 35 do Decr.-lei 3.365/41, já tem o condão de acarretar a perda da propriedade em favor do expropriante.

Ora, se assim é, como o reconhece pacificamente a jurisprudência, a única discussão plausível após a desapropriação indireta diz respeito ao valor da indenização a que faz jus o ex-proprietário. Nada há de estranho, portanto, no fato de a lei fixar prazo para que o interessado providencie a tutela de seu direito indenizatório, sob pena de ocorrer a prescrição em virtude de sua inércia. Cuida-se, é fácil constatar, de observância ao consagrado *princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas*, que, ninguém o desconhece, preside, com raríssimas exceções, os sistemas jurídicos modernos.

É compreensível, até mesmo, criticar o dispositivo pelo fato de ter fixado prazo quinquenal para a prescrição. Contudo, essa é uma questão que envolve exercício do poder de legislar: pode não gostar-se da lei, mas outra coisa é tê-la por inconstitucional. Diga-se, aliás, que a prescrição quinquenal em favor do Poder Público já tem consagração normativa há muitos anos (Decreto nº 20.910/32 e

Dec.-lei nº 4.597/42), de modo que nenhuma grande novidade representaria o dispositivo em foco. O que nos parece nitidamente perceptível, porém, é que há total incongruência entre a decisão e o fundamento invocado pela mais alta Corte, ou seja, o parágrafo único do art. 10 (com redação anterior) não poderia ser inconstitucional por violação à garantia da prévia e justa indenização em dinheiro, e isso pela simples razão de que ela não se aplica à desapropriação indireta, esta, e não a desapropriação comum, a única regulada no citado dispositivo.

Diante da decisão do STF, que acabou gerando a alteração do dispositivo, deve continuar prevalecendo, como já antecipamos, o entendimento já pacificado, no sentido de aplicar-se, como prazo prescricional da pretensão do proprietário à indenização, o previsto para a aquisição da propriedade por usucapião, atualmente de quinze anos, como estabelece a regra geral prevista no art. 1.238, do vigente Código Civil.

Por último, há dois aspectos que merecem comentário a respeito do tema em foco.

Sem embargo de uma ou outra dúvida que possa causar o emprego do verbo *"extinguir"*, no que diz respeito à ocorrência de prescrição ou decadência, o certo é que a *mens legis* alvitrou realmente reduzir o prazo para que o titular do direito pleiteie a respectiva indenização nos casos que menciona. Em nosso entender, a hipótese é de prescrição, visto que o titular, em virtude de sua inércia, perde a *pretensão* à indenização devida pelo expropriante; o direito, contudo, subsiste em potencial, embora sem o necessário mecanismo de proteção. Ademais, o sistema de ações contra o Poder Público está fundado no instituto da prescrição. Não custa lembrar que o instituto da prescrição alcança a perda da pretensão, como estabelecido no art. 206, do Código Civil vigente.

Esse prazo prescricional, todavia, pode ser interrompido. Os Tribunais têm decidido que se a entidade pública ocupante do imóvel expede decreto expropriatório está reconhecendo, implicitamente, a titularidade do domínio pelo proprietário. Tal ato administrativo, então, há de provocar a interrupção da prescrição.[2457] Idêntico efeito decorre da circunstância de o Poder Público cobrar tributo do proprietário em virtude da propriedade do imóvel: como o ato também implica o reconhecimento do domínio, interrompe-se o prazo prescricional, pois que, ao fazê-lo, o Estado declara que ocupa o bem sem *animus*

domini.[2458]

4.5. Acréscimos Indenizatórios

Além da indenização em si, que deve espelhar o valor do bem que o Poder Público expropriou, o ex-proprietário tem direito ainda à percepção de juros moratórios e juros compensatórios.

Os *juros moratórios* são devidos quando o Poder Público, que se apropriou do bem privado, não paga tempestivamente ao ex-proprietário a indenização a que este faz jus. A Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001, tanto quanto ocorreu com a desapropriação direta, alterou alguns aspectos sobre juros moratórios também para a desapropriação indireta.

O primeiro deles diz respeito ao *percentual*, que, de acordo com a nova legislação, é de *até 6% ao ano,* e não mais o fixo de 6%, tradicionalmente aplicado para reprimir a *mora solvendi*.[2459] Outra alteração reside no *termo inicial* da contagem dos juros moratórios. Anteriormente, a despeito de alguma controvérsia, predominava o entendimento de que a contagem deveria iniciar-se a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória.[2460] A nova legislação estabelece que o termo *a quo* da contagem é o dia 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado.[2461]

A *base de cálculo* para os referidos juros não sofreu modificação: devem estes incidir sobre o valor da indenização fixado na sentença condenatória. Em nosso entendimento, é aplicável também aqui o enunciado contido na Súmula 102 do STJ, em ordem a considerar que os juros moratórios devem incidir sobre o valor da indenização pela perda da propriedade somado ao valor dos juros compensatórios. [2462]

Observa-se, assim, que as alterações pertinentes ao percentual e ao termo inicial da contagem dos juros moratórios alcançou tanto a desapropriação direta quanto a indireta. No que respeita, entretanto, à segunda alteração, há uma pequena diferença: na desapropriação direta, como vimos anteriormente, o novo critério do início da contagem não alcança as pessoas privadas que, nos termos do art. 3º do Decreto-lei nº 3.365/41, tenham aptidão legal ou contratual para ajuizar a ação expropriatória, mas apenas as pessoas públicas, porque só elas se sujeitam ao sistema de precatórios previsto no art. 100 da CF, referido no novo dispositivo. O

novo critério, assim, nem sempre será aplicado. No caso da desapropriação indireta, porém, o termo inicial dos juros moratórios *sempre deverá adotar o novo critério*, sabido que esse tipo de ação administrativa só pode ser implementado por pessoas públicas.

Os *juros compensatórios* também são devidos na desapropriação indireta, porquanto através dela o Poder Público ocupou o bem privado sem observar a exigência de prévia indenização. O percentual anteriormente adotado era de 12% ao ano, conforme entendimento já pacificado,[2463] mas, assim como ocorreu com a desapropriação direta, a nova legislação fixou o percentual em *até 6% ao ano*.[2464] Como registramos, o STF suspendeu a eficácia do dispositivo, retornando, por conseguinte, o percentual de 12%.[2465]

A lei determinou, ainda, a aplicação, na desapropriação indireta, da nova condição imposta no que concerne à *utilização do bem*, ou seja, os juros compensatórios só poderiam ser pagos para compensar a perda de renda sofrida pelo ex-proprietário e não seriam devidos se o imóvel desapropriado possuísse graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.[2466] Desse modo, as áreas desocupadas, sem fins econômicos para o proprietário, não mais gerariam direito à percepção de juros compensatórios, diversamente da posição que anteriormente predominava. Já informamos anteriormente, porém, a propósito da desapropriação direta, que o STF suspendeu a eficácia do dispositivo limitador. [2467]

Incidem os juros compensatórios, na desapropriação indireta, sobre o *valor da indenização* corrigido monetariamente, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.[2468] Neste ponto há real diferença entre os dois tipos de desapropriação, quanto a essa modalidade de juros. Na desapropriação indireta, a base de cálculo, diferentemente do que passou a ocorrer com a desapropriação direta, é o valor efetivo da indenização fixado na decisão judicial condenatória. Não se pode aplicar aqui o critério adotado para a desapropriação direta, segundo o qual se considera como base de cálculo a diferença entre o valor da indenização e o da oferta do expropriante. A razão é simples: na desapropriação indireta *nenhuma oferta é apresentada:* o expropriante simplesmente ocupa o bem e o incorpora a seu acervo. Assim, inexistente qualquer diferença, a base de incidência dos juros não poderá ser outra senão a que corresponde ao valor indenizatório fixado na sentença.[2469]

O *termo inicial* da contagem dos juros compensatórios deve consumar-se no momento da *efetiva ocupação* do imóvel pelo expropriante, pois que nesse momento o bem foi efetivamente transferido. Sendo assim, esse deve ser o termo *a quo* que se deve considerar para iniciar a contagem: na verdade, foi nesse momento que teve início a perda do ex-proprietário, suscetível de ser compensada pela referida parcela. [2470]

Registre-se, contudo, que, nas ações de indenização, tanto no caso de desapropriação indireta quanto no de apossamento administrativo, o Poder Público não poderá ser onerado pelo pagamento de juros compensatórios correspondentes a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação. Esse novo mandamento encontra-se no § 4º do art. 15-A do Decreto-lei nº 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001, e tem por objetivo conferir àquela modalidade de juros o caráter de efetiva *compensação* ao expropriado, o que não sucederia se alcançassem período anterior à efetiva posse ou aquisição da propriedade, em relação ao qual nada haveria que compensar em favor daquele.[2471]

Quanto aos honorários advocatícios, há entendimento no sentido de que incidiriam os parâmetros fixados no art. 27, § 1º, do Decr.-lei nº 3.365/41, com a redação da MP nº 2.183-56/2001, que, como vimos, estabelece que a dita parcela deve situar-se entre meio e cinco por cento sobre o valor da diferença entre a indenização fixada na sentença e o preço oferecido pelo expropriante.[2472] Com a devida vênia, ousamos dissentir desse entendimento. Os parâmetros fixados no dispositivo só se aplicam à ação de desapropriação, mas não à ação de indenização, que é a via idônea para a tutela do direito do ex-proprietário no caso da desapropriação indireta. Tanto é assim, aliás, que a base de cálculo para os honorários, acima mencionada, é inteiramente imprópria ao processo de desapropriação indireta, visto que nesta inocorre qualquer oferta de preço. Na ausência de menção a esse tipo de desapropriação naquele dispositivo, que é lei especial sobre a matéria, devem incidir normalmente os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (entre 10 e 20% sobre o valor da condenação), que é a lei geral no que toca à fixação de honorários advocatícios.

4.6. Despesas Processuais

Segundo dispõe o art. 19 do Código de Processo Civil, cabe às partes, em linha de princípio, arcar com as despesas relativas aos atos que realizam ou requerem no processo e antecipar-lhes o pagamento. Por outro lado, compete ao autor adiantar as despesas concernentes a atos a serem praticados por ordem judicial, seja por determinação *ex officio*, seja por pedido do Ministério Público (art. 19, § 2º, CPC).

Como na hipótese de desapropriação indireta é o expropriado que formula a pretensão, promovendo a competente ação de indenização, a ele, como autor da ação, se aplicam as referidas normas processuais.

Quanto à prova pericial, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito é da parte que houver requerido o exame, mas, no caso de ser requerido por ambas as partes ou determinado pelo juiz, cabe ao autor o pagamento. O assistente técnico será remunerado pela parte que o houver indicado.[2473]

Tendo em vista, porém, a natureza da controvérsia, em que o autor foi o grande prejudicado pela perda da propriedade e o réu, aquele que transgrediu o sistema expropriatório pela inobservância do regular procedimento legal, tem havido o entendimento – irreparável em nosso entender – de que cabe ao expropriante-réu a antecipação do pagamento dos honorários periciais, como forma de não premiar o ilícito e para não agravar o pesado ônus já sofrido pelo autor. [2474]

O entendimento, sobre ser inovador, guarda total congruência com os mais comezinhos princípios de justiça e, de algum modo, serve para inibir esse tipo de desapropriação *manu militari*.

5. Apossamento Administrativo

Apossamento administrativo é o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse efetiva de determinado bem.[2475] Guarda semelhança com a desapropriação indireta, mas, enquanto esta atinge o direito do proprietário, acarretando a perda direta do próprio domínio em virtude da ocupação do bem pelo Estado, no apossamento administrativo a ação estatal investe mais diretamente contra o indivíduo que tem a posse sobre determinado bem, geralmente imóvel. Por esse motivo, somente se consuma o apossamento quando o possuidor não teve como evitar a turbação e o esbulho através dos mecanismos de proteção

possessória, como examinamos anteriormente.

Essa forma de ação estatal tem o mesmo caráter de definitividade da desapropriação indireta, já que o Poder Público, ao assumir a posse, deverá utilizar o bem objeto do apossamento com permanência, isto é, a atividade administrativa exercida sobre o bem, necessariamente inspirada por fim de interesse público, deve caracterizar-se como contínua e duradoura. Havendo desvio de poder, é cabível a pretensão de desalojamento do poder estatal, eis que se afigura inconcebível perante o direito a legitimação de atividade plasmada em objetivo que retrate violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

O apossamento administrativo pode implicar, simultaneamente, a desapropriação indireta do bem: nesse caso, haverá a perda da propriedade juntamente com a da posse, sejam os mesmos ou diversos os titulares dos respectivos direitos. Poderá, contudo, ocorrer, embora mais raramente, apenas o apossamento sem a perda da propriedade.[2476]

O efeito do apossamento administrativo é idêntico ao da desapropriação indireta: consumado o fato, o titular da posse faz jus à indenização correspondente à perda de seu direito. Aliás, o STJ já decidiu que o possuidor, mesmo sem titularidade do domínio, *tem legitimidade ad causam para postular a indenização do seu patrimônio pelo apossamento administrativo ilícito.*[2477] Quanto aos acréscimos legais e cálculo de honorários, aplicam-se as mesmas regras incidentes sobre a desapropriação indireta, já que a legislação se refere expressamente ao apossamento administrativo e à ação de indenização dele decorrente.[2478]

XVI. Direito de Extensão

1. Sentido

Direito de extensão é o direito do expropriado de exigir que a desapropriação e a indenização alcancem a totalidade do bem, quando o remanescente resultar esvaziado de seu conteúdo econômico.

A desapropriação pode ser *total* ou *parcial,* conforme envolva total ou parcialmente o bem a ser desapropriado. O exercício do direito de extensão se dá no caso da desapropriação parcial, quando a parte que excede àquela que pretende o expropriante fica prática ou efetivamente inútil e inservível.

Para evitar a situação de permanecer com a propriedade apenas dessa parte inócua, o expropriado requer que a desapropriação e, por conseguinte, a indenização a ela se estenda, transformando-se então a desapropriação de parcial para total.

2. Fundamento

O *fundamento jurídico* do direito de extensão merece duas abordagens. A primeira reside em que a desapropriação parcial, deixando para o expropriado uma parte do bem que se torna desprovida de conteúdo econômico, acaba por traduzir uma verdadeira desapropriação total, só que sem o pagamento indenizatório da parte remanescente. E essa parte remanescente, embora sofra o esvaziamento do conteúdo econômico se tomada isoladamente, terá como merecer avaliação patrimonial, às vezes até significativa, se tomada em conjunto com a parte desapropriada. Em última instância, admitir que o expropriado permaneça com esse remanescente inócuo é o mesmo que proceder a uma desapropriação indireta desse remanescente, sem o pagamento de indenização.[2479]

Por outro lado, considera-se que a desapropriação constitui um direito do expropriante contemplado na Constituição. Esta, todavia, não permite o abuso desse direito. Seria claramente abusiva a desapropriação que deixasse para o expropriado parte de sua propriedade que, isoladamente, nada representasse no mundo econômico. Daí assegurar-se ao prejudicado o direito de extensão.

Vejamos agora a questão dos *fundamentos normativos* do direito de extensão.

Há alguns autores que sustentam não existir o direito de extensão no quadro normativo concernente à desapropriação, e isso porque nem o Decreto-lei nº 3.365/41 nem a Lei nº 4.132/62 fizeram qualquer referência ao aludido direito. [2480] Segundo esses autores, a área remanescente poderia ser indenizada a título de compensação, não como resultado do direito de extensão.

Pensamos, contudo, que a melhor interpretação é aquela no sentido de que continua em vigor o direito de extensão. No antigo Decreto federal nº 4.956, de 1903, que regulava a matéria expropriatória, esse direito tinha expressa previsão (art. 12). A lei em vigor, no entanto – o Decreto-lei nº 3.365/41 –, nenhuma referência fez ao direito de extensão. Ocorre que este diploma determinou apenas a revogação das disposições em contrário (art. 43), não revogando expressamente o Decreto nº

4.956/1903. Por outro lado, não há qualquer disposição que guarde incompatibilidade com o antigo decreto no que diz respeito ao direito de extensão. Conclui-se, portanto, que inocorreu revogação expressa ou tácita e, desse modo, é de se admitir que continue em vigor o dispositivo da lei antiga que previa o referido direito.[2481]

Acresce, ainda, que, após a edição do Decreto-lei nº 3.365/41, outras leis previram expressamente o direito de extensão. É o caso, por exemplo, da Lei nº 4.504/64 (art. 19, § 1º), que dispunha sobre reforma agrária. Atualmente, a Lei Complementar nº 76/93, que dispõe sobre o procedimento sumário da desapropriação para fins de reforma agrária, contempla expressamente o direito de extensão. Com efeito, dispõe o art. 4º:

> *"Intentada a desapropriação parcial, o proprietário poderá requerer, na contestação, 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".*

Essas leis mais novas demonstram, à evidência, que o legislador nunca quis banir o direito de extensão do ordenamento jurídico. Ao contrário, restabeleceu-o expressamente em outras leis como que para indicar que em todos os casos de desapropriação, e presentes os mesmos pressupostos, é assegurado ao proprietário usar de seu direito de extensão.

3. Outros Aspectos

3.1. Admissibilidade

O direito de extensão foi instituído e admitido para a desapropriação normal, isto é, aquela que, observando os requisitos constitucionais e legais, tem o seu procedimento iniciado pela declaração de utilidade pública ou de interesse social.

Não é inviável, porém, que o Estado proceda à desapropriação indireta de área privada, deixando para o proprietário uma área remanescente inservível. A indagação consiste em saber se nesse caso também tem o ex-proprietário o direito de extensão.

Em nosso entendimento, a resposta é positiva, porque idêntico é o fundamento apontado para o mesmo direito de extensão no caso da desapropriação normal, ou seja, haveria a perda indireta da propriedade sem a correspondente indenização.[2482] A única diferença é a forma pela qual vai ser formulado o pedido, e isso porque, é óbvio, têm perfil diverso as ações judiciais relativas à desapropriação normal e à desapropriação indireta, como chegamos a verificar anteriormente. Veremos adiante a forma do exercício do direito.

3.2. Oportunidade do Exercício do Direito

Precisamos aqui distinguir os dois tipos de desapropriação.

No que se refere à desapropriação normal, o pedido de extensão é formulado na via administrativa, quando há a perspectiva de acordo, ou na via judicial, neste caso por ocasião da contestação. O réu, impugnando o valor ofertado pelo expropriante, apresenta outra avaliação do bem, considerando a sua integralidade, e não a sua parcialidade, como pretendia o autor. O juiz, se reconhecer presentes os elementos do direito, fixará a indenização correspondente à integralidade do bem. Resulta daí que é o bem, da mesma forma em sua integralidade, que se transferirá ao patrimônio do expropriante.

Entendem alguns autores que, perdidas essas oportunidades, considera-se como tendo o proprietário renunciado a seu direito, nada mais podendo reclamar a respeito.[2483] Discordamos, *data venia,* desse entendimento. Se o fundamento do direito de extensão é a inviabilidade da perda indireta da propriedade sem a correspondente indenização, não se pode simplesmente considerar a ocorrência de renúncia do direito. A inação não significa renúncia. Desse modo, ainda que não exercido o direito nesses momentos, tem o prejudicado ação de indenização contra o expropriante para lhe ser restaurado o direito atingido pela desapropriação parcial, a menos que, como é óbvio, já se tenha consumado a prescrição. Poder-se-á dizer, assim, que foi exercido *indiretamente* o direito de extensão. Essa nos parece a melhor forma de compatibilizar a perda da propriedade com as garantias constitucionais ao proprietário.

Em relação à desapropriação indireta, será diferente a forma pela qual se exerce o direito de extensão. Como o interessado já perdeu a propriedade diante do fato consumado da incorporação do bem ao patrimônio público, deve formular o

pedido de extensão ao momento em que propõe a ação indenizatória contra o expropriante. Nessa ocasião, requererá a condenação do réu ao pagamento de indenização que cubra não apenas a parte efetivamente expropriada, como também a que permaneceu como remanescente inaproveitável. Entretanto, nada impede que formule o pedido em ação diversa, desde que não tenha decorrido tempo suficiente para acarretar a sua prescrição.

XVII. Retrocessão

1. Noção Jurídica

O antigo Código Civil apontava a noção jurídica da retrocessão no art. 1.150. Segundo esse dispositivo, a União, os Estados e os Municípios poderiam oferecer ao ex-proprietário o imóvel desapropriado pelo preço pago a título de indenização, caso não tivesse o destino para o qual fora desapropriado.

O Código vigente manteve a estrutura básica do instituto, embora tenha introduzido alterações que o tornaram mais claro e atual. Dispõe o art. 519 do Cód. Civil: *"Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa".*

A estrutura da retrocessão é de singela percepção. O Poder Público procede à desapropriação e ultima o respectivo processo, pagando a devida indenização. Introduzido o bem no patrimônio público, o expropriante não concretiza a destinação do bem na forma como se havia manifestado anteriormente, inclusive através da expressa referência a essa destinação no decreto expropriatório. A hipótese, portanto, demonstra *desinteresse superveniente* do Poder Público pelo bem que desapropriou, ou, se se preferir, pela finalidade a que se destinava a desapropriação.

É essa situação que gera a retrocessão, pois que o expropriante passa a ter a obrigação de oferecer ao ex-proprietário o bem desapropriado, reembolsando-se do valor que pagou a este a título de indenização. Em outras palavras: o expropriante devolve o bem, e o expropriado devolve o valor indenizatório devidameante atualizado. Com isso, o expropriado readquire o bem que lhe havia sido desapropriado. Essa é a fisionomia do instituto da *retrocessão.*

A inovação mais significativa trazida pelo novo dispositivo foi o acréscimo de mais um suporte fático para a configuração do instituto. Diante do texto, são dois esses suportes: 1º) o bem não ter o destino para o qual foi desapropriado; 2º) o bem não ser utilizado em obras ou serviços públicos. No Código revogado, fazia-se menção apenas ao primeiro suporte. Consequentemente, tais pressupostos devem ser interpretados de forma conjugada: não basta que o bem desapropriado não tenha o destino anteriormente projetado; cumpre que, além disso, não tenha utilização para obras ou serviços públicos. Significa dizer que, ainda que a finalidade não seja rigorosamente a que fora planejada antes, poderá o bem expropriado ser utilizado para fins públicos – obras e serviços –, sucedendo, então, o que a doutrina convencionou denominar de *tredestinação lícita*, vale dizer, alteração da finalidade inicial para outra finalidade pública – entendimento, diga-se de passagem, já há muito adotado por juristas e tribunais.

A atualização da norma reside na exclusão da referência feita pelo Código revogado às pessoas obrigadas à retrocessão: a União, os Estados e os Municípios. Ausente agora a menção, o que nos parece densamente razoável e condizente com os tempos modernos, é de entender-se que todo aquele que, por lei, tiver aptidão jurídica para promover desapropriação estará sujeito à retrocessão no caso de estarem presentes os pressupostos de sua consumação.

Por último, registre-se que o novo dispositivo alude a todos os tipos de desapropriação – necessidade ou utilidade pública, ou interesse social. Conclui-se, portanto, ser sujeita à retrocessão qualquer modalidade da desapropriação.

2. Natureza do Direito

Lavra funda controvérsia sobre a natureza da retrocessão. Para alguns especialistas, a retrocessão constitui um direito real, oponível *erga omnes,* ao passo que para outros tem natureza de direito pessoal, cabendo ao ex-proprietário apenas o direito à indenização pelos prejuízos causados pelo expropriante.

Para os que advogam a tese de que se trata de *direito real*, o argumento é o de que a Constituição só autoriza a desapropriação se houver os pressupostos nela estabelecidos, todos eles sempre retratando a futura execução de atividade de interesse público. Ora, se o Poder Público *desiste* da desapropriação (*rectius:* desiste *dos fins* a que se destinava a desapropriação), tem o proprietário o direito real de

reivindicar a propriedade do bem. Por isso, a aquisição da propriedade pela desapropriação tem caráter resolúvel: não atingido o fim colimado pelo Poder Público, resolve-se a aquisição e reingressa o bem no patrimônio do ex-proprietário. [2484] Há também algumas decisões judiciais que consideraram o direito como real.[2485]

A outra corrente doutrinária e jurisprudencial é a que considera a retrocessão como *direito pessoal*. Aliás, embora se costume empregar essa expressão, a verdade é que, adotando maior precisão, essa doutrina entende que o instituto da retrocessão não existe no ordenamento jurídico; o que existe é o direito pessoal do expropriado de postular indenização. Significa que, mesmo havendo desistência da desapropriação e até mesmo alienado o bem a terceiro, só caberia ao ex-proprietário o direito indenizatório, mas não o de reaver o bem, ou, o que é a mesma coisa, não o direito à retrocessão. O argumento mais poderoso dessa corrente de pensamento está na própria posição do art. 519 do Código Civil. Situa-se o dispositivo no capítulo relativo à preempção ou preferência, matéria típica do direito obrigacional, que se resolve em perdas e danos, numa evidente demonstração de que disciplinam direitos pessoais.

O outro argumento provém do já mencionado art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/41. Ao estatuir que o ex-proprietário perde seu direito de reivindicar o bem, ainda que nulo seja o processo de desapropriação, a lei considera definitivamente incorporado o bem ao patrimônio público. Desse modo, o ex-proprietário não poderia ter o direito real de reaver a coisa, mas apenas o direito pessoal de pleitear indenização, provando que sofreu prejuízo com a superveniente desistência do Poder Público, de dar a devida destinação ao bem desapropriado.[2486] Da mesma forma que mencionamos anteriormente, também há várias decisões que adotaram essa corrente de entendimento.[2487]

A nosso ver, o direito é pessoal, conclusão a que temos que curvar-nos em virtude da legislação atualmente vigorante. Entretanto, conviria que, *de lege ferenda,* viesse a se caracterizar como real. De fato, se o próprio Estado desiste do que pretendia, deve restituir as coisas ao estado anterior, obrigando-se a devolver o bem a seu antigo proprietário. Este, constatada a desistência, teria direito real contra o Estado, sendo-lhe viável reaver a coisa do poder de quem indevidamente a detivesse. A vigente legislação, contudo, não permite extrair essa conclusão, com a

devida vênia daqueles que pensam em contrário. Aliás, já há atualmente posições respeitáveis que entendem deva ser atenuada a fórmula do direito pessoal, estabelecendo algumas limitações para que o Estado oponha essa caracterização do direito.[2488] Indiscutível, porém, é que ambas as posições básicas são suscetíveis a críticas.[2489]

A doutrina faz referência a uma terceira corrente, segundo a qual se sustenta ser a 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".*[2490] Entende a reconhecida publicista que, se o bem já tiver sofrido profundas alterações ou se tiver sido transferido a terceiros, dificultando a devolução, caberia ao ex-proprietário apenas o pedido indenizatório. Em nossa opinião, porém, o pensamento da autora, com a distinção que faz, acaba por desaguar na corrente que sustenta ser a retrocessão um direito pessoal.

Em virtude de tal controvérsia, acabou por revelar-se também polêmica a natureza da *ação* promovida pelo ex-proprietário. Para aqueles que advogam o entendimento de que a retrocessão importa direito real, a pretensão do interessado será deduzida em *ação de natureza real.*[2491] Caso se entenda ser pessoal o direito, tratar-se-á de *ação de natureza pessoal.* A distinção tem importância para o caso da prescrição. No primeiro caso, incidirá o prazo geral de prescrição previsto no art. 205 do Código Civil (10 anos);[2492] no segundo, como a pretensão é indenizatória (e, pois, de reparação civil), aplicar-se-á o art. 206, § 3º, V, do mesmo Código, que fixa o prazo de 3 anos.[2493]

3. Aspectos Especiais

3.1. Tredestinação

Tredestinação significa *destinação desconforme com o plano inicialmente previsto.* A retrocessão se relaciona com a tredestinação *ilícita,* qual seja, aquela pela qual o Estado, desistindo dos fins da desapropriação, transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização. Esses aspectos denotam realmente a desistência da desapropriação.

Na verdade, é fácil perceber que, se o Poder Público não utiliza o bem desapropriado para o fim a que se comprometeu à época da declaração de utilidade

pública, comete fatalmente *desvio de finalidade,* tornando ilegítima a desapropriação. Em hipótese interessante decidida pela Tribunal de Justiça do Paraná, foi desapropriada certa área para ampliação de distrito industrial, mas o expropriante, ao invés de implementar o fim administrativo, deu permissão provisória a que certa empresa utilizasse a área, tendo esta chegado ao ápice de vendê-la a terceiro. O certo é que, ao fim de quatro anos, não só não havia sido estendido o distrito industrial, como ainda a área se havia transformado em depósito de lixo, fato que evidenciava, em última análise, a desistência da desapropriação em virtude da ocorrência de fatos incompatíveis com o anterior objetivo do expropriante e insofismável *tredestinação ilícita.* Na decisão, o Tribunal, a nosso ver irrepreensivelmente, julgou procedente a ação do ex-proprietário *"para decretar a nulidade do ato de desapropriação, reintegrar os autores na posse do imóvel e condenar o réu a indenizar lucros cessantes".*[2494]

Não obstante, há uma tredestinação *lícita,* aquela que ocorre quando, *persistindo o interesse público,* o expropriante dispense ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início. É o caso, por exemplo, em que a desapropriação se destinava à construção de um posto de assistência médica, e o Estado decide construir um estabelecimento de ensino. Nesse caso, o *motivo* expropriatório continua revestido de interesse público, tendo-se alterado apenas um aspecto específico situado dentro desse mesmo interesse público.[2495] Nenhuma ilicitude há, por conseguinte, na hipótese. O novo Código Civil, como já vimos, incluiu expressamente a hipótese no art. 519, demonstrando que não haverá ilicitude se no bem desapropriado houver utilização em obras ou serviços públicos, o que significa dizer em outras palavras que será lícita a tredestinação se o uso do bem estiver adequado a alguma finalidade pública.[2496]

Há hipóteses legais em que é vedada a tredestinação. Foram elas introduzidas no direito positivo em virtude do interesse público prevalente que inspirou o objetivo da desapropriação. É o que ocorre com o art. 5º, § 3º, do Decreto-lei nº 3.365/41, introduzido pela Lei nº 9.785, de 29/1/1999. Assim, se o imóvel for desapropriado para *implantação de parcelamento popular*, *destinado a classes de menor renda*, não poderá haver qualquer outra utilização, *nem haverá retrocessão*. A nova regra enuncia que será inviável juridicamente a tredestinação quando se tratar de desapropriação com tal finalidade. De outro lado, tratando-se de lei nova, já se

havia processado a derrogação do art. 1.150 do Código anterior, no que se refere à aludida desapropriação. O advento do art. 519 do Código ora em vigor, por sua vez, não afetou a referida norma, já que a lei nova, que enuncia normas gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.[2497] Portanto, mesmo diante do novo Código, subsistirá aquela impossibilidade jurídica de retrocessão.

3.2. Demora na Utilização do Bem

Tem havido algumas controvérsias sobre a questão da não utilização do bem pelo expropriante. Segundo alguns, se o Poder Público não utilizasse o bem no prazo de cinco anos, presumir-se-ia ter havido a desistência, gerando para o ex-proprietário, em consequência, o direito à retrocessão. O prazo nesse caso seria adotado de forma analógica ao que dispõe o art. 10 da lei geral, pelo qual se consuma a caducidade do decreto expropriatório se a desapropriação não for efetivada em cinco anos.

Outro entendimento é o de que inexiste essa presunção de desistência, já que a lei nada estabelece a respeito de prazo para a implementação do fim expropriatório. É o melhor enfoque, a nosso ver. De fato, a só inação do expropriante não significa, por si só, que tenha desistido da desapropriação. A desistência, como vimos, tem que estar plenamente caracterizada, ou seja, é preciso que a situação fática demonstre claramente que o expropriante não mais deseja destinar o bem a um fim público. E isso, é lógico, nem sempre decorre do fato de não se ter deflagrado a execução dos objetivos planejados.

Adotando esse entendimento, decidiu o TJ-MG que *"a simples não utilização do terreno em cinco anos contados do decreto que o declarou de utilidade pública não gera ao expropriado o direito de retrocessão, uma vez que esta só é justificável quando o expropriante demonstra, inequivocamente, a sua intenção de não se utilizar do terreno expropriado, o que somente se dá pela sua alheação, venda ou doação a terceiro".[2498]*

3.3. Prescrição

Sendo direito de natureza pessoal, a prescrição da ação respectiva deve consumar-se no prazo de cinco anos, como estabelece Decreto nº 20.910/32, que consignou a prescrição quinquenal a favor do Estado.

Não compartilhamos do entendimento de que a prescrição deve ser a estabelecida para os direitos reais, ou seja, 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes, como estabelecia o art. 177 do Código Civil revogado, porque, a não ser assim, *"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"*. [2499] Parece-nos, com a devida vênia, que não há falar em usucapião na hipótese, porque a retrocessão pressupõe que esteja finalizada a desapropriação e, com esta, se consuma a transferência da propriedade. O usucapião só seria admissível se se tratasse de posse conversível em propriedade.

Outro ponto que pode suscitar alguma dúvida é o que concerne à contagem do prazo prescricional. De acordo com o art. 189 do vigente Código Civil, o nascimento da pretensão a ser deduzida pelo titular do direito ocorre quando este sofre a violação. No caso em foco, a violação do direito sucederá no momento em que o Poder Público se definir a respeito da desistência, ou seja, quando estiver demonstrado seu desinteresse na consecução dos objetivos da desapropriação. Esse é também o momento em que nasce para o ex-proprietário o direito à retrocessão. Sendo assim, é a partir desse momento que deve ser contado o prazo quinquenal de prescrição, e não, como erroneamente supõem alguns, a contar do encerramento da desapropriação.

3.4. Alienação por Acordo

Como vimos anteriormente, é possível que, antes da ação judicial, o Poder Público e o proprietário cheguem a acordo quanto ao preço do bem sobre o qual aquele tem interesse. Nesse caso, as partes celebram verdadeiro contrato de compra e venda, muito embora denominado por muitos de *desapropriação amigável*.

Se a alienação do bem se tiver consumado através desse negócio jurídico bilateral e amigável, não tem o particular direito à indenização no caso de o Poder Público ter destinado o bem a fim diverso do que pretendia. O acordo, na hipótese, supre o caráter de coercitividade que reveste a desapropriação, prevalecendo a natureza negocial e livre do contrato.[2500]

XVIII. Desapropriação Rural

1. Introdução

Na expressão *desapropriação rural* deve levar-se em consideração a desapropriação que tenha por objetivo transferir para o Poder Público imóvel qualificado como *rural*. Excluem-se, pois, dessa classificação os imóveis que se configuram como *urbanos*, suscetíveis de outras modalidades expropriatórias.

Por outro lado, é de se considerar que o sentido da expressão é amplo e admite mais de um objetivo. O Poder Público tem a prerrogativa de proceder à desapropriação rural quando o imóvel não está atendendo à função social rural (art. 186, CF), mas o objetivo do expropriante pode voltar-se tanto para fins de reforma agrária, como para qualquer outro fim compatível com a política agrícola e fundiária. É verdade que a regra é aquele objetivo, mas nada impede (porque a Constituição não proíbe) que o Poder Público persiga a conquista de outras situações que não a reforma agrária, desde que, é óbvio, compatibilize o uso do imóvel com a função social rural.

Qualquer que seja o objetivo da desapropriação rural, normal é que se enquadre na modalidade de desapropriação *por interesse social*, situação fático-jurídica constitutiva de um dos fundamentos do poder expropriatório do Estado (art. 5º, XXIV, CF).

A desapropriação rural, em sede constitucional, está regulada entre os arts. 184 a 186 da CF. Foi regulamentada pela Lei nº 8.629, de 25/2/1993, no que toca aos aspectos substantivos do quadro constitucional,[2501] e o processo judicial de desapropriação é disciplinado pela Lei Complementar nº 76, de 6/7/1993, que sofreu algumas alterações pela Lei Complementar nº 88, de 23/12/1996.

2. Aspectos Especiais

2.1. Competência

A competência para a desapropriação rural por interesse social é exclusiva da União Federal;[2502] em consequência, Estados, Distrito Federal e Municípios estão alijados dessa prerrogativa expropriatória específica.

A razão dessa exclusividade consiste em que a matéria rural abrange todo o território brasileiro e ostenta interesse de caráter nacional. O interesse público a ser protegido extrapola o âmbito estadual, distrital e municipal. Não é por outra razão que a Constituição conferiu também à União competência para legislar sobre direito agrário.[2503]

2.2. Função Social Rural

Como a propriedade, modernamente, constitui direito relativo e condicionado, é necessário que, quando se qualificar como rural, tenha utilização ajustada à função social rural. É exatamente quando não tem utilização compatível com a função social rural que o imóvel se sujeita à desapropriação.

Considera-se atendendo à função social rural, nos termos do art. 186, I a IV, da CF, a propriedade que:

a) tiver aproveitamento racional e adequado (a racionalidade e a adequação do aproveitamento levam em conta os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração. Esses graus são previstos no art. 6º, §§ 1º a 7º, da Lei nº 8.629/93. Para exemplificar: o grau de utilização da terra deve ser igual ou superior a 80% da área aproveitável; o grau de eficiência na exploração deve ser igual ou superior a 100%);

b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (para configurar-se a adequada utilização dos recursos naturais disponíveis é mister que se respeite a vocação natural da terra para manter o potencial produtivo da propriedade. No que concerne ao meio ambiente, torna-se necessário manter as características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais com vistas ao equilíbrio ecológico, *ex vi* do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.629/93);

c) observância das disposições reguladoras das relações de trabalho (neste caso, cumpre respeitar as leis trabalhistas, os contratos de trabalho e os contratos de arrendamento e de parceria rurais, *ex vi* do art. 9º, § 4º, Lei nº 8.629/93);

d) exploração que conduza ao bem-estar do proprietário e dos trabalhadores (o bem-estar há de ser retratado pelo atendimento às necessidades básicas e à segurança dos trabalhadores, sem que haja tensões sociais e animosidades no imóvel, cf. art. 9º, § 5º, Lei nº 8.629/93).

2.3. Indenização

A indenização, no caso de desapropriação rural para fins de reforma agrária, não segue a regra geral prevista no art. 5º, XXIV, da CF, para as desapropriações por utilidade pública ou por interesse social de modo geral.

Há dois instrumentos para pagamento da indenização. O primeiro deles constitui a regra geral aplicável na espécie: a indenização deve ser paga através de títulos da dívida agrária (art. 184 da CF), que são emitidos pelo Governo Federal retratando certo valor, correspondente à dívida governamental nele contida, e ao mesmo tempo conferem direito de crédito a seu titular. Tais títulos deverão conter cláusula de preservação do valor real e serão resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.[2504] Regulando o tempo para resgate, a lei fixou quatro prazos, adotando o critério segundo o qual quanto maior o período, maior o prazo para poder ser resgatado o título.[2505]

No que concerne, porém, às benfeitorias necessárias e úteis, a indenização deverá ser paga em dinheiro.[2506] Nessa parte o procedimento expropriatório obedecerá à regra geral, exigindo que o expropriante ofereça o preço inicialmente, deposite em juízo se quiser a imissão provisória na posse e só obtenha a transferência das benfeitorias com o pagamento integral da indenização.[2507]

2.4. Inaplicabilidade da Desapropriação

Não custa registrar que a Constituição Federal afastou da incidência da desapropriação rural determinados bens com qualificação específica: Dispõe o art. 185 da CF:

> *"Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:*
> *I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;*
> *II - a propriedade produtiva".*

A Lei nº 8.629/93 definiu a propriedade produtiva como sendo *"aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização de terra e eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão, federal competente".*[2508] Os conceitos de *pequena* e *média* propriedade rural são subjetivos e indeterminados, se deixados ao critério dos indivíduos. Então aquele diploma estabeleceu a definição legal, variável logicamente conforme o tamanho da área da propriedade.[2509]

De qualquer forma, o mandamento constitucional, considerando fora da incidência expropriatória as propriedades com tais qualificações jurídicas, permitiu que eventual ação expropriatória objetivando a transferência de tais propriedades

seja julgada extinta sem resolução do mérito por falta de possibilidade jurídica do pedido.

3. Procedimento Expropriatório

A Constituição Federal previu que lei complementar viesse a disciplinar o *"procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação"* (art. 184, § 3º).

Observe-se que foi extremamente infeliz o Constituinte ao exigir a disciplina por lei complementar, visto que nada justificaria essa modalidade de lei para regular simplesmente um processo expropriatório. Toda a matéria sobre desapropriação, seja material ou processual, tem sido corretamente regulada por lei, ou por diploma semelhante. O próprio Código de Processo Civil, que disciplina *todo* o processo geral, foi editado por lei ordinária (Lei nº 5.969/73). Cai por terra, em nosso entender, a tese, sufragada por alguns juristas, de que a lei complementar deve tratar de matéria mais intimamente ligada à Constituição, ao contrário das leis ordinárias. Afinal, o processo sobre desapropriação para reforma agrária não pode ser mais *constitucionalizado* do que o que disciplina o processo geral de desapropriação...

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar nº 76, de 6/7/1993, alterada em parte pela Lei Complementar nº 88, de 23/12/1996. Note-se que, a despeito de ser *especial* o procedimento, nada tem de tão *sumário*, como poderia parecer à primeira vista. Ao contrário, tem todas as fases bem delineadas dos processos em geral e não se acredita que deixe de caracterizar-se pela natural morosidade que emperra os demais feitos na via judicial. O que se pode entender como *sumário* é o fato de que, antes da sentença, pode o juiz ordenar a matrícula do bem expropriado em nome do expropriante, como veremos adiante. [2510]

O processo judicial, todavia, pressupõe procedimento administrativo prévio, do qual serão extraídos os elementos para a ação expropriatória, tal como ocorre com a desapropriação por utilidade pública.

3.1. Procedimento Administrativo

Primeiramente é necessária a expedição do *decreto* em que será declarado o interesse social para a desapropriação. Tendo em vista a competência da União, o decreto deverá ser expedido pelo Presidente da República.[2511] A ação

expropriatória deve ser intentada no prazo de dois anos a partir da publicação do decreto declaratório sob pena de caducidade.

O art. 3º da Lei Complementar nº 76/93 não se refere à caducidade. Ocorre que o art. 3º da Lei nº 4.132/62, que trata dos casos gerais de interesse social, fixando o mesmo prazo de dois anos para a propositura da ação, admite a incidência supletiva das normas gerais sobre desapropriação (art. 5º), e entre estas é de aplicar-se o art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, segundo o qual ocorre a caducidade do decreto se a ação não for efetivada em cinco anos. A caducidade, porém, é relativa, porque, como ressalva o mesmo dispositivo, após um ano em que tenha caducado, pode ser baixado novo decreto declarando o mesmo bem objeto de nova declaração. A regra, portanto, parece-nos inteiramente aplicável à Lei nº 8.629/93: na verdade, não fora assim e se afiguraria inteiramente inócua a fixação de prazo para que, após o decreto, seja promovida a desapropriação.

O decreto, como ato administrativo que é, pode ser confrontado no Judiciário quanto à sua legalidade. O STF já teve a oportunidade de deferir mandado de segurança para anular decreto do Presidente da República que declarava certo imóvel como de interesse social para reforma agrária. Considerou a Corte que uma primeira vistoria havia julgado produtivo o imóvel e que a segunda, processada pelo INCRA, havia sido realizada durante invasão por integrantes do Movimento dos *Sem-Terra*, o que ofendia o Decreto nº 22.250, de 11/6/1993, que vedava vistoria enquanto não cessada a desocupação.[2512] Cabível, por conseguinte, o controle do decreto expropriatório quanto a aspectos de sua legalidade.

Semelhantemente ao que acontece com o processo geral de desapropriação, é permitido às autoridades federais que, após a publicação do decreto, procedam à vistoria e à avaliação do imóvel, elementos necessários à elaboração da petição inicial. Se houver resistência do proprietário, podem as autoridades requerer ao juiz o recurso à força policial, mas, se causarem perdas e danos, serão responsabilizados civil e, se for o caso, criminalmente.[2513]

A Lei nº 8.629/93, ao conferir, em favor do órgão federal competente, o poder de vistoriar o imóvel, exigia *prévia notificação* (art. 2º, § 2º). Em virtude desses termos, passou a considerar-se a notificação prévia como condição de legitimidade para o exercício do referido poder jurídico. Decidiu o STF que aquele ato visava *"a assegurar aos seus proprietários o direito de acompanhar os procedimentos preliminares para o*

levantamento dos dados físicos" referentes ao imóvel, de modo que, no entender daquela Corte, *"não se considera prévia a notificação entregue ao proprietário do imóvel no mesmo dia em que se realiza a vistoria"*.[2514] Sucessivas medidas provisórias, porém, alteraram o dispositivo, de modo que ao invés da antiga referência "notificação prévia", a lei passou a dispor que o levantamento de dados fosse feito *"mediante comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante"*.[2515] O prazo para a impugnação do laudo de vistoria elaborado pelo INCRA conta-se a partir da data consignada no aviso de recebimento (AR), e não da sua juntada ao processo administrativo, sendo inaplicável, assim, a regra geral do Cód. Proc. Civil. Para impugnar o laudo, é bastante que o interessado tenha ciência do laudo, fato que já lhe permite interpor o competente recurso em virtude dos elementos que aquela peça contém.[2516]

A despeito da alteração, onde se omitiu o termo *"prévia"*, parece-nos que a comunicação ainda deve ser prévia, já que não desapareceu a razão que levou o STF a considerá-la instrumento do direito ao contraditório e ampla defesa, bem como ao controle de legalidade da Administração. A garantia da Administração foi outra: não sendo encontrado o proprietário, preposto ou representante, a comunicação será feita mediante edital a ser publicado, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado onde se situar o imóvel.[2517] Mas, a se admitir a comunicação *a posteriori*, estaria o proprietário, ou seu representante, despojado do direito de acompanhar a vistoria realizada, o que certamente não foi intenção do legislador ante a possibilidade de serem cometidos atos arbitrários e ilegais por parte das autoridades responsáveis, sem qualquer conhecimento por parte do interessado.

3.2. Procedimento Judicial

FASES POSTULATÓRIA E INSTRUTÓRIA – A ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é da competência privativa da União (art. 184, CF), mas nada impede que a atividade do ajuizamento em si da ação e do pagamento da indenização seja delegada à pessoa de sua administração indireta.[2518]

A petição inicial deverá atender aos requisitos gerais previstos no art. 282 do CPC, mas é necessário que o autor mencione a oferta do preço e instrua a inicial com documentos indispensáveis à propositura da ação. São eles:

a) o texto do decreto expropriatório publicado no Diário Oficial;

b) certidões imobiliárias atualizadas relativas ao bem objeto da ação;

c) documento cadastral do imóvel;

d) laudo de vistoria e avaliação administrativa, com a descrição do imóvel e a discriminação de terra nua e benfeitorias, atribuindo-se a estas a respectiva avaliação;[2519]

e) prova do lançamento dos títulos da dívida agrária, suficientes para a indenização da terra nua;

f) comprovante do depósito bancário correspondente à oferta do preço para indenizar as benfeitorias necessárias e úteis.[2520]

O juiz, ao despachar a inicial, já determina, de plano ou em 48 horas, a imissão do autor na posse do imóvel (é claro que à vista do depósito bancário já juntado pelo autor) e expede mandado ao registro imobiliário para averbação da ação com vistas ao conhecimento de terceiros. A grande peculiaridade do procedimento reside em que, no curso da ação (mais precisamente nos dez primeiros dias após a citação), pode ser realizada audiência de instrução e julgamento com o fim de fixar o valor indenizatório. Presentes as partes e o Ministério Público, poderá haver acordo sobre a indenização, hipótese em que será lavrado o respectivo termo, integralizado o valor pelo expropriante nos dez dias úteis subsequentes ao pactuado e determinada a matrícula do bem em nome do expropriante.[2521]

O prazo da contestação é de quinze dias e o expropriado não pode fazer qualquer apreciação sobre o interesse social, já que este é objeto de valoração do próprio expropriante. Cabe-lhe discutir questões preliminares e o valor ofertado para indenização. A partir daí, a fase é tipicamente instrutória, sendo a prova pericial a fundamental para permitir a fixação da indenização pelo juiz. Se houver acordo, homologa-se por sentença; não havendo, deve o expropriante providenciar o depósito do valor complementar e o lançamento de novos títulos da dívida agrária, tudo para atender ao laudo pericial acolhido pelo juiz.[2522]

O Ministério Público Federal deve intervir obrigatoriamente após a manifestação das partes e antes de qualquer decisão firmada no processo seja qual for a instância em que esteja tramitando.[2523] O efeito da falta de intimação e de

intervenção do *Parquet* provoca a nulidade inarredável do processo.[2524] É verdade que já se esposou entendimento contrário, admitindo-se não haver nulidade se não ocorreu prejuízo para as partes.[2525] Não abonamos, contudo, tal pensamento. De um lado, a falta de intervenção ofende literal disposição de lei, não tendo esta suscitado qualquer questão atinente à existência ou não de prejuízo. De outro, a atuação do Ministério Público não é exigida em função desse fato (a existência de prejuízo), mas sim em decorrência dos valores jurídicos que compõem a controvérsia expropriatória em foco.

Outro aspecto com efeito processual é o que consta do art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93, com a redação dada pela MP 2.183-56/2001. De acordo com tal dispositivo, se o imóvel for objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não poderá ser *vistoriado, avaliado* ou *desapropriado* nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência. A razão da norma é o fato de que tais situações podem alterar o resultado das demandas em que o proprietário pretenda comprovar a produtividade do imóvel expropriado, e isso mesmo após a vistoria administrativa. Por tal motivo, já se pacificou o entendimento de que, ocorrendo invasão do imóvel, deverá suspender-se o processo expropriatório para fins de reforma agrária.[2526] Ressalve-se, porém, que há julgados que só admitem a aplicação do referido dispositivo quando as invasões ocorrerem durante a vistoria administrativa ou antes dela.[2527]

FASES DECISÓRIA E RECURSAL – A sentença deve ser proferida na audiência ou nos trinta dias subsequentes, indicando o juiz os fatos que o levaram a arbitrar a indenização e discriminando as parcelas indenizatórias relativas à terra nua e às benfeitorias necessárias e úteis. A sentença, por conseguinte, deve individualizar o valor do imóvel, de suas benfeitorias e dos demais componentes do *quantum* indenizatório.[2528]

A lei processual expropriatória previa que o valor da indenização, fixado na sentença, deveria ser *depositado em dinheiro* pelo expropriante, à ordem do juízo, no que concerne às benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, cabendo-lhe ainda efetuar o depósito dos títulos da dívida agrária à guisa de indenização da terra nua.[2529] Todavia, considerando que o depósito em

dinheiro refugia ao sistema de precatórios judiciais previsto no art. 100 e parágrafos, da CF, o STF declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade dessa parte do dispositivo,[2530] e, por força dessa decisão, o Senado suspendeu, com eficácia *erga omnes*, a execução do art. 14 no que tange à citada modalidade de pagamento.[2531]

Cabe apelação com efeito apenas devolutivo contra a sentença que fixar o preço da indenização, *quando o apelante for o expropriado.* Se for o expropriante, a apelação deve ser recebida em ambos os efeitos. Se a indenização for fixada em valor superior a cinquenta por cento do valor ofertado, a sentença fica sujeita ao duplo grau de jurisdição.[2532] Significa, pois, que, sendo inferior a cinquenta por cento, o expropriante terá que oferecer recurso voluntário, pena de transitar em julgado a decisão.[2533]

Os honorários advocatícios têm como base de incidência *o valor da diferença* entre a importância indenizatória fixada na sentença e o valor da oferta do expropriante. O percentual de fixação deverá ser de meio a cinco por cento e o limite máximo dos honorários não poderá ultrapassar de R$ 151.000,00, atualizável no primeiro dia de cada ano pelo IPCA – Índice de Preços do Consumidor Amplo. [2534]

As despesas judiciais e os honorários do perito constituem encargos do sucumbente na ação, sendo que a sucumbência se apura em função do preço oferecido pelo expropriante e do proposto pelo expropriado, em comparação com aquele que constar da sentença.

Uma vez registrado o imóvel rural no registro imobiliário em nome do expropriante, não mais será juridicamente possível a pretensão no sentido de reivindicá-lo.[2535]

Qualquer débito fazendário referente ao pagamento integral ou complementar da indenização deve obedecer ao sistema de precatórios judiciais, previsto no art. 100 da CF. Por força desse mandamento constitucional, o STF declarou inconstitucional, *incidenter tantum*, o art. 14 da LC nº 76/93, porque esse dispositivo, ao determinar que o expropriante seja obrigado a depositar em juízo o crédito complementar destinado à indenização de benfeitorias, estaria em grau de incompatibilidade com aquele preceito constitucional.[2536]

XIX. Desapropriação Confiscatória

Instituída na vigente Constituição no art. 243, a desapropriação-confisco tem por objetivo a expropriação, *sem qualquer indenização ao proprietário*, de glebas em que sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, as quais passam a ser destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.[2537]

A regulamentação do dispositivo constitucional foi perpetrada pela Lei nº 8.257, de 26/11/1991, que incluiu em sua disciplina as regras processuais aplicáveis para a transferência do imóvel. O ato regulamentador é o Decreto nº 577, de 24/6/1992, que, entre outras regras, atribui à Polícia Federal e ao INCRA a articulação administrativa com vistas à identificação das áreas com o cultivo ilegal e às providências de execução da lei.

A primeira característica distintiva em relação às demais modalidades expropriatórias consiste em que na desapropriação confiscatória, por sua própria particularidade, não há ensejo para a expedição de decreto declaratório prévio. Por essa razão, a fase administrativa limita-se à formalização das atividades gerais e as de polícia dos órgãos públicos com vistas à preparação da ação de desapropriação.

A despeito de não haver menção expressa na Lei Maior, a competência para propor a ação expropriatória é privativa da União, sendo lícito, no entanto, que a atribuição seja delegada a pessoa de sua administração indireta. Há mais de uma razão para a atribuição ser privativa da União. Em primeiro lugar, é à União que cabe legislar privativamente sobre desapropriação.[2538] Ademais, a lei reguladora, tal como a Constituição, em nenhum momento fez referência direta a qualquer competência para Estados, Distrito Federal e Municípios, ao contrário do que ficou expresso na lei geral de desapropriações.[2539] Por último, a menção da lei ao tratar de alguns atos do procedimento é sempre feito à União Federal.[2540]

Essa modalidade expropriatória é inaplicável no que tange a *bens públicos*, não incidindo, por conseguinte, o art. 2º, § 2º, do Decr.-lei nº 3.365/41. Não pode, assim, a União desapropriar bens de Estados, Distrito Federal e Municípios, nem de autarquias e fundações autárquicas. Primeiramente, porque essa norma se situa em lei de caráter geral e não foi inserida na Lei nº 8.257/91, que se caracteriza como lei especial. Demais disso, é inconcebível que o pressuposto da desapropriação – o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas – provenha de atividade estatal. Se o fato se verificar, há de ser imputado a pessoas físicas, sem dúvida autores de fatos

delituosos, e não ao Estado, que, quando muito, terá responsabilidade por omissão.

Pode surgir dúvida *quanto à extensão* em que se dará esse tipo de expropriação, vale dizer, se, localizada a cultura ilegal em parte da propriedade, a expropriação alcançaria toda a área ou apenas a área em que há o cultivo. A Constituição e a Lei nº 8.257/91 referiram-se *às glebas de qualquer região do país*, sem fazer qualquer alusão a área total ou parcial. Em consequência, entendemos que a desapropriação deve alcançar a propriedade integralmente, ainda que o cultivo se dê apenas em parte dela. O proprietário tem o dever de vigilância sobre sua propriedade, de modo que é de se presumir que conhecia o cultivo.[2541] Para nós, a hipótese só vai comportar solução diversa no caso de o proprietário comprovar que o cultivo é processado por terceiros à sua revelia, mas aqui o ônus da prova desse fato se inverte e cabe ao proprietário. Neste caso, parece-nos não se consumar o pressuposto que inspirou essa forma de expropriação. Em síntese: não há desapropriação parcial; *ou se desapropria a gleba integralmente, se presente o pressuposto constitucional, ou não será caso de expropriação,* devendo-se, nessa hipótese, destruir a cultura ilegal e processar os respectivos responsáveis.

O procedimento judicial previsto na Lei nº 8.257/91 tem caráter sumário. A petição inicial, sem regra especial na lei, obedecerá aos requisitos fixados no Código de Processo Civil (art. 282), não havendo nem oferta de preço, nem juntada de exemplar do diário oficial, tal como se exige para as demais modalidades de desapropriação. O juiz, ao ordenar a citação, já nomeia perito, tendo este o prazo de oito dias para entregar o laudo. O prazo para contestação e indicação de assistentes técnicos é de dez dias a contar da juntada do mandado, cabendo ao juiz designar a audiência de instrução e julgamento dentro do período de quinze dias contados da data da contestação.[2542]

Se o juiz conceder ao expropriante a imissão liminar na posse do imóvel, deverá proceder a realização de audiência de justificação, na qual será exercido o contraditório. Encerrada a instrução, a sentença deve ser proferida em cinco dias, e contra ela cabe apelação.[2543] Ao transitar em julgado a sentença, será incorporado o imóvel ao acervo da União. Nenhum direito de terceiro pode ser oposto ao expropriante, pois que, como consta da Lei 8.257/91, *"a expropriação de que trata esta Lei prevalecerá sobre direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiro, fundados em dívida hipotecária, anticrética ou pignoratícia"*.[2544]

Entendemos ser obrigatória a intervenção do Ministério Público, a despeito da omissão da lei. Embora tenha havido divergências sobre esse tema, tem crescido o pensamento que defende a intervenção obrigatória do *Parquet*. Na verdade, a desapropriação é matéria de fundamento constitucional, sendo indiscutível o interesse público de que se reveste. Aplicável, pois, *in casu*, o art. 82, III, do CPC.

XX. Desapropriação Urbanística Sancionatória

Conforme já consignamos, essa modalidade expropriatória tem suporte no art. 182, § 4º, III, da vigente Constituição, estando o dispositivo dentro da disciplina relativa à política urbana. A norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (*Estatuto da Cidade*), que deu os lineamentos complementares necessários à sua efetividade jurídica.[2545]

O *núcleo conceitual* da desapropriação urbanística sancionatória é o mesmo das demais espécies de desapropriação: a *transferência da propriedade* do particular para o Poder Público por motivo de utilidade pública ou interesse social.

A *denominação* que nos permitimos conceber – *desapropriação urbanística sancionatória* – decorre, por um ângulo, da circunstância de que se trata de ação governamental própria de política urbana para atender aos reclamos do plano diretor da cidade e, por outro, do caráter tipicamente punitivo desse mecanismo, fato que emana do próprio dispositivo constitucional.

É o *Município* que tem *competência privativa* para promover tal desapropriação. O fundamento não é somente o texto do art. 182, § 4º, III, da CF; a política urbana *"tem no Município seu grande mobilizador"*, como já tivemos a oportunidade de consignar.[2546] Ao Município, sem dúvida, foi reservada a tarefa preponderante de implementar as ações e estratégias necessárias à preservação e aperfeiçoamento da ordem urbanística. Aliás, não custa lembrar que, por esse motivo, é o Município também competente para promover a desapropriação urbanística *ordinária*, prevista no art. 5º, "i", do Decr.-lei nº 3.365/41; é que tal providência se caracteriza como inerente à política urbana, sendo, pois, da competência dos entes municipais.[2547]

A *natureza jurídica* da desapropriação não pode afastar-se dos parâmetros com os quais é conexa: a política urbana. Desse modo, é lícito considerar que sua natureza jurídica é a de *instrumento de política urbana, de caráter punitivo, executado através da transferência coercitiva do imóvel para o patrimônio municipal.*

O *pressuposto* da modalidade expropriatória em foco reside no descumprimento, pelo proprietário, da obrigação urbanística de aproveitamento do imóvel em conformidade com o que tiver sido estipulado no plano diretor. A determinação urbanística consiste na adequação do solo urbano às diretrizes fixadas no plano diretor. Não sendo cumprida, o Município adota as providências punitivas em *caráter sucessivo*: só pode ser aplicada a sanção subsequente se a anterior tiver sido ineficaz. As sanções têm a seguinte ordem de aplicabilidade: 1ª) ordem de edificação ou parcelamento compulsórios; 2ª) imposição de IPTU progressivo no tempo; 3ª) desapropriação urbanística sancionatória. Esta última é a sanção mais grave, vez que acarreta a perda da propriedade do imóvel.

A *finalidade* já foi considerada anteriormente: essa espécie de desapropriação tem por escopo o regime de *adequação* entre os imóveis e as diretrizes estabelecidas no plano diretor. Sendo o instrumento básico de política urbana, o plano diretor exige que o solo urbano seja com ele compatível, porque somente assim estará atendendo a função social (art. 182, § 1º, CF).

A *indenização* será efetivada através de *títulos da dívida pública*, previamente aprovados pelo Senado, com resgate no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurando-se o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.[2548] A lei, porém, indicou o sentido de valor real, estabelecendo: 1º) que esse valor refletirá o que serve da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras executadas pelo Poder Público; 2º) que no valor indenizatório não poderão ser computados expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios (art. 8º, § 2º, I e II, Estatuto). Para alguns estudiosos, haveria inconstitucionalidade nesse critério.[2549] Ousamos dissentir de tal entendimento, e por mais de uma razão: primeiramente o conceito de indenização justa não se apresenta com determinação tal que dela se possa extrair valor pré-fixado; depois, essa referência, prevista no art. 5º, XXIV, da CF, constitui a regra para as desapropriações, mas é plenamente admissível que haja exceções na própria Constituição;[2550] por derradeiro, é preciso observar que essa modalidade de desapropriação tem natureza punitiva e só foi acionada em virtude da recalcitrância do proprietário em atender às obrigações urbanísticas de adequação ao plano diretor, e tal situação, é óbvio, não pode merecer o mesmo tratamento que o dispensado para a desapropriação ordinária.[2551]

O *efeito originário* da desapropriação punitiva é a transferência da propriedade para o Município. Constitui, porém, *efeito derivado* (ou *sucessivo*) a obrigação de o Município proceder ao aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos a partir do ingresso do bem no acervo municipal (art. 8º, § 4º, Estatuto). O descumprimento de semelhante obrigação rende ensejo à caracterização da omissão do Prefeito e de outros agentes como conduta de improbidade administrativa, estando os autores sujeitos às penalidades previstas na Lei nº 8.429, de 2.6.92, que regula a matéria.

O *aproveitamento do imóvel* pode ser efetivado diretamente pelo governo municipal. A lei, no entanto, faculta que seja implementado por meio de alienação ou concessão a terceiros, sempre com a adoção do devido procedimento de licitação (art. 8º, § 5º, Estatuto). Na hipótese de haver alienação, ficam mantidas para o adquirente as mesmas obrigações urbanísticas de parcelamento ou edificação compulsórios anteriormente assinadas ao ex-proprietário.[2552]

Quanto ao *procedimento* para efetivar a transferência do imóvel, incide no caso a lei geral de desapropriação (Decr.-lei nº 3.365/41), mas incide *no que couber,* visto ser necessário atender-se às peculiaridades da desapropriação sancionatória. Por conseguinte, ao Município cabe propor a devida ação de desapropriação. Em nosso entender, contudo, é dispensável o decreto expropriatório, porque o objetivo desse ato é o de indicar o propósito da Administração e comunicá-la ao proprietário. Ora, na desapropriação urbanística sancionatória, o proprietário já há muito – no mínimo, desde a notificação para o cumprimento da obrigação urbanística – tomou ciência de que o descumprimento poderia conduzir à desapropriação. Por outro lado, a finalidade do Poder Público continua sendo a mesma: a necessidade de adequação do imóvel ao plano diretor para observância da política urbana. Acresce, ainda, que o decreto foi instituído pelo art. 2º da lei geral expropriatória para a desapropriação ordinária, e não para a modalidade em foco, que, repetimos, tem fisionomia específica.[2553]

XXI. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 23: *Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede*

a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.

Súmula 157: *É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica.*

Súmula 164: *No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.*

Súmula 218: *É competente o Juízo da Fazenda Nacional da capital do Estado, e não o da situação da coisa, para a desapropriação promovida por empresa de energia elétrica, se a União Federal intervém como assistente.*

Súmula 378: *Na indenização por desapropriação incluem-se honorários do advogado do expropriado.*

Súmula 416: *Pela demora no pagamento da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros.*

Súmula 476: *Desapropriadas as ações de uma sociedade, o Poder desapropriante, imitido na posse, pode exercer, desde logo, todos os direitos inerentes aos respectivos títulos.*

Súmula 479: *As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insucetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.*

Súmula 561: *Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.*

Súmula 617: *A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente.*

Súmula 618: *Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% ao ano* (Vide tópico XIII, nº 4, e XV, nº 4, deste Capítulo).

Súmula 652: *Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do DL 3.365/41 (Lei de Desapropriação por utilidade pública).*

SÚMULAS VINCULANTES

Súmula Vinculante nº 17: *Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 12: *Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.*

Súmula 56: *Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade.*

Súmula 67: *Na desapropriação, cabe a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização.*

Súmula 69: *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.*

Súmula 70: *Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.* (Já superada. Vide tópicos XIII e XV deste Capítulo).

Súmula 102: *A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.*

Súmula 113: *Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.* (Alterada parcialmente por nova legislação. Vide tópico XIII, nº 4, deste Capítulo.)

Súmula 114: *Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.*

Súmula 119: *A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos* (Vide tópico XV deste Capítulo.)

Súmula 131: *Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.*

Súmula 141: *Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente.*

Súmula 354: *A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária.*

Súmula 408: *Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001, e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal.*

Capítulo XIV -

Atuação do Estado no Domínio Econômico

I. Introdução

1. O Liberalismo Econômico

O processo histórico sempre demonstrou a associação entre a política e a economia. Em cada fase da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado com os interesses econômicos. Quando alguma construção doutrinária é alterada quanto aos fatores políticos, são irremediáveis os reflexos que provocam na ordem econômica. E a recíproca é verdadeira.

Partindo mais especificamente do Estado moderno, e a partir do final do século XVIII, vicejou nitidamente a supremacia da teoria do *liberalismo econômico*, divulgada e praticada graças à doutrina de ADAM SMITH, estampada em sua obra *A Riqueza das Nações*, de 1776. Por essa doutrina que, diga-se de passagem, atendia aos interesses da burguesia que passava a dominante, cada indivíduo deve ter liberdade de promover seus interesses, porque ninguém melhor que ele para avaliá-los. Ao Estado não caberia a interferência nem a regulação da economia; limitava-se apenas a uma postura de mero observador da organização processada pelos indivíduos. O *laissez faire, laissez passer* dava bem a ideia da passividade do Estado diante dos fenômenos econômicos e sociais.

Adotando essas ideias, STUART MILL as reafirmou e desenvolveu em sua obra *Da Liberdade*, de 1859. Enfocando a doutrina jusnaturalista de ROUSSEAU sob o ângulo do poder econômico, o filósofo colocava em primeiro plano as virtudes naturais do homem. A este caberia a incumbência de promover e defender seus próprios interesses; pior do que cometer eventuais enganos seria admitir a interferência do governo em atividades que somente a ele interessariam. Essa posição filosófica se fundava em alguns argumentos. Um deles era o de que, se é o homem o titular do interesse, ninguém melhor do que ele para promovê-lo, sendo

então desnecessária a intervenção estatal. Outro era o de que o governo seria aquinhoado com o alargamento de seus poderes se lhe fosse permitido interferir na esfera econômica. Por fim, o indivíduo, no aprendizado da defesa de seus interesses, iria ampliando sua educação mental.[2554]

A pretensa liberdade na ordem econômica conferida pelo Estado aos indivíduos surtiu efeito contrário, revelando-se forma de alargar os abismos entre as classes sociais e tornando o pobre cada vez mais pobre e o rico cada vez mais abastado. A liberdade para as classes desfavorecidas transformou-se em escravidão. Definitivamente, o Estado não poderia ficar indiferente ao crescimento das desigualdades sociais.

2. Modelo Interventivo

O liberalismo econômico, como doutrina, passou a sofrer duros golpes. De um lado, a eclosão de movimentos sociais denunciavam o inconformismo com a forma de direção do poder e, de outro, novos filósofos sociais procuravam incutir ideias antagônicas à da excessiva liberdade, destacando-se entre eles KARL MARX, propulsor da ideia do governo da sociedade e da eliminação de classes como fator de proteção do operariado.[2555]

As novas ideias acabaram por inspirar uma nova posição do Estado ante a sociedade. Diferentemente do que vinha ocorrendo, o Estado saía de sua posição de indiferença para uma posição atuante e fiscalizadora e, o que é mais importante, uma postura compatível com os reclamos invocados pela própria sociedade. Do modelo liberal o Estado passou a adotar o modelo interventivo.

A intervenção do Estado o capacitou a regular a economia, permitindo a inauguração da fase do *dirigismo econômico*, em que o Poder Público produz uma estratégia sistemática de forma a participar ativamente dos fatos econômicos.[2556] Na verdade, o intervencionismo compreende um sistema em que o interesse público sobreleva em relação ao regime econômico capitalista. O governo recebe certas funções distributivas e alocativas, isto é, busca proporcionar uma equânime distribuição de riqueza e fornecer a certas categorias sociais alguns elementos de proteção contra as regras exclusivamente capitalistas.

Com esse tipo de atuação, o Estado procura garantir melhores condições de vida aos mais fracos, sem considerar seu *status* no mercado de trabalho, e ainda

corrige o funcionamento cego das forças de mercado, estabelecendo parâmetros a serem observados na ordem econômica. De todos esses fatores, importa que, intervindo na economia, o Estado, por via de consequência, atende aos reclamos da ordem social com vistas a reduzir as desigualdades entre os indivíduos.[2557]

Bem anota DEBBASCH que a intervenção do Estado na ordem econômica se consubstanciou e se ampliou através de diversas formas e ensejou algumas técnicas especiais, entre estas a criação e a gestão pelo Estado de empresas industriais e comerciais. Por intermédio delas, passou a ter maior proximidade com os setores privados do capital e maior eficiência no controle de condutas privadas prejudiciais à comunidade.[2558]

3. Constitucionalização Normativa

O sistema do dirigismo econômico implantado pelo Estado no fim do século passado e início do século atual propiciou o estabelecimento de regras jurídicas reguladoras da ordem econômica em várias Constituições. É o fenômeno da *constitucionalização normativa*, em que regras jurídicas insculpidas em leis são guindadas ao plano político e inseridas na Constituição. Com a elevação da estatura das normas, os princípios que contêm passam a ser obrigatórios a toda a sociedade e ao próprio Estado que as introduziu na Carta Política, constituindo capítulos de regulação específica e formando postulados sobre a matéria.

Como bem registra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, enquanto anteriormente as Constituições só se preocupavam com a organização política, a ordem econômica e social, com o modelo interventivo, passou a constituir capítulo próprio dentro delas, como sucedeu com a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.[2559]

A despeito da constitucionalização normativa da ordem econômica, alguns autores sustentam que não se trata de matéria a ser disciplinada por Constituição. Todavia, constituem questões de difícil solução as que dizem respeito à clássica divisão das normas constitucionais em normas *materialmente* constitucionais, ou seja, aquelas que seriam próprias de serem reguladas na Constituição (forma de Estado e sistema de governo; competência dos Poderes; sistema político; direitos e garantias fundamentais), e normas *formalmente* constitucionais, isto é, aquelas que só são consideradas constitucionais porque inseridas formalmente no bojo da

Constituição. Em termos atuais, mais importante do que essa questão doutrinária é o fato de que a disciplina da ordem econômica implica, por consequência, a disciplina da ordem social, de modo que é melhor inserir na Constituição os *standards* da intervenção estatal do que submeter a sociedade aos riscos decorrentes das oscilações e dos interesses de grupos a que está normalmente sujeito o Poder legiferante do Estado.[2560]

4. Quadro Normativo

A partir da Constituição de 1934 (arts. 115 a 143), todas as Cartas subsequentes dedicaram um de seus capítulos à ordem econômica. O estudo comparativo desses capítulos denota evidente processo evolutivo, refletindo a alteração e a criação de novos mecanismos interventivos frequentemente compatibilizados com as ideias políticas, sociais e econômicas da época, sempre com o fito de adequá-los à ordem social, à qual está atrelada a ordem econômica.

Na vigente Constituição, a disciplina da *ordem econômica e financeira* está prevista no Título VII (arts. 170 a 192), sendo dividida em quatro capítulos: o primeiro destinado aos princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181); o segundo, à política urbana (arts. 182 e 183); o terceiro, à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (arts. 184 a 191); e o quarto, ao sistema financeiro nacional (art. 192).

Todas essas normas pretendem formar um sistema geral da ordem econômica e dentro de suas várias disciplinas algumas indicam formas de atuação e de intervenção do Estado no domínio econômico. Algumas alterações nesse conjunto normativo já foram introduzidas através de emenda constitucional, denotando, como regra, uma postura de menor ímpeto interventivo, comumente denominada de *desregulamentação da economia*.

O sentido crítico do sistema, como não podia deixar de ser, varia de acordo com a visão filosófica e política em que se coloque o analista. Louvores e imprecações existem, aliás, em relação a todos os capítulos da Constituição.[2561]

II. Ordem Econômica

1. Fundamentos

Nos termos do art. 170 da CF, a ordem econômica é fundada em dois

postulados básicos: a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa.*

Ao estabelecer esses dois postulados como fundamentos da ordem econômica, a Constituição pretendeu indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles compatibilizar-se. Extrai-se dessa premissa, por conseguinte, que, se a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os referidos fundamentos, será considerada inválida e inconstitucional. Fundamentos, na verdade, são os pilares de sustentação do regime econômico e, como tal, impõem comportamentos que não os contrariem.

1.1. Valorização do Trabalho Humano

Entre os fundamentos da República a Constituição fez consignar os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV). O texto demonstra a preocupação do Constituinte em conciliar os fatores de capital e trabalho de forma a atender aos preceitos da justiça social. Com esse fundamento, não há mais como serem acolhidos comportamentos que conduzam à escravidão ou a meios de trabalho que coloquem em risco a vida ou a saúde dos trabalhadores. A justiça social, é bom que se diga, tem escopo protetivo e se direciona sobre as categorias sociais mais desfavorecidas.

A valorização do trabalho humano tem intrínseca relação com os valores sociais do trabalho. Não há dúvida de que, para condicionar o trabalho aos valores sociais, é necessária a intervenção do Estado nesse capítulo da ordem econômica. Aliás, a Constituição intervém notoriamente nas relações entre empregadores e empregados, estabelecendo nos arts. 7º a 11 um detalhado elenco de direitos sociais dos empregados. Todos esses mandamentos retratam a preocupação estatal em adequar o trabalho aos ditames da justiça social.

Outro aspecto que deriva desse fundamento é o relativo à automação industrial. Se o uso das recentes tecnologias faz parte do processo de desenvolvimento das empresas do país, não é menos verdadeiro que não podem as máquinas substituir o homem para benefício exclusivo do empresariado. Diz o texto constitucional que se impõe a valorização do trabalho *humano*, o que significa que é o homem que deve ser o alvo da tutela.

Pode-se dizer, em síntese, que a valorização do trabalho humano corresponde à necessidade de situar o homem trabalhador em patamar mais elevado do que o relativo a outros interesses privados, de forma a ajustar seu trabalho aos postulados

da justiça social.

1.2. Liberdade de Iniciativa

Este fundamento indica que todas as pessoas têm o direito de ingressar no mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco.[2562] Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa é realmente o postulado maior do regime capitalista. O fundamento em foco se completa, aliás, com a regra do art. 170, parágrafo único, da CF, segundo o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção dos casos previstos em lei.

A liberdade de iniciativa não é apenas um dos fundamentos da ordem econômica, mas da própria República, tal como sucede com os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF). É claro que o sentido da livre iniciativa faz lembrar, de certa forma, os tempos do liberalismo econômico. Mas, ao contrário da doutrina de SMITH e MILL, o Estado não é mero observador, mas sim um efetivo participante e fiscal do comportamento econômico dos particulares. Por essa razão é que, quando nos referimos à atuação do Estado na economia, queremos indicar que o Estado interfere de fato no domínio econômico, restringindo e condicionando a atividade dos particulares em favor do interesse público.[2563]

A garantia da liberdade de iniciativa ao setor privado é tão expressiva que prejuízos causados a empresários pela intervenção do Poder Público no domínio econômico são passíveis de ser indenizados em determinadas situações, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado. O STF, inclusive, já entendeu que "*a intervenção estatal na economia possui limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa e a responsabilidade objetiva do Estado é decorrente da existência de dano atribuível à atuação deste*".[2564]

Por fim, há um aspecto que merece apreciação. A noção de liberdade de iniciativa é, de certo modo, antagônica à de valorização do trabalho humano. Com efeito, a deixar-se à iniciativa privada inteira liberdade para a exploração das atividades econômicas, haveria o risco inevitável de não se proteger o trabalho humano, tal como já ocorreu no período do liberalismo puro do século XIX. É preciso, pois, conciliar os fundamentos, criando-se estratégias de restrições e

condicionamentos à liberdade de iniciativa a fim de que seja alcançada efetivamente a justiça social.[2565]

2. Princípios

Além dos fundamentos, a Constituição contemplou alguns princípios que devem nortear o sistema da ordem econômica do país.

O primeiro deles, como não poderia deixar de ser, é o da soberania nacional: a ordem econômica não pode desenvolver-se de modo a colocar em risco a soberania nacional em face dos múltiplos interesses internacionais. Outro é o da propriedade privada, matéria que já examinamos anteriormente, o mesmo se podendo dizer da função social da propriedade (art. 170, II e III, CF).

Outros princípios são o da livre concorrência (que adiante comentaremos); o de defesa do consumidor; o de defesa do meio ambiente; o da redução das desigualdades sociais; da busca do pleno emprego; e do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170, IV a IX, CF).

Só pelo enunciado desses princípios é possível constatar que o Constituinte tem em mira adequar a ordem econômica aos preceitos da justiça social. Esse ajustamento entre a ordem econômica e a social, bem como a convicção de que os princípios daquela repercutem necessariamente sobre esta, são os pontos que não se pode perder de vista no estudo do tema em pauta.

III. Formas de Atuação do Estado

O Estado atua de duas formas na ordem econômica.

Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o *Estado Regulador*.

Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui a atividade estatal pode estar mais ou menos aproximada à atuação das empresas privadas. O certo, porém, é que não se limita a fiscalizar as atividades econômicas, mas ingressa efetivamente no plano da sua execução. Seja qual for a posição que assuma, o Estado, mesmo quando explora atividades econômicas, há de ter sempre em mira o

interesse, direto ou indireto, da coletividade. Podemos considerá-lo nesse ângulo como *Estado Executor*.

Como em cada uma dessas posições há regras e princípios específicos, examinaremos ambas em tópicos separados para melhor compreensão do tema.

IV. Estado Regulador

1. Sentido

Estado Regulador é aquele que, através de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.

O mandamento fundamental do Estado Regulador está no art. 174 da CF:

> *"Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".*

Como agente normativo, o Estado cria as regras jurídicas que se destinam à regulação da ordem econômica. Cabem-lhe três formas de atuar: a de *fiscalização*, a de *incentivo* e a de *planejamento*. A de fiscalização implica a verificação dos setores econômicos para o fim de serem evitadas formas abusivas de comportamento de alguns particulares, causando gravames a setores menos favorecidos, como os consumidores, os hipossuficientes etc. O incentivo representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para o setor produtivo agrícola e outras do gênero. Por fim, o planejamento, como bem averba JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos".*[2566] De fato, planejar no texto constitucional significa estabelecer metas a serem alcançadas pelo governo no ramo da economia em determinado período futuro. A transformação não é instantânea, mas ao contrário é gradativa e realizada através de um processo dirigido para as metas planejadas. [2567]

Não é inútil acrescentar neste ponto que a atuação do Estado na ordem

econômica não se limita mais ao regramento instituído internamente. A necessidade de abertura de mercados e o interesse no fortalecimento mais efetivo do setor econômico quando se trata de grupos de países têm reclamado a atuação do Estado também em nível internacional.[2568] Nesse sentido, várias associações têm sido feitas entre países interessados, e o Brasil tem participado desses tratados, como é o caso de Itaipu e do Mercosul.

No que concerne ao incentivo – denominado por alguns de "*fomento*" –, deve o Estado disponibilizar o maior número possível de instrumentos para o desenvolvimento econômico a ser perseguido pela iniciativa privada. Trata-se, na verdade, de estímulo para o desempenho da atividade econômica. São instrumentos de incentivo os benefícios tributários, os subsídios, as garantias, os empréstimos em condições favoráveis, a proteção aos meios nacionais de produção, a assistência tecnológica e outros mecanismos semelhantes que se preordenem ao mesmo objetivo.[2569]

2. Natureza da Atuação

Quando figura como *regulador,* o Estado não deixa sua posição interventiva. A intervenção nesse caso se verifica através das imposições normativas destinadas principalmente aos particulares, bem como de mecanismos jurídicos preventivos e repressivos para coibir eventuais condutas abusivas.

Além de representar um meio de intervenção na ordem econômica, a atuação do Estado regulador se consuma de forma *direta*, vale dizer, sem intermediação de ninguém. As normas, os fatores preventivos e os instrumentos repressivos se originam diretamente do Estado.

Desse modo, podemos caracterizar a função do Estado-Regulador como *intervenção direta* no domínio econômico.

3. Competências

No vigente sistema de partilha constitucional de atribuições, a competência quase que absoluta para a atuação do Estado-Regulador é da União Federal.

No elenco da competência administrativa privativa (art. 21), encontram-se várias atribuições que indicam essa forma de atuar estatal. Entre elas estão a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inc. IX); a fiscalização de operações

financeiras, como a de crédito, câmbio, seguros e previdência privada (inc. VIII); a reserva da função relativa ao serviço postal (inc. X); a organização dos serviços de telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica (incs. XI e XII); o aproveitamento energético dos cursos d'água e os serviços de transportes etc. (inc. XII, "b", "c", "d"e "e").

O mesmo se passa com relação à competência legislativa privativa, prevista no art. 22 da CF, dentro da qual estão também previstas diversas atribuições específicas da União. Destacam-se as competências para legislar sobre comércio exterior e interestadual (inc. VIII); sobre organização do sistema nacional de empregos (inc. XVI); sobre os sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular (inc. XIX); diretrizes da política nacional de transportes (inc. IX); sobre jazidas, minas e outros recursos minerais (inc. XII) etc. Em cada uma das atribuições constitucionais privativas pouco, ou nada, resta para as demais pessoas federativas, o que denuncia claramente a supremacia da União como representante do Estado-Regulador da ordem econômica.[2570]

Vale a pena lembrar, nesta oportunidade, que, como já foi visto, a União tem desenvolvido a atividade de regulação do setor econômico privado por intermédio das *agências reguladoras,* autarquias instituídas diretamente para esse escopo. A elas cabe também a regulação dos serviços públicos econômicos, quando delegados a empresas privadas, sobretudo através de concessões e permissões de serviços públicos. Nesse aspecto, aliás, os demais entes federativos podem criar suas próprias entidades controladoras visando à regulação de atividades de sua competência constitucional.[2571]

Na relação de atribuições que formam a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal é que a Constituição contemplou algumas funções supletivas para estas últimas entidades federativas. Assim é que no art. 24 compete a essas pessoas, concorrentemente, a legislação sobre direito econômico e financeiro (inc. I); sobre produção e consumo (inc. V); proteção do meio ambiente (inc. VI). A competência da União, nesses casos, encerra a produção de normas gerais, cabendo às demais entidades políticas a edição de normas suplementares (art. 24, §§ 1º e 2º, CF).

A competência administrativa comum, do art. 23 da CF, também aponta atividades relacionadas à intervenção estatal no domínio econômico. Por essa

competência, cabe a todas as entidades federativas, concorrentemente, proteger o meio ambiente (inc. VI); fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (inc. VIII); combater as causas da pobreza e promover a integração social dos segmentos hipossuficientes (inc. X).[2572]

4. Repressão ao Abuso do Poder Econômico

4.1. Sentido

O poder econômico é derivado do acúmulo de riquezas e, se a ordem econômica estiver em situação regular e sem as frequentes crises que a assolam, tal poder é positivo no sentido do aperfeiçoamento dos produtos e serviços, bem como das condições de mercado.[2573]

Comumente, porém, esse poder acaba por provocar certas distorções no plano econômico, extremamente prejudiciais aos setores mais desfavorecidos da coletividade. Quando isso ocorre, o uso do poder transforma-se em abuso do poder econômico, que, por isso mesmo, precisa ser combatido pelo Estado-Regulador interventivo.

Usualmente o abuso do poder econômico é cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida de lucros e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao público em geral. Não obstante, estudiosos, modernamente, têm sustentado (e a nosso ver com razão) que o próprio Estado pode conduzir-se de forma abusiva no setor econômico, principalmente quando atua por intermédio das entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas. O que importa aqui é a verificação da conduta anti-social causada pelo abuso do poder econômico e a repressão a ser imposta pelo Estado.[2574]

Podemos definir, pois, a repressão ao abuso do poder econômico como o conjunto de estratégias adotadas pelo Estado que, mediante intervenção na ordem econômica, têm o objetivo de neutralizar os comportamentos causadores de distorção nas condições normais de mercado em decorrência do acúmulo de riquezas.

No conceito acima, sobressaem três pontos. O primeiro reside na causa eficiente para o abuso: o acúmulo de riquezas, ou o poder econômico. Depois, a consequência: a distorção nas leis de mercado, de forma a desfavorecer a imensa

população de consumo. Por último, a atuação do Estado-Regulador: a criação de leis e regulamentos administrativos necessários para coibir esse tipo de prática.

A vigente Constituição foi peremptória sobre a necessidade de reprimir o abuso econômico, dispondo que *"a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"* (art. 173, § 4º).

Na denominada *reforma tributária*, a Constituição, no art. 146-A, introduzido pela EC 42/2003, passou a dispor que *"lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo"*. O mandamento, como é fácil observar, insiste na preocupação de manter a concorrência como fator impostergável do setor econômico, o que, aliás, guarda conformidade com o postulado inscrito no art. 170, IV, da Carta política.

Trata-se de típica atuação interventiva do Estado-Regulador.

4.2. Formas de Abuso

O próprio texto constitucional aponta para as formas pelas quais se consuma o abuso do poder econômico.

A primeira delas é a *dominação dos mercados*. O mercado, como sabido, funciona de acordo com a lei da oferta e procura. A regularidade de seu funcionamento depende do equilíbrio entre as forças oriundas do fornecimento e do consumo. Se a empresa busca dominar o mercado, a consequência será a do desaparecimento do equilíbrio daquelas forças e a da possibilidade de a empresa dominante impor condições que somente a ela favoreçam. Logicamente, esse domínio e essas imposições provocam efeitos nocivos à coletividade.

Em seguida, temos a *eliminação da concorrência,* que, é fácil observar, tem próxima relação com a dominação dos mercados. A relação é de causa e efeito: a eliminação da concorrência deriva do domínio do mercado. Embora seja difícil modernamente admitir-se a concorrência perfeita, o certo é que ela regula e dá relativo equilíbrio ao mercado, porque a intenção abusiva de um encontra barreiras na atuação idônea de seu concorrente. É o regime de competição que cerceia a imposição de produtos e de preços e, dessa maneira, merece defesa no regime econômico.[2575] Aliás, é oportuno lembrar que, como a livre concorrência

constitui efetivamente um dos princípios reguladores da ordem econômica e financeira (art. 170, IV, CF), nem a própria Administração pode suprimi-la, ou, sem que aponte fundamento legítimo, impor restrições aos administrados.[2576]

Finalmente, temos como forma abusiva *o aumento arbitrário dos lucros,* que também guarda relação com as formas anteriores. Sempre que a empresa intenta dominar o mercado e eliminar o sistema de concorrência, seu objetivo é mesmo o de auferir lucros despropositados e arbitrários. E não se precisa ir muito longe para constatar ser essa outra forma de abuso do poder econômico. Se o lucro é arbitrário, quem o está pagando é a massa de consumidores do produto ou do serviço. Ocorrendo essa conduta, cabe ao Estado reprimi-la por ser abusiva e ilegal.

4.3. Trustes, Cartéis e Dumping

O domínio abusivo dos mercados no setor econômico se apresenta sob múltiplas espécies, dentre as quais se destacam os trustes, os cartéis e o *dumping*. Vejamos as características desses fenômenos econômicos.

Truste (do inglês *trust*) é a forma de abuso do poder econômico pela qual uma grande empresa domina o mercado e afasta seus concorrentes, ou os obriga a seguir a estratégia econômica que adota. É uma forma impositiva do grande sobre o pequeno empresário.

Cartel é a conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo objetivo, ou seja, o de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente seus lucros. Diante do poderio econômico desses grupos, o pequeno empresariado acaba por sucumbir e, por vezes, se deixar absorver pelo grupo dominante.

O *dumping* normalmente encerra abuso de caráter internacional. Uma empresa recebe subsídio oficial de seu país de modo a baratear excessivamente o custo do produto. Como o preço é muito inferior ao das empresas que arcam com os seus próprios custos, ficam estas sem condições de competir com aquelas, propiciando-lhes uma inevitável elevação de lucros.

Outras formas de abuso do poder econômico existem, mas, como regra, todas derivam, de algum modo, das formas já citadas.[2577]

4.4. Normas e Meios Repressivos

De forma crescente, o Estado tem trazido a lume várias leis que visam a

combater as condutas abusivas na economia e estabelecer sanções para os seus autores. Infelizmente, esse combate não tem sido eficiente. O que se tem observado é o aprisionamento do governo a grupos econômicos poderosos que, às claras, têm cometido as mais diversas formas de abuso sem que recebam as devidas sanções. Por outro lado, as sanções, quando aplicadas, são verdadeiramente inócuas e não chegam a ter o caráter intimidativo que seria de se desejar, de modo a prevenir a reiteração dos abusos.

De qualquer modo, vejamos quais os diplomas que cuidam da disciplina relativa à repressão do abuso do poder econômico:

a) Lei nº 8.884, de 11/6/1994: dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia e dá outras providências;
b) Lei nº 8.137, de 27/12/1990: define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo;
c) Lei Delegada nº 4, de 26/9/1962: dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo;
d) Lei nº 8.078, de 11/9/1990: dispõe sobre a proteção do consumidor (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

A Lei nº 8.884/94 desempenha atualmente relevante papel no controle das atividades econômicas pelo Estado. Várias são as condutas que se caracterizam como infrações da ordem econômica. Basicamente são quatro (art. 20) e por sua natureza podem ser consideradas como *infrações gerais*. A primeira consiste em limitar, falsear ou prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre iniciativa. Outra é a de dominação de mercado relevante de bens e serviços; trata-se, todavia, de dominação *abusiva*, não se caracterizando como tal o fato de a empresa conquistar o mercado por ter-se revelado mais eficiente que seus competidores. Nesse caso, a conduta é absolutamente legítima (art. 20, § 1º).

O aumento arbitrário dos lucros também se tipifica como infração econômica, mas é importante que haja efetiva *arbitrariedade* na elevação dos lucros, de modo que

não se poderá dizer *a priori* que o só fato do aumento da lucratividade se qualifique como arbitrário; para ser arbitrária a prática econômica, deve ser provado que a empresa tem intenção de dominar o mercado e de impor preços de tal ordem que a parcela de lucro seja desproporcional à atuação da empresa no mercado. Por fim, é ainda infração econômica o exercício abusivo, pela empresa, de sua posição dominante, entendida esta como a hipótese em que a empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, seja na qualidade de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de produto ou serviço (art. 20, § 2º). Diga-se, porém, por oportuno, que em vários ramos da atividade econômica uma empresa ostenta posição dominante no mercado; esse fato é regular e decorre naturalmente do regime de concorrência. O que a lei condena é a atuação *abusiva*, ou seja, aquela de que se vale a empresa dominante para tirar partido de sua posição preponderante, como, por exemplo, a prática de imposição de preços ou de absorção de empresas menores para ampliar seu domínio e forçar a criação de monopólio.

Além dessas infrações genéricas, a lei relaciona várias situações especiais que também se caracterizam como infrações da ordem econômica se estiverem enquadradas naqueles ilícitos básicos, que têm maior abrangência. Tais situações podem ser nominadas de *infrações específicas* e constam do art. 21 da Lei nº 8.884/94. Entre elas, citem-se, para exemplificar, e por sua importância:

a) a prática de limitar o ingresso de novas empresas ao mercado (inc. IV);
b) o impedimento do acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia e ainda aos canais de distribuição (inc. VI);
c) o acerto prévio do preço em licitações públicas (inc. VIII);
d) a subordinação da venda de um produto à aquisição de outro ou à utilização de um serviço (inc. XXIII) etc.

Apesar de haver alguma polêmica em torno dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, em virtude de ser taxativa a relação de condutas contida naquele dispositivo e exemplificativa a deste último, a intepretação deve levar em conta que o art. 20 contempla as condutas básicas que caracterizam o abuso do poder

econômico, ao passo que o art. 21 denuncia os diversos instrumentos de que se pode socorrer o autor do abuso. Tais instrumentos, é óbvio, não podem realmente ser taxativos, mas, ao contrário, podem variar de acordo com a fértil criatividade dos responsáveis pela conduta abusiva. Assim, se outro instrumento, não previsto no art. 21, for idôneo para tipificar uma das condutas do art. 20, não há dúvida de que estaremos diante de conduta abusiva do poder econômico, que, por isso mesmo, será suscetível da adequada repressão.[2578]

Diversas são as sanções aplicáveis no caso de infração da ordem econômica. A sanção básica é a *multa*, variável conforme o infrator seja a empresa, seus administradores ou outros tipos de pessoas jurídicas de direito público ou privado (art. 23). Além da multa, no entanto, podem ser impostas as penas de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas; de publicação em jornal da decisão que condenar o infrator, tudo às suas expensas; de recomendação a órgãos públicos que não parcelem débitos do infrator; de inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; de cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade e outras providências necessárias para a eliminação da conduta infratora.

Além desses aspectos da lei, é importante ressaltar os meios de concretização das medidas necessárias à defesa da ordem econômica. Em sede administrativa, ocorrido fato que constitua, em tese, infração da ordem econômica, a Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (SDE) promove averiguações preliminares, após as quais o respectivo Secretário, conforme o caso, arquiva a averiguação ou determina a instauração do processo administrativo (arts. 30 e 31). Instaurado o processo administrativo, deverá ser assegurado ao representado o direito ao contraditório e à ampla defesa, possibilitando-lhe a produção de prova. Concluída a instrução do processo, o Secretário da SDE pode arquivá-lo (neste caso com a remessa *ex officio* obrigatória dos autos ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ou encaminhá-lo para julgamento pelo mesmo CADE. A decisão deste órgão, se constatada a infração da ordem econômica, tem natureza de título executivo extrajudicial (art. 60), quer quando aplica multa (hipótese em que se observa o rito da Lei nº 6.830, de 22/9/1980), quer quando impõe obrigação de fazer ou não fazer.

Na via judicial, o órgão jurisdicional, além de competente para processar a

execução e adotar as medidas adequadas, inclusive através da concessão de tutela específica da obrigação – hipótese em que deve adotar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 62) –, tem ainda o poder de decretar a intervenção na empresa, quando essa medida se afigurar indispensável para possibilitar a tutela específica, e nomear o respectivo interventor (art. 69). Cumprida a obrigação pelo infrator, o juiz poderá revogar a intervenção.

Diga-se, contudo, que nem sempre tem sido fácil nem eficaz a fiscalização exercida por esse órgão. Há toda uma série de envolvimentos e interesses políticos, bem como imensa dificuldade em comprovar o abuso cometido pelos grandes grupos econômicos, muitas vezes ligados afetivamente a autoridades governamentais. Só mesmo um governo isento e forte e preordenado efetivamente à proteção da massa coletiva é que poderia levar a cabo essa difícil tarefa e evitar a descrença popular, originada dos acontecimentos vistos na rotina do dia-a-dia.

5. Controle do Abastecimento

Controle do abastecimento é a forma interventiva do Estado que objetiva a manter no mercado consumidor produtos e serviços suficientes para atender à demanda da coletividade.[2579]

Em momentos de crise econômica, ou de galopante processo inflacionário, é frequente que as empresas retenham seus produtos ou deixem de prestar seus serviços, provocando insuficiência de consumo no mercado e impedindo que a população obtenha regularmente os bens e serviços. Tal situação é geralmente especulativa e representa, sem dúvida, modalidade de abuso do poder econômico.

É diante desse quadro que entra em cena o Estado-Regulador para, mesmo contra a vontade dos fornecedores, proporcionar a regularização do abastecimento da população, ainda que sejam necessárias algumas medidas coercitivas para alcançar esse objetivo.

A Lei Delegada nº 4, de 26/9/1962, prevê várias hipóteses que justificam a intervenção do Estado no setor econômico. A intervenção pode dar-se através da compra, armazenamento, distribuição e venda de produtos alimentícios, animais, tecidos, medicamentos, máquinas etc. Pode ainda verificar-se por meio da fixação de preços dos produtos. E, por fim, pela desapropriação por interesse social. Nota-se, portanto, que o legislador ofereceu ao Poder Público todos os instrumentos

necessários à manutenção de bens e serviços no mercado, de modo a permitir o abastecimento regular a toda a coletividade.

O *controle do abastecimento* de bens e serviços à população constitui atividade de significativo interesse público. Ninguém desconhece que o desabastecimento provoca numerosos gravames aos indivíduos e se revela inaceitável quando se caracteriza como artificioso e fraudulento. Por conseguinte, não basta que a lei proíba essas práticas: é preciso que a Administração esteja devidamente aparelhada para enfrentar tais desvios de mercado.[2580] Referida atividade se qualifica como de *polícia administrativa*, por meio da qual poderão ser aplicadas medidas preventivas e repressivas.[2581] De outro lado, as ações do Poder Público devem ser implementadas de imediato, já que podem ser irreversíveis os efeitos causados pela falta de produtos no mercado.[2582]

6. Tabelamento de Preços

Os preços de bens e serviços existentes num determinado sistema econômico retratam a expressão monetária de seus valores.[2583] A regra geral, como sabemos, consiste na atribuição de preços a tudo o que se encontra oferecido para consumo. Raros são os bens que não têm valor monetário intrínseco.

Os preços classificam-se em *privados*, aqueles que se originam das condições normais do mercado, e *públicos*, aqueles fixados unilateralmente pelo Poder Público para os serviços que ele ou seus delegados prestem à coletividade, cobrados através de tarifas.[2584]

A atuação interventiva do Estado ocorre em relação aos preços privados. A expressão monetária dos preços privados se origina das condições do mercado, através de sua natural *lei da oferta e procura,* aquela que equilibra ou desequilibra o mercado conforme a natureza dos acontecimentos no sistema econômico. Quando a oferta é maior que a procura, os preços tendem a reduzir-se; quando a procura é maior que a oferta, ocorre o contrário, isto é, os preços tendem a elevar-se.

Na verdade, os preços devem ser naturalmente fixados pelo mercado, mas nem sempre é isso que se passa. Em alguns momentos da vida econômica, a sonegação de bens e serviços para o consumo regular do mercado, levada a efeito por alguns setores empresariais, provoca uma alta artificial dos preços. Trustes, cartéis, dominação de mercados, eliminação da concorrência, todos esses fatores

rendem ensejo à elevação artificial dos preços.

É exatamente quando se dá esse desequilíbrio nas condições de mercado que o Estado-Regulador atua de forma interventiva. Para tanto, utiliza o mecanismo mais apropriado para regular o mercado: o tabelamento de preços. *Tabelamento de preços*, portanto, *é a fixação dos preços privados de bens e produtos pelo Estado quando a iniciativa privada se revela sem condições de mantê-los nas regulares condições de mercado.* Tem sido denominado por alguns analistas de *"congelamento",* o que não deixa de ser um tabelamento protraído no tempo.

O tabelamento de preços está previsto expressamente no art. 2º, II, da Lei Delegada nº 4/62, e retrata uma das formas de atuação interventiva do Estado do domínio econômico. A competência para essa atuação é privativa da União ou de entidades a ela vinculadas, às quais tenha sido delegada essa atribuição. Estão fora, portanto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Esse tipo de intervenção estatal, entretanto, não pode desviar-se de sua finalidade. O fim a que se dirige o Estado é a regularização do mercado, de modo que se afigura ilegítima a atuação estatal pela qual sejam tabelados preços privados sem obediência à natural lei da oferta e procura. É que as empresas também têm amparo constitucional para a exploração das atividades econômicas, postulado próprio da liberdade de iniciativa. Seu direito só dá lugar ao poder interventivo do Estado quando há vulneração dos interesses maiores da coletividade.[2585]

7. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Além do grande empresariado, o setor econômico possui um grande número de empresas menores que, sem dúvida, são também responsáveis pelo desenvolvimento econômico do país.

Foi com essa visão que a Constituição em vigor contemplou sistema de proteção a essas empresas, estabelecendo no art. 179:

> *"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei".*

O objetivo constitucional, como se pode observar, foi o de propiciar a essa categoria de empresas a oportunidade de competição, ou ao menos de desenvolvimento, diante das grandes empresas que, naturalmente, precisam de menor ajuda por terem situação econômica mais sólida e melhores meios para alcançarem seus objetivos.

Por ocasião da denominada *reforma tributária*, a Constituição, no art. 146, III, "d", com a redação da EC 42/2003, passou a prever que a lei complementar sobre matéria tributária deve também definir *"tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte"* e instituir regimes especiais ou simplificados no caso do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (art. 155, II, CF), das contribuições para o PIS (art. 239, CF) e das contribuições previdenciárias previstas no art. 195, I, "b", e IV, da CF.

A Constituição atribuiu competência concorrente a todas as entidades federativas no que tange a ações protetivas para as microempresas, e o fez porque há vários aspectos de proteção que se incluem em competências constitucionais diversas. Tributos, por exemplo, pertencem a todas as esferas. Registros de empresas são da atribuição do Estado através das juntas comerciais. Os alvarás de construção, de localização e de funcionamento são, de regra, da competência dos Municípios. Enfim, a proteção a essa categoria de empresas é geral e deve emanar do Estado como um todo.

Para regulamentar a matéria em sede infraconstitucional, foi promulgada a *Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006*, que instituiu o *Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*.[2586] O diploma introduziu alterações em algumas leis e revogou expressamente as Leis nºs 9.841, de 05.10.99, que instituíra o estatuto anterior, e 9.317, de 05.12.96, que dispunha sobre o sistema integrado de imposto e contribuições daquelas empresas, denominado de "SIMPLES". Na verdade, a revogação dessas leis visou à unificação de toda a matéria em diploma único.

Não custa, porém, em breve síntese, apontar os destaques da citada L.C. 123/2006.

A proposta do legislador foi a de estabelecer as *normas gerais* relativas ao *tratamento diferenciado e favorecido* às microempresas e empresas de pequeno porte em nível federal, estadual, distrital e municipal. Três foram os pontos objeto do foco da lei: 1º) regime único de arrecadação para apuração e recolhimento de impostos e

contribuições; 2º) regras específicas para cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias; 3º) acesso ao crédito e ao mercado (com preferência nas aquisições de bens e serviços pela Administração), à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.[2587]

Para gerir semelhante sistema, três foram os órgãos previstos na lei: 1º) Comitê Gestor do Simples Nacional, composto de representantes dos entes federativos e destinado a tratar dos *aspectos tributários*; 2º) Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, também composto de representantes das pessoas federativas e órgãos de apoio e de registro empresarial, e com a finalidade de tratar do *processo de registro e de legalização* de empresários e de pessoas jurídicas; 3º) Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, do qual participam órgãos federais e entidades vinculadas ao setor, com o objetivo de tratar dos *demais aspectos* de interesse dessas pessoas.[2588] Para implementar as medidas da lei com maior efetividade, ficou estabelecido que aos Municípios caberá designar servidor específico (Agente de Desenvolvimento), que ficará responsável pelas ações locais ou comunitárias, individuais ou coletivas, visando ao cumprimento das disposições e diretrizes da lei geral.[2589]

Segundo a lei, só podem enquadrar-se naquelas categorias empresariais a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário, este com a fisionomia delineada no Código Civil,[2590] desde que providenciado o registro nos órgãos competentes. As categorias distinguem-se em função da receita bruta auferida pela empresa no ano-calendário.[2591] Não obstante, a lei exclui do regime diferenciado e favorecido as pessoas jurídicas em determinadas situações especiais (art. 3º, § 4º, I a X).

No *aspecto tributário*, repete-se na L.C. 123/2006, embora com algumas normas diferenciadas, o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – *Simples Nacional* (arts. 12 a 41). A lei visou a facilitar os pequenos empresários no que diz respeito ao débito de impostos e outras contribuições, inclusive reduzindo as exigências formais adotadas normalmente para o pagamento de despesas fiscais.

No âmbito das *relações trabalhistas*, foram criadas normas que reduzem as formalidades usualmente exigidas das empresas em geral. Dentre elas, destacam-se

as que dispensam as microempresas e empresas de pequeno porte de pagamento das contribuições sindicais e das contribuições de interesse dos serviços sociais autônomos (art. 240, CF), bem como do salário-educação (Lei 9.424, de 24.12.1996).[2592]

O *associativismo* foi contemplado com a possibilidade de as microempresas e empresas de pequeno porte constituírem *sociedade de propósito específico,* para realizar negócios de compra e venda de bens, destinados aos mercados nacional e internacional. Compete-lhes também adotar uma série de providências de apoio e operacionalização em prol das entidades associadas. Não obstante, só podem participar da aludida sociedade pessoas que tenham optado pelo Simples Nacional. [2593]

O *acesso aos mercados* pretendeu oferecer oportunidades mais expressivas às mesmas empresas através de preferências no setor de aquisições de bens e serviços pela Administração Pública e de redução de formalismos dentro do procedimento licitatório (arts. 42 a 49). Introduziu-se a inovação de permitir a tais empresas a emissão de *cédula de crédito mircroempresarial*, com a natureza de título de crédito, regido subsidiariamente pela legislação incidente sobre as cédulas de crédito comercial.

Foram instituídas, da mesma forma, medidas de *estímulo ao crédito e à capitalização* com o escopo de melhorar o acesso dessas empresas aos mercados de crédito e de capitais e, com isso, reduzir custos, elevar eficiência e incentivar o quadro competitivo (arts. 57 a 63).

O *acesso à justiça* foi consignado com a legitimidade das empresas para a propositura de ações perante os juizados especiais (art. 8º, § 1º, Lei nº 9.099/95), bem como através do estímulo à conciliação prévia, mediação e arbitragem. Averbe-se, ainda, que a lei admitiu que entidades privadas e públicas, inclusive o Judiciário, possam firmar *parcerias* entre si, com o objetivo de permitir a instalação ou utilização de ambientes adequados à realização dos procedimentos, alvitrando-se a busca da solução de conflitos (art. 75-A).

Em suma, a análise da nova legislação denota o desejo de fomentar as atividades das microempresas e empresas de pequeno porte, inserindo-as no mercado de créditos e de capitais em condições ao menos equiparadas às das grandes empresas. Trata-se da concessão de oportunidade para que possam

realmente competir no mercado, não sucumbindo diante da usual voracidade e ambição de grupos econômicos poderosos. A implementação dessas políticas retrata verdadeira evolução dos setores econômico e social. É necessário, porém, que a tutela não se limite às normas inscritas na lei, mas que, ao contrário, sejam efetivadas pelos entes federativos nos limites de suas competências.

V. Estado Executor

Vimos que, além da figura do Estado-Regulador, o Poder Público aparece ainda sob a forma de Estado-Executor. Como regulador, o Estado – já foi visto – atua produzindo normas, interferindo na iniciativa privada, regulando preços, controlando o abastecimento, reprimindo o abuso do poder econômico e enfim praticando uma série de atos disciplinadores da ordem econômica.

Entretanto, o Estado também age *exercendo*, e não apenas regulando, atividades econômicas. É claro que o exercício estatal dessas atividades não pode constituir-se em regra geral. Ao contrário, a Constituição estabelece uma série de limites à atuação dessa natureza, exatamente para preservar o princípio da liberdade de iniciativa, concedido aos particulares em geral (art. 170, parágrafo único, CF).

É essa postura estatal que examinaremos a seguir.

1. Formas

Como exercente de atividades econômicas, o Estado pode assumir duas posições.

A primeira é aquela em que o próprio Estado se incumbe de explorar a atividade econômica através de seus órgãos internos. É o exemplo em que uma Secretaria Municipal passa a fornecer medicamentos ao mercado de consumo, para favorecer sua aquisição pelas pessoas de baixa renda. Pode dizer-se neste caso que há *exploração direta* de atividades econômicas pelo Poder Público. Pela especial natureza de tais situações, a atividade econômica acaba confundindo-se com a própria prestação de serviços públicos, já que o Estado tem objetivos sociais e não persegue lucro.

Mas o que mais frequentemente acontece é a criação pelo Estado de pessoas jurídicas a ele vinculadas, destinadas mais apropriadamente à execução de atividades mercantis. Para tanto, institui normalmente empresas públicas e sociedades de

economia mista, entidades adequadas a tais objetivos. Embora sejam pessoas autônomas, que não se confundem com a pessoa do Estado, é este que as controla, dirige e impõe a execução de seus objetivos institucionais. Assim, se são elas que exploram diretamente a atividade econômica, é o Estado que, em última instância, intervém na ordem econômica. Nesse caso, podemos dizer que há *exploração indireta* de atividades econômicas pelo Estado.

2. Exploração Direta

2.1. Regra Geral

A regra relativa à exploração direta de atividades econômicas pelo Estado se encontra no art. 173, *caput,* da CF:

> *"Ressalvados os casos previstos nesta 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".*

O art. 173, *caput,* da CF tem que ser interpretado conjugadamente com o art. 170, IV e parágrafo único. A exploração de atividades econômicas cabe, como regra, à iniciativa privada, um dos postulados fundamentais do regime capitalista. Desse modo, a possibilidade que a Constituição admitiu no art. 173 há de ser considerada como tendo caráter excepcional. Por isso é que o próprio texto estabeleceu os limites que ensejariam essa forma de atuar do Estado. Sendo assim, não é difícil perceber que a leitura do texto indica claramente que a regra é que o Estado *não explore atividades econômicas*, podendo fazê-lo, contudo, em caráter especial, quando estiverem presentes os pressupostos nele consignados.

Dois pontos nesse tema merecem consideração.

Primeiramente é preciso reafirmar que, mesmo quando explore atividade econômica, o Estado está preordenado, mediata ou imediatamente, à execução de atividade que traduza benefício para a coletividade, vale dizer, que retrate interesse público. A razão é simples: não se pode conceber o Estado senão como sujeito capaz de perseguir o interesse coletivo. A intervenção na economia só tem correlação com a iniciativa privada porque é a esta que cabe primordialmente a exploração. Mas o móvel da atuação interventiva haverá de ser sempre a busca de

atendimento de algum interesse público, mesmo que o Estado se vista com a roupagem mercantil de comerciante ou industrial.

O outro ponto que merece destaque diz respeito à inconveniência de o Estado imiscuir-se nas atividades econômicas. Na verdade, sempre que o Estado intervém no domínio econômico se mostra ineficiente e incapaz de atingir seus objetivos, acabando por ocasionar uma série de outros problemas. Não há como comparar-se seus resultados com os obtidos pela iniciativa privada. Autorizada doutrina mostra essa realidade: *"A verdade é que o Estado não consegue submeter suas empresas regidas pelo direito privado a uma verdadeira mentalidade empresarial; pelo contrário sempre encontra formas de pô-las a serviço dos interesses do poder, e não da coletividade".*[2594]

O que se verifica, em última instância, é que o Estado não deve mesmo exercer a função de explorar atividades econômicas. O papel que deve desempenhar é realmente o de Estado-Regulador, controlador e fiscal, mas deixando o desempenho às empresas da iniciativa privada.

Conquanto já tenhamos examinado o tema anteriormente, não custa relembrar que nem sempre é muito fácil distinguir os *serviços públicos econômicos das atividades privadas eminentemente econômicas.* Ambos propiciam lucratividade, mas, enquanto aqueles visam ao atendimento de demandas da coletividade para sua maior comodidade, estas retratam atividades de caráter empresarial, de indústria, comércio ou serviços. Por isso, os primeiros se situam dentro da competência normal dos entes federativos, ao passo que as últimas devem ser atribuídas ao setor privado e, somente por exceção, à exploração direta pelo Estado.[2595]

2.2. Pressupostos

A Constituição não deixa liberdade para o Estado explorar atividades econômicas, mas, ao contrário, aponta três pressupostos que legitimam a intervenção.

O primeiro é a *segurança nacional,* pressuposto de natureza claramente política. Se a ordem econômica conduzida pelos particulares estiver causando algum risco à soberania do país, fica o Estado autorizado a intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, tudo com vistas a restabelecer a paz e a ordem sociais.

O outro pressuposto é o *interesse coletivo relevante.* A noção de interesse coletivo relevante constitui conceito jurídico indeterminado, porque lhe faltam a precisão e a

identificação necessárias a sua determinabilidade. Por essa razão, a Constituição admitiu que essa noção viesse a ser definida em lei. Desse modo, será necessário que o Governo edite a lei definidora do que é interesse coletivo relevante para permitir a intervenção legítima do Estado no domínio econômico.

Há um terceiro pressuposto que está implícito no texto. O dispositivo, ao ressalvar os casos previstos na Constituição, está admitindo que o só fato de haver disposição em que haja permissividade interventiva contida no texto constitucional é suficiente para autorizar a exploração da atividade econômica pelo Estado, independentemente de ser hipótese de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante. Há, de fato, interesse coletivo relevante *presumido*, porque constante da Constituição, muito embora não tenha sido ele definido em lei.

Por todos esses elementos podemos dizer que a atuação do Estado como explorador da atividade econômica é, em princípio, vedada, só sendo permitida quando:

a) o exigir a segurança nacional;
b) atender a interesse coletivo relevante; e
c) houver expresso permissivo constitucional.

3. Exploração Indireta

3.1. Sentido

A forma mais comum pela qual o Estado intervém no domínio econômico é através das entidades paraestatais. As sociedades de economia mista e as empresas públicas são as entidades vinculadas ao Estado às quais se atribui a tarefa de intervir no domínio econômico.

Nesse caso, o Estado não é o executor direto das atividades econômicas, como vimos no tópico anterior. Para executá-las, socorre-se dessas entidades, que têm a sua criação autorizada por lei e já nascem com objetivos predeterminados (art. 37, XIX, CF). E são as entidades que vão realmente explorar as atividades econômicas para as quais a lei as destinou.

A exploração indireta de atividades econômicas pelo Estado tem previsão no art. 173, § 1º, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/98 (reforma administrativa do Estado), segundo o qual a lei deverá estabelecer 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 serviço.

A referida lei deverá dispor sobre vários aspectos, alguns destes já examinados, como a função social e a forma de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; a licitação e contratação; a organização dos conselhos fiscal e de administração com a participação de acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

De qualquer modo, podemos conceituar a exploração indireta do Estado como aquela pela qual exerce atividades econômicas por intermédio de entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas.

3.2. As Empresas do Estado

A análise do texto constitucional denota a existência de três categorias de pessoas jurídicas ligadas ao Estado, que podem explorar atividades econômicas.

As duas primeiras são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cujo perfil já examinamos no capítulo próprio.[2596] Caracterizam-se por serem destinadas a dois objetivos:

1) o desempenho de atividades econômicas; e
2) a prestação de serviços públicos.

Quando exercem atividades econômicas, essas entidades, que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem agir como verdadeiros particulares no campo mercantil, seja no setor de comércio, seja no de indústria, e, ainda, no de serviços.

A outra categoria mencionada no mandamento constitucional é a das empresas *subsidiárias*, que, como já vimos anteriormente, são aquelas que, derivando das empresas públicas e sociedades de economia mista primárias, estão sob controle destas no que toca ao capital e, obviamente, às diretrizes operacionais. São também denominadas de empresas de *segundo grau*, que, a seu turno, também podem

controlar o capital de entidades derivadas, de *terceiro grau*, e assim sucessivamente. Fora das primárias, todas são subsidiárias e, por força de mandamento constitucional, exigem autorização legislativa para sua instituição. O art. 173, § 1º, aliás, com a redação da EC 19/98, baniu, em bom momento, a expressão *"outras entidades que explorem atividade econômica"*, contemplada anteriormente no dispositivo, a qual suscitava algumas perplexidades, como registramos em edições anteriores, já que, por ser ampla e imprecisa, não permitia identificar quais seriam essas "outras entidades"'. Com a nova redação, a referência cinge-se apenas às sociedades de economia mista, às empresas públicas e às suas subsidiárias, tudo conforme o que a lei tiver estabelecido.

A execução de atividades econômicas por essas empresas paraestatais apresenta fatores positivos e negativos, como bem assinala VEDEL.[2597] Como fatores positivos, estão a personalidade jurídica própria e a autonomia financeira, bem como a busca de objetivos econômicos definidos. Como fator negativo, aponta o fato de que, mesmo voltadas para objetivos econômicos, não podem abstrair-se do interesse geral.

O certo é que, contemplando expressamente tais entidades, a Constituição autoriza, também de forma expressa, que elas sirvam de meio para a execução pelo Estado, de forma indireta, de atividades de caráter mercantil.

Relembre-se, por oportuno, que autarquias e fundações públicas, embora também vinculadas e controladas pelo Estado, não se prestam à execução de atividades econômicas, incompatíveis com sua natureza de entidades sem fins lucrativos, sem caráter mercantil e voltadas para atividades eminentemente sociais.

3.3. Regime Jurídico

O texto constitucional é peremptório quando obriga a que essas entidades se sujeitem ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Nota-se de plano que o advérbio *inclusive* empregado no dispositivo não teve outra finalidade a não ser a de enfatizar quais os campos do regime privado que não poderiam deixar de aplicar-se às empresas paraestatais – o regime privado, trabalhista e tributário. Significa que seus empregados devem sujeitar-se à CLT e que se tornam contribuintes tributários nas mesmas condições que as empresas privadas. Ressalve-se, todavia, que o regime

aplicável às empresas privadas não se limita a esses dois campos, que, repita-se, foram apenas enfatizados. O que o texto determina é que se submetam a todo o regime aplicável às empresas privadas.[2598]

O intuito do Constituinte não é difícil de explicar. Se as empresas paraestatais tivessem prerrogativas e vantagens específicas do Estado, teriam elas muito maiores facilidades que as empresas privadas e, por certo, causariam a ruptura do postulado da livre concorrência e do equilíbrio do mercado. Desse modo, quis deixar expresso que o fato de serem instituídas, controladas e fiscalizadas pelo Estado não será idôneo para colocá-las em vantagem perante suas congêneres privadas. Ao revés, assim como poderiam usufruir as vantagens destas, teriam que também suportar seus ônus e dificuldades. Esse é que é o espírito do dispositivo.

A regra, contudo, não pode ser interpretada literalmente, e a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas também tem que ser visto *cum grano salis*. Na verdade, por mais que se aproximem das empresas da iniciativa privada e que sofram a incidência do regime jurídico destas, o certo é que não podem descartar o influxo de algumas regras de direito público, indispensáveis no caso de que se trata, ou seja, de pessoas administrativas vinculadas necessariamente a uma pessoa federativa. Apesar de pessoas privadas, essas entidades sujeitam-se às regras de vinculação com a respectiva Administração Direta; obrigam-se à prestação de contas ministerial e ao Tribunal de Contas, tanto quanto a própria Administração; só podem recrutar mediante concurso público de provas ou de provas e títulos; obedecem ao princípio da obrigatoriedade de licitação, e outras tantas normas de direito público, não aplicáveis, obviamente, às empresas da iniciativa privada. Há, portanto, um *regime híbrido*, pelo qual, de um lado, sofrem o influxo de normas de direito privado quando explorando atividades econômicas, e de outro submetem-se a regras de direito público quanto aos efeitos decorrentes de sua relação jurídica com o Estado.

Em abono desse hibridismo de regime jurídico, afigura-se acertada a lição no que concerne às sociedades de economia mista: *"Então, embora basicamente se conformem à disciplina do direito privado, sobreposse no que tange a suas relações com terceiros, nem por isto são regidas exclusivamente pelos preceitos atinentes àquele ramo do direito. Muito pelo contrário. Sofrem também, como se disse, a ingerência de princípios e normas de direito público".* [2599]

Denotando claramente que tais entidades têm que estar sujeitas a regime especial, a CF, como já dissemos anteriormente, prevê no art. 173, § 1º, com a redação da EC 19/98, a promulgação de lei que regule seu estatuto jurídico, indicando, dentre outras, as peculiaridades relativas a sua função social e ao regime aplicável às empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Não há dúvida de que, mesmo com o advento da referida lei, o regime continuará híbrido, porque, por mais que possam se aproximar das pessoas da iniciativa privada, nunca deixarão de ser entidades que, afinal de contas, foram criadas pelo Estado, e, se assim é, terão que se sujeitar à incidência de normas de direito público.[2600]

Esse é um aspecto do regime jurídico. Há, porém, um outro. As entidades paraestatais são destinadas ao desempenho de atividades mercantis e agem como particulares, nas relações de mercado. Não obstante, como bem observa BIELSA, nunca podem estar preordenadas apenas aos interesses econômicos, como os particulares em geral, mas, ao contrário, devem perseguir sempre e sempre o interesse público. Este é que é o fim último da atuação do Estado; a atuação interventiva na ordem econômica não pode ser senão um meio de alcançar aquele fim.[2601]

3.4. Privilégios Fiscais

O princípio da aplicabilidade às empresas paraestatais das mesmas regras incidentes sobre as empresas da iniciativa privada, com a menção expressa do art. 173, § 1º, da CF, de que nelas se incluem as obrigações tributárias, bastaria para chegar-se à conclusão de que não podem ser concedidos privilégios fiscais exclusivos para elas.

A despeito desse fato, o Constituinte mais uma vez foi redundante e, para não deixar margem a dúvidas, proclamou no art. 173, § 2º:

> *"As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado".*

Privilégios fiscais são vantagens atribuídas pelo Poder Público a contribuintes em virtude de certas situações especiais nas quais é preciso conciliar os interesses de

ambos. É evidente que quem recebe um privilégio fiscal tem menor ônus do que aquele que não é aquinhoado. Ora, se fosse possível beneficiar as empresas do Estado com privilégios fiscais, esse fato provocaria grande prejuízo às empresas da iniciativa privada, que, em última análise, se veriam alijadas da regular concorrência.

Desse modo, pode-se dizer que a impossibilidade da concessão de privilégios fiscais às empresas paraestatais (art. 173, § 2º) já se situa dentro do princípio de que a elas se aplica o regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias (art. 173, § 1º). O excesso normativo, porém, embora não muito técnico, revela a vontade do Constituinte de dar ênfase a aspectos especiais que envolvem a atuação do Estado no domínio econômico através de empresas paraestatais.

Por fim, cumpre ressaltar que não está proibido que o Estado conceda privilégios fiscais a suas empresas; o que se proíbe é que os conceda *somente a elas*. Se elas forem beneficiadas pelos privilégios, a extensão destes deve alcançar também as empresas da iniciativa privada. Nesse aspecto é decisiva a aplicação do princípio da igualdade.

VI. Monopólio Estatal

1. Sentido

Monopólio significa a exploração exclusiva de um negócio, em decorrência da concessão de um privilégio. O monopólio privado é absolutamente vedado pela Constituição, porque permite a dominação do mercado e a eliminação da concorrência, fatores que espelham abuso do poder econômico.[2602] A empresa monopolista a curto prazo tem condições de obter lucro máximo e não necessita se ajustar aos preços de mercado.[2603] Não é difícil observar que tal situação é totalmente incompatível com o sistema adotado na Constituição, cabendo no caso a presença do Estado-Regulador.

O mesmo não se passa com o monopólio estatal, isto é, aquele que é exercido pelo Estado ou por delegados expressamente autorizados a tanto. A diferença, porém, é flagrante. Enquanto o monopólio privado tem por escopo o aumento de lucros e o interesse privado, o monopólio estatal visa sempre à proteção do interesse público. A exclusividade de atuação do Estado em determinado setor

econômico tem caráter protetivo, e não lucrativo, e por esse motivo tem abrigo constitucional.[2604] Cabe destacar, por oportuno, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado em regime de monopólio é *imperiosa* (e não facultativa), quando se trate de imperativo de segurança nacional (art. 173, *caput*, CF).[2605]

Podemos, assim, definir o monopólio estatal como a atribuição conferida ao Estado para o desempenho exclusivo de certa atividade do domínio econômico, tendo em vista as exigências de interesse público.

2. Natureza Jurídica

O monopólio estatal tem a natureza de atuação interventiva do Estado, direta ou indireta, de caráter exclusivo, em determinado setor da ordem econômica.

É atuação interventiva exclusiva porque a exploração da atividade pelo Estado afasta os particulares do mesmo ramo. Pode ser direta ou indireta, porque tanto o Estado como uma de suas entidades vinculadas podem explorar a atividade, embora a reserva de controle sempre seja pertencente àquele.

Além disso, o monopólio, embora voltado à atividade econômica, é meio de intervenção que também atende à ordem social.

3. Monopólio e Privilégio

A doutrina distingue monopólio e privilégio.

Monopólio é o fato econômico que retrata a reserva, a uma pessoa específica, da exploração de atividade econômica.

Nem sempre, no entanto, o titular do monopólio é aquele que explora a atividade. Pode delegar a atuação a outra pessoa. *Privilégio* é a delegação do direito de explorar a atividade econômica a outra pessoa. Sendo assim, só quem tem o monopólio tem idoneidade para conceder privilégio.[2606]

4. Atividades Monopolizadas

O exame do conjunto normativo constitucional denuncia que se podem encontrar dois tipos de monopólios estatais: o monopólio *expresso* e o monopólio *implícito*.

As atividades expressamente monopolizadas estão relacionadas no art. 177 da CF, alterado pela EC nº 9/95. São elas:

a) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

b) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

c) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

d) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

e) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Note-se, no elenco constitucional, que duas são as atividades monopolizadas, uma relativa a atividades petrolíferas e outra concernente a materiais nucleares.

A Emenda nº 9/95 introduziu profunda alteração no regime monopolístico relativo ao petróleo. Anteriormente, era vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo (art. 177, § 1º, com a redação anterior). Reduzindo a extensão do monopólio, passou a consignar o dispositivo que a União poderá contratar empresas estatais ou privadas para a realização das atividades ligadas ao petróleo, previstas nos incisos I a IV do art. 177. Portanto, observa-se que a atividade petrolífera continua monopolizada, embora atualmente seja possível a concessão de privilégios a outras pessoas.

A Emenda Constitucional nº 49, de 8.2.2006, alterando o art. 177, inc. V, da CF, também atenuou o monopólio relativo à pesquisa, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, passando a admitir a produção, comercialização e utilização de *radioisótopos* por particulares sob regime de *permissão*, fato agora também previsto – já o referimos – no art. 21, XXIII, alíneas "b" e "c", da Constituição. Nesse aspecto, por conseguinte, a alteração fez desaparecer o monopólio estatal.[2607]

Além dessas, há ainda as atividades implicitamente monopolizadas, que são as

previstas no art. 21 da CF, entre as quais citem-se a emissão de moedas (inc. VII); o serviço postal (inc. X); a exploração de serviços de telecomunicações (inc. XI); e a exploração de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; de serviços de energia elétrica e de aproveitamento dos cursos d'água; da navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; de serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; de portos marítimos, fluviais e lacustres (inc. XII).

Em todas essas atividades, é a União que detém o monopólio da atividade econômica. Em muitas delas, como já se pôde observar, pode a União atribuir a exploração direta a terceiro através de delegação.

VII. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula nº 646: *Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.*

Capítulo XV -

Controle da Administração Pública

I. Introdução

1. Controle Político e Controle Administrativo

O controle do Estado pode ser exercido através de duas formas distintas, que merecem ser desde logo diferenciadas.

De um lado, temos o *controle político*, aquele que tem por base a necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nesse controle, cujo delineamento se encontra na Constituição, pontifica o sistema de freios e contrapesos, nele se estabelecendo normas que inibem o crescimento de qualquer um deles em detrimento de outro e que permitem a compensação de eventuais pontos de debilidade de um para não deixá-lo sucumbir à força de outro. São realmente freios e contrapesos dos Poderes políticos.

Esse tipo de controle nasceu da célebre teoria da separação de poderes, preconizada por LOCKE e MONTESQUIEU nos séculos XVII e XVIII. Este último, em sua obra "O Espírito das Leis", sustentava que era necessário que um Poder detivesse o outro e que todos deveriam atuar harmonicamente. O poder soberano é uno e indivisível, mas suas funções devem ser diversificadas, e para cada uma delas deve ser criado um órgão próprio, que vem a ser o Poder.[2608] É nesse sentido que dispõe o art. 2º da CF:

> *"São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".*

Vários são os casos que traduzem o controle político do Estado exercido entre os seus Poderes. O Executivo, por exemplo, controla o Legislativo através do veto aos projetos oriundos desse Poder (art. 66, § 1º, CF). O Legislativo, a seu turno, controla o Executivo através da rejeição ao veto do Chefe deste Poder (art. 66, § 4º,

CF). O Judiciário controla a ambos pelo controle da legalidade e da constitucionalidade de seus atos. Mas, apesar disso, é o Chefe do Executivo que, exercendo controle político sobre o Judiciário, nomeia os integrantes dos mais altos Tribunais do país (art. 101, parágrafo único; art. 104, parágrafo único; art. 107, CF etc.). O Legislativo também controla o Judiciário, como é o caso do controle financeiro e orçamentário (art. 70, CF).

O que ressalta de todos esses casos é a demonstração do caráter que tem o controle político: seu objetivo é a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas do país.

O *controle administrativo* tem linhas diversas. Nele não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos, mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa. Enquanto o controle político se relaciona com as instituições políticas, o controle administrativo é direcionado às instituições administrativas.

Esse controle administrativo se consuma de vários modos, podendo-se exemplificar com a fiscalização financeira das pessoas da Administração Direta e Indireta; com a verificação de legalidade, ou não, dos atos administrativos; com a conveniência e oportunidade de condutas administrativas etc. Todos os mecanismos de controle neste caso são empregados com vistas à função, aos órgãos e aos agentes administrativos. Afinal, como bem acentua DIEZ, se a Administração tem vários fins, um deles, e dos mais importantes, é de controle de sua própria atividade.[2609]

O *controle político* é estudado basicamente no Direito Constitucional. No presente capítulo, estaremos voltados mais especificamente para o controle administrativo da Administração Pública, matéria própria do Direito Administrativo.

2. Fundamentos

O controle administrativo da Administração Pública tem dois pilares de sustentação.

O primeiro deles é o *princípio da legalidade*, reconhecidamente o mais importante em termos de função administrativa. Partindo-se da premissa de que esta função se desenvolve de forma subjacente à lei e que os agentes não têm aquela vontade livre

que caracteriza os particulares em geral,[2610] não é difícil perceber que tudo quanto se processe no âmbito da Administração Pública há de estar adstrito ao que a lei determina. Bem anota SEABRA FAGUNDES que administrar é aplicar a lei *ex officio*,[2611] de modo que, com muito maior razão, será necessário que se possa ter à mão instrumentos eficientes para controlar a legalidade das condutas administrativas.

O outro princípio de relevo é o das *políticas administrativas*, ou seja, o poder que tem a Administração de estabelecer suas diretrizes, suas metas, suas prioridades e seu planejamento para que a atividade administrativa seja desempenhada da forma mais eficiente e rápida possível. Neste ponto, não se pode perder de vista que o único alvo da atividade administrativa tem que ser o interesse público, e, sendo assim, é este mesmo interesse que estará a exigir o controle da Administração, não somente em sede de legalidade, mas também no que diz respeito aos objetivos a serem alcançados através da função de gerir os negócios da coletividade.

II. Controle

1. Sentido

Podemos denominar de controle da Administração Pública *o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.*

No conceito acima são ressaltados alguns importantes elementos.

Quando fazemos referência a um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, desejamos realçar o fato de que há formas jurídicas de controle, como é o caso do controle judicial dos atos da Administração, e formas administrativas, como é, por exemplo, o pedido de certa comunidade à Prefeitura para o asfaltamento de vias públicas de trânsito.

A fiscalização e a revisão são os elementos básicos do controle. A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração.[2612] A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que

melhor seja atendido o interesse coletivo.

A abrangência do controle é bem ampla e alcança *toda a atividade administrativa*, alcançando assim todas as esferas de Poder, vale dizer, todos os Poderes da República. Sabemos que em todos eles há serviços administrativos, ainda que, em alguns casos, sejam serviços de apoio, e, por isso mesmo, o controle se exerce sobre todos os órgãos e agentes de caráter administrativo em todos esses Poderes. Bom exemplo é o dos atos administrativos. Praticam-se atos administrativos no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, e sobre todos eles será possível exercer o controle. O mesmo se dá em relação à gestão dos recursos públicos: assim como essa gestão se dá em todos os Poderes, é em todos eles que se exercerá o controle dessa gestão.

Sensível à necessidade de ser exercido maior controle ainda sobre os órgãos administrativos, o Constituinte, através da E.C. 45/2004, que implantou a Reforma do Judiciário, introduziu no texto constitucional dispositivos em que foram criados o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B) e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A), a ambos competindo o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do Ministério Público e a função de zelar pela observância dos princípios administrativos insculpidos no art. 37, da CF, inclusive quanto à legalidade dos atos de suas administrações.

2. Objetivo

A função de controle tem intrínseca relação com o instituto da garantia jurídica.

De fato, embora caiba à Administração a tarefa de gerir o interesse coletivo, não é ela livre para fazê-lo. Deve atuar sempre em conformidade com os padrões fixados na lei e buscar, a toda a força, o interesse da coletividade.

Sendo assim, os mecanismos de controle vão assegurar a garantia dos administrados e da própria Administração no sentido de ver alcançados esses objetivos e não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes administrativas. Esse é que constitui o seu objetivo.

É exatamente através do controle que os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas, e por essa razão essa possibilidade espelha, sem a menor dúvida, uma garantia para

ambos.[2613]

3. Natureza Jurídica

A natureza jurídica do controle é a de *princípio fundamental* da Administração Pública.

O Decreto-lei nº 200/67 – o estatuto da reforma administrativa federal – relacionou cinco princípios fundamentais aos quais deverá estar atrelada a Administração: o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle.[2614]

Inserido entre os princípios fundamentais, o aludido diploma legal pretendeu considerar o controle como indispensável à execução das atividades administrativas do Estado, chegando mesmo a registrar que *deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos.*[2615] Significa que o controle, como princípio fundamental, com caráter de indispensabilidade, não pode ser recusado por nenhum órgão administrativo. O espírito da lei é inverso, isto é, serve para estimular órgãos e agentes a desenvolverem métodos cada vez mais eficientes para um melhor controle da Administração.

O princípio, conquanto esteja previsto em legislação federal, deve ser observado por todas as demais entidades federativas independentemente de lei, porque a gestão de interesses alheios, como é o caso da Administração, implica naturalmente a prestação de contas de ações e resultados aos titulares dos mesmos interesses, no caso a coletividade.

4. Classificação

4.1. Quanto à Natureza do Controlador

A classificação do controle quanto à natureza do controlador, que é das mais importantes, leva em conta os setores fundamentais do Estado, razão por que, sob esse aspecto, o controle pode ser *legislativo, judicial* ou *administrativo.*

O *controle legislativo* é aquele executado através do Poder Legislativo sobre os atos da Administração Pública. Sendo o Poder de representação popular, não poderia retirar-se a ele a função fiscalizadora das condutas administrativas em geral. Exemplo desse controle é o exercido pelos Tribunais de Contas, órgãos de controle financeiro que integram o Legislativo das diversas esferas da federação.

O *controle judicial* é o levado a efeito pelo Poder Judiciário. Cabe a este Poder a decisão sobre a legalidade, ou não, de atos da Administração em geral, principalmente em casos de conflitos de interesses. Exemplo desse controle é o exercido por meio de ações judiciais nas quais se discuta sobre a legalidade de atos administrativos.

Por último, o *controle administrativo* é o que se origina da própria Administração Pública. Significa aquele poder que têm os órgãos que a compõem, de fiscalizarem e reverem seus próprios atos, controle, aliás, normalmente denominado de *autotutela.* A revogação de um ato administrativo serve como exemplo desse tipo de controle.

4.2. Quanto à Extensão do Controle

Sob o aspecto da extensão do controle, divide-se ele em *interno* e *externo.*

Controle interno é aquele exercido por órgãos de um Poder sobre condutas administrativas produzidas dentro de sua esfera.[2616] Desse modo, o controle que um órgão ministerial exerce sobre os vários departamentos administrativos que o compõem se caracteriza como interno, e isso porque todos integram o Poder Executivo. No Judiciário, por exemplo, é controle interno o que a Corregedoria exerce sobre os atos dos serventuários da Justiça.[2617]

Ocorre o *controle externo* quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela de onde a conduta administrativa se originou.[2618] É o controle externo que dá bem a medida da harmonia que deve reinar entre os Poderes, como o impõe o art. 2º da CF. Por envolver aspectos que de alguma forma atenuam a independência entre eles, esse tipo de controle está normalmente contemplado na Constituição. É o caso do controle do Judiciário sobre atos do Executivo em ações judiciais. Ou do Tribunal de Contas sobre atos do Executivo e do Judiciário.

4.3. Quanto à Natureza do Controle

A classificação quanto à natureza do controle é fundada no conteúdo de que se reveste o ato de controle. Nesse aspecto, temos o *controle de legalidade* e o *controle de mérito.*

Controle de legalidade, como informa a própria expressão, é aquele em que o órgão controlador faz o confronto entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, que pode estar na Constituição, na lei ou em ato

administrativo impositivo de ação ou de omissão. Verificada a incompatibilidade da ação ou omissão administrativa com a norma jurídica incidente sobre a espécie, deve ser revista a conduta por ser ilegítima.[2619]

O controle de legalidade dos atos da Administração pode ser interno ou externo, vale dizer, pode ser processado pelos órgãos da mesma Administração ou por órgãos de Poder diverso. Pode dizer-se, assim, que Legislativo, Judiciário e a própria Administração podem exercer o controle de legalidade. O Judiciário, por exemplo, examina a legalidade de atos administrativos em mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF). O Legislativo, pelo seu Tribunal de Contas, aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal (art. 71, III, CF). E a Administração, em qualquer esfera, controla a legalidade de seus próprios atos: se uma autoridade estadual age em desconformidade com norma jurídica válida, pode o Secretário Estadual controlar a legalidade da ação administrativa.

Resultado desse controle pode ser, de um lado, a confirmação do ato ou, de outro, a sua invalidação. São atos de confirmação *a homologação, a aprovação, o visto* e outros atos eventualmente inominados.[2620] A invalidação é costumeiramente denominada de *anulação*, termo que serve tanto para o Judiciário, em ações judiciais, como para a Administração. Pode ocorrer que a Administração proceda à anulação por meio de ato com designação específica, como, por exemplo, uma portaria que anule uma conduta administrativa anterior. Portaria será o nome formal do ato, mas em seu conteúdo estará a intenção administrativa de proceder à anulação.

Controle de mérito é o controle que se consuma pela verificação da conveniência e da oportunidade da conduta administrativa. Nesse controle, nada se questiona sobre a legalidade da conduta; afere-se apenas se uma conduta anterior merece prosseguir ou se deve ser revista.

O termo *mérito*, no Direito Administrativo, tem sido empregado, algumas vezes, em sentido um pouco diverso do sentido clássico. Quando se faz referência ao controle de mérito, no entanto, a intenção é considerar aqueles aspectos da conduta administrativa sujeitos à valoração dos próprios agentes administrativos. Significa, pois, aquilo que é melhor, mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins.

O ponto que mais merece atenção nesse tipo de controle reside na

competência para exercê-lo. Com efeito, o controle de mérito *é privativo da Administração Pública* e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário.[2621] A razão é simples. Se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos. Somente a estes incumbe proceder a essa valoração, até porque esta é inteiramente administrativa. Ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade, vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas, como vimos acima.

O controle de mérito é ultimado através de atos de confirmação de conduta (aprovação, confirmação etc.), quando esta não precisa ser revista. Se a Administração entender que deve rever a conduta anterior, dar-se-á o instituto da *revogação*. Revogação, portanto, é o meio de que se socorre a Administração para desfazer situações administrativas anteriores, tendo em vista critérios de cunho exclusivamente administrativos.[2622]

A respeito desse tema, tem surgido alguma polêmica a cerca da possibilidade de controle judicial sobre as denominadas *políticas públicas*. É que, em regra, tais políticas caracterizam-se como atividade administrativa, de forma que somente à Administração caberá instituí-las e executá-las. No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração. Colidem, no caso, os princípios da separação de Poderes e da efetividade constitucional. De qualquer modo, embora possa aceitar-se a referida ingerência em determinadas situações, em outras a pretensão determinativa dirigida a órgãos administrativos se revela juridicamente impossível e, consequentemente, inexequível.[2623]

4.4. Quanto ao Âmbito da Administração

Quanto ao âmbito da Administração, classificação que considera os dois segmentos básicos da estrutura administrativa, o controle pode ser *por subordinação* ou *por vinculação.*

O *controle por subordinação* é o exercido por meio dos vários patamares da hierarquia administrativa dentro da mesma Administração. Decorre da relação de subordinação que existe entre os diversos órgãos públicos, a qual permite ao órgão de graduação superior fiscalizar, orientar e rever a atuação de órgãos de menor

hierarquia. Esse controle é tipicamente interno, porque os órgãos pertencem, como regra, à mesma pessoa. Exemplo: o controle exercido por um departamento administrativo municipal sobre suas divisões; ou de cada divisão sobre as seções que a integram.

De outro lado, no *controle por vinculação* o poder de fiscalização e de revisão é atribuído a uma pessoa e se exerce sobre os atos praticados por pessoa diversa. Tem, portanto, caráter externo. Esse controle é o mais comum na relação entre as pessoas da Administração Indireta e a respectiva Administração Direta. Como é sabido, aquelas pessoas estão vinculadas a esta, sendo, em consequência, por esta controladas. Esse poder fiscalizatório é que se denomina de controle por vinculação. Como exemplo: o Banco do Brasil, como sociedade de economia mista, sofre controle por vinculação por parte da União Federal, através do Ministério da Fazenda.

4.5. Quanto à Oportunidade

No que se refere ao momento em que é exercido, o controle pode ser *prévio, concomitante* ou *posterior*.

O *controle prévio* (ou *a priori*) é o exercido antes de consumar-se a conduta administrativa. Tem, por isso, natureza preventiva. Se determinada ação administrativa de engenharia depender de aprovação do órgão técnico superior para ser executada, haverá aí controle prévio.

Controle concomitante é aquele que se processa à medida que se vai desenvolvendo a conduta administrativa. Esse controle tem aspectos preventivos e repressivos, conforme o andamento da atividade administrativa. Como exemplo desse controle, podemos citar a fiscalização dos agentes públicos no curso da execução de obras públicas.[2624]

Finalmente, o *controle posterior* (ou *a posteriori*) tem por objetivo a revisão de atos já praticados, quer para o fim de confirmá-los, quer para corrigi-los.[2625] As ações judiciais, por exemplo, são instrumentos de controle *a posteriori* dos atos administrativos: primeiro, o ato é praticado, e somente depois é que o Judiciário aprecia sua legalidade.

4.6. Quanto à Iniciativa

Nesta classificação, o ponto distintivo está na origem do controle. Sob esse aspecto, o controle divide-se em *de ofício* ou *provocado.*

Controle de ofício é o executado pela própria Administração no regular exercício de suas funções. Ninguém precisa deflagrar o controle; os próprios órgãos administrativos o fazem. É o controle de ofício que caracteriza o poder de autotutela da Administração. Exemplo: se um diretor de coordenadoria-geral reforma, por sua iniciativa, ato de uma coordenadoria-regional, sua subordinada, estará exercendo controle de ofício.

Já o *controle provocado* é aquele deflagrado por terceiro. Este postula a revisão de conduta administrativa invocando quais as razões que escoram o pedido revisional. Melhor exemplo é o dos recursos administrativos. Se alguém depara ato ilegal ou inconveniente da Administração, toma a iniciativa de solicitar seja ele revisto pela autoridade superior.

III. Controle Administrativo

1. Sentido

Na classificação dos controles quanto à natureza do órgão controlador, dividimos o controle em legislativo, judicial e administrativo. Trataremos neste tópico deste último tipo de controle, reservando tópicos adiante para cada um dos demais controles.

Controle administrativo é o exercido pelo Executivo e pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário para o fim de confirmar, rever ou alterar condutas internas, tendo em vista aspectos de legalidade ou de conveniência para a Administração.

O fator de importância nesse tipo de controle é o reconhecimento de que o poder de fiscalizar e de rever ocorre dentro da mesma estrutura de Poder. Em outras palavras, trata-se de controle interno, porque controlador e controlado pertencem à mesma organização.[2626]

Esse aspecto interno é que permite se reconheça na espécie a conhecida *prerrogativa de autotutela* conferida aos órgãos da Administração. Havendo condutas ilegais ou inconvenientes, a ela mesma cabe invalidá-las ou revogá-las. O Supremo Tribunal Federal, nas Súmulas nº 346 e 473, já deixou assentada essa possibilidade e

bem identificadas as formas de desfazimento.[2627]

2. Objetivos

São três os objetivos do controle administrativo.

O primeiro deles é o de *confirmação,* pelo qual atos e comportamentos administrativos são dados pela Administração como legítimos ou adequados. Exemplo: o ato de confirmação de autuação fiscal, quando o autuado alega ilegalidade do ato.

O segundo é o de *correção*, em que a Administração, considerando ilegal ou inconveniente a conduta ou o ato, providencia a sua retirada do mundo jurídico e procedem à nova conduta, agora compatível com a legalidade ou com a conveniência administrativas. Se o Poder Público, para exemplificar, revoga autorização de estacionamento, está corrigindo o ato anterior quanto às novas condições de conveniência para a Administração.

Finalmente o de *alteração*, através do qual a Administração ratifica uma parte e substitui outra em relação ao que foi produzido por órgãos e agentes administrativos. Exemplo: portaria que altera local de atendimento de serviço público, mas mantém o mesmo horário anterior.

3. Meios de Controle

De nada adiantaria possibilitar-se o controle administrativo se não houvesse os meios idôneos a serem utilizados para esse objetivo. Os meios de controle são instrumentos jurídicos que concretizam, efetivamente, a possibilidade de ser efetuado o controle administrativo. Vejamos quais são esses instrumentos.

3.1. Controle Ministerial

O controle ministerial é o exercido pelos Ministérios sobre os órgãos de sua estrutura administrativa e também sobre as pessoas da Administração Indireta federal. Naquele caso o controle é interno e por subordinação e neste é externo e por vinculação. Quando se exerce sobre as entidades da administração descentralizada recebe a denominação específica de *supervisão ministerial,* prevista no Decreto-lei nº 200/67, cujo art. 19 estampa a regra de que *"todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente"*.

A despeito do teor da lei, a expressão *supervisão ministerial*, que parece abranger administração direta e indireta, é mais empregada no sentido do controle que a União, através dos Ministérios, exerce sobre as pessoas descentralizadas federais. [2628] Esse tipo de controle, é claro, é aplicável na esfera federal, mas nos Estados e nos Municípios é comum que as Secretarias, que nessas esferas correspondem aos Ministérios, desempenhem idêntico papel. Tudo dependerá, todavia, da organização adotada na pessoa federativa.

3.2. Hierarquia Orgânica

A hierarquia orgânica corresponde ao sistema organizacional da Administração que encerra a existência de escalonamento composto de vários patamares, formando o que se denomina normalmente de *via administrativa.*

Essa hierarquia, considerada por alguns como um dos poderes administrativos, constitui um dos meios de controle administrativo porque dela decorre o princípio pelo qual agentes de grau superior têm o poder fiscalizatório e revisional sobre agentes de menor grau.

Sendo assim, a Administração, através dessa via administrativa, exerce o controle de ofício ou provocado, de legalidade ou de mérito, prévio, concomitante ou posterior sobre suas próprias atividades. É o caso, por exemplo, em que o governador de um Estado tem o poder de fiscalizar a atuação de seus subordinados, revendo sua atividade de modo a adequá-la aos fins administrativos, seja porque foi ela contrária a alguma norma jurídica, seja porque há conveniência e oportunidade na revisão.

3.3. Direito de Petição

Outro relevante instrumento de controle administrativo é o direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania.

A Constituição em vigor contempla o direito de petição entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no art. 5º, XXXIV, "a", ser a todos assegurado *"o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder"*.

Avulta observar que esse direito tem grande amplitude. Na verdade, quando admite que seja exercido para a "defesa de direitos", não discrimina que tipo de direitos, o que torna admissível a interpretação de que abrange direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, contanto que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter a devida resposta.[2629]

Como é lógico, o direito de petição não pode mascarar qualquer forma de abuso por parte do interessado. A Constituição protege o uso do direito, e não o abuso. Por isso, as petições devem ser, como regra, escritas e não devem conter expressões ofensivas e difamatórias. Não são consideradas lícitas as petições clandestinas ou anônimas, como bem consigna PINTO FERREIRA.[2630] Fora isso, podem conter pedidos revisionais, queixas, súplicas, sugestões, e correção de erros e abusos.[2631] Demonstrada está, portanto, a amplitude do direito.

Cuida-se, indiscutivelmente, de um dos mais relevantes e tradicionais mecanismos de controle administrativo.

3.4. Revisão Recursal

Como instrumento de controle administrativo, a revisão recursal significa a possibilidade de eventuais interessados se insurgirem formalmente contra certos atos da Administração, lesivos ou não a direito próprio, mas sempre alvitrando a reforma de determinada conduta.

Esse meio de controle é processado através dos *recursos administrativos*, matéria que, marcada por muitas singularidades, será estudada em separado a seguir.

3.5. Controle Social

Modernamente as normas jurídicas, tanto constitucionais como legais, têm contemplado a possibilidade de ser exercido controle do Poder Público, em qualquer de suas funções, por segmentos oriundos da sociedade. É o que se configura como *controle social*, assim denominado justamente por ser uma forma de controle exógeno do Poder Público nascido das diversas demandas dos grupos sociais.

Cuida-se, sem dúvida, de poderoso instrumento democrático, permitindo a efetiva participação dos cidadãos em geral no processo de exercício do poder. É bem de ver, no entanto, que, conquanto semelhante modalidade de controle se

venha revelando apenas incipiente, já se vislumbra a existência de mecanismos jurídicos que, gradativamente, vão inserindo a vontade social como fator de avaliação para a criação, o desempenho e as metas a serem alcançadas no âmbito de algumas políticas públicas.

Em relação à *função legislativa*, é tradicional o instrumento da *iniciativa popular* (art. 61, § 2º, CF), muito embora não seja empregado com a frequência proporcional à quantidade de propostas legislativas exigidas pelas inúmeras demandas sociais.

A ampliação do controle social, entretanto, tem incidido de forma mais expressiva sobre a *função administrativa*, ou seja, sobre o Estado-Administração. A Constituição prevê, por exemplo, a edição de lei que regule as formas de participação do usuário na administração direta e indireta (art. 37, § 3º). O mesmo sucede em relação às ações e serviços de saúde, cujo sistema deve admitir a participação da comunidade (art. 198, III, CF). A participação social é também prevista no sistema da seguridade social, ao qual se deve conferir caráter democrático e co-gestão entre Administração e administrados (art. 194, VII).

Em sede infraconstitucional, a legislação também tem voltado suas atenções para o controle social. Á guisa de exemplo, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) inclui, dentre os objetivos da política urbana, a *gestão democrática* com a participação das comunidades na formulação, execução e acompanhamento dos planos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II). A Lei nº 11.445/2007 expressa, como princípio, o *controle social* (art. 2º, X), que define como sendo os mecanismos que garantem à sociedade informações e participação na formulação, planejamento e avaliação dos serviços de saneamento básico (art. 3º, IV). A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, admite, em situações de interesse geral, a *consulta pública* (art. 31) e a *audiência pública* (art. 32), instrumentos relevantes de controle social e participação comunitária nas atividades da Administração.

A *efetivação* do controle social pode ocorrer basicamente de duas formas. De um lado, o *controle natural*, executado diretamente pelas comunidades, quer através dos próprios indivíduos que as integram, quer por meio de entidades representativas, como associações, fundações, sindicatos e outras pessoas do terceiro setor. De outro, o *controle institucional*, exercido por entidades e órgãos do Poder Público instituídos para a defesa de interesses gerais da coletividade, como é

o caso do Ministério Público, dos Procons, da Defensoria Pública, dos órgãos de ouvidoria e outros do gênero.

Os exemplos significativos acima mencionados demonstram o processo de evolução do *controle social*, como meio democrático de participação da sociedade na gestão do interesse público. Trata-se, com efeito, de um *processo*, em que cada etapa representa um fator de ampliação desse tipo de controle. Urge, entretanto, que o Poder Público reduza cada vez mais sua postura de imposição vertical, admitindo a co-gestão comunitária das atividades de interesse coletivo, e que a sociedade também se organize para realçar a expressão de sua vontade e a indicação de suas demandas, fazendo-se ouvir e respeitar no âmbito dos poderes estatais.[2632]

3.6. Outros instrumentos legais

Em virtude dos numerosos fatos que têm provocado grandes prejuízos à Administração, normalmente em decorrência de agentes que praticam atos qualificados como de improbidade administrativa, tem o legislador editado alguns diplomas legais, regulamentadores da Constituição, com o propósito de exercer controle mais efetivo sobre os órgãos e agentes públicos.

Um desses diplomas é a Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, regulamentando o art. 163, I, (finanças públicas) e o art. 169, da Constituição. O grande objetivo desse diploma reside na obtenção de equilíbrio nas contas públicas, para tanto prevenindo riscos e corrigindo desvios, tudo mediante o cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa. A lei institui limites e condições para a geração de despesas com pessoal e com a seguridade social, bem como com a renúncia de receitas, contendo também regras sobre as dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e outras do gênero. Trata-se de diploma avançado e indispensável no cenário do país, sobretudo no que tange ao controle de despesas de pessoal, estas de montantes elevadíssimos e resultantes de descalabro administrativo causado pelos dirigentes das entidades da federação.

A Emenda Constitucional nº 40, de 29.5.2003, alterou a redação do inciso V do art. 163, da Constituição, para admitir que lei complementar venha a dispor sobre *"fiscalização financeira da administração pública direta e indireta"*. O dispositivo se encontra dentro do capítulo destinado às finanças públicas, de modo que a

modificação constitucional teve por intuito permitir que lei complementar institua, regule e defina novos meios de controle da administração, voltados agora para a atividade financeira. Por conseguinte, a lei prevista no art. 163 da CF tem maior amplitude que a Lei Complementar nº 101/2000, já que esta foi voltada especificamente para a responsabilidade na gestão fiscal.

São todos mecanismos de controle administrativo, mas, como já acentuamos anteriormente, de nada valerão se não houver real deliberação de implementá-los. Cabe, pois, aos governantes adotar as medidas concretas para fiscalizar sua própria administração, pois que somente assim observarão as normas constitucionais voltadas para tal finalidade.

4. Recursos Administrativos

4.1. Sentido

Recursos administrativos são os meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo.

Analisemos os elementos do conceito. De início, esse instrumento tem que ser formal, já que a via administrativa, por onde terá tramitação, sujeita-se ao princípio da publicidade e do formalismo, em relação aos quais somente em situações excepcionais uma atividade pode deixar de ser formalizada. A forma, aliás, constitui garantia para a Administração e para o administrado.

O outro elemento é o inconformismo do interessado. Quando o administrado se vê beneficiado por algum ato da Administração, não tem interesse recursal, porque nada pretende ver reformado. O fundamento da via recursal é a contrariedade do ato com algum interesse do administrado. É nesse momento que utiliza o recurso administrativo.[2633]

Ficou também destacado no conceito que o recurso tramita pela via administrativa. Significa dizer que o percurso se dá pelos diversos órgãos que compõem o escalonamento organizacional da Administração e dentro desta o pedido é resolvido. Não há, portanto, na hipótese, qualquer ingerência da função jurisdicional para a obtenção do resultado pretendido pelo recurso.[2634] A solução se exaure na via administrativa.

4.2. Fundamentos e Objetivo

Os recursos administrativos têm suporte em três fundamentos básicos: 1) o sistema de hierarquia orgânica; 2) o exercício do direito de petição; 3) a garantia do contraditório e ampla defesa.

De fato, é o escalonamento de órgãos e agentes, constitutivo da hierarquia, que possibilita ao interessado requerer a reapreciação, por autoridade ou órgão superior, de ato ou conduta de agentes ou órgãos inferiores. Desse modo, cabe, como regra, ao agente hierarquicamente superior *o poder revisional sobre a conduta de seus subordinados*. Essa forma de controle interessa não só ao recorrente, que deseja ver alterado um ato administrativo, como a própria Administração, que deve ter interesse em averiguar todas as razões trazidas pelo recorrente, impugnando a atuação administrativa.[2635]

Também é fundamento dos recursos administrativos o direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da CF. Quando o examinamos neste mesmo capítulo, destacamos ser o direito de petição um dos meios de controle administrativo. Aqui é propícia a extensão do sentido em ordem a ser esse direito considerado como fundamento dos recursos, porque *os recursos não são senão um meio de postulação formulado normalmente a um órgão administrativo superior*. Ora, a noção que encerra o direito de petição é ampla e logicamente abrange também os pedidos revisionais, como são os recursos administrativos. Podemos, assim, concluir que os recursos são uma forma de exercer o direito de petição, não podendo os indivíduos, em consequência, encontrar óbices para sua interposição.

O art. 5º, LV, da CF, assinala claramente o terceiro fundamento dos recursos, dispondo ser assegurado o direito de ampla defesa e contraditório *com os meios e recursos a ela inerentes*. O texto deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. Com efeito, hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores, e para que o interessado leve sua pretensão a estes certamente se socorrerá do instituto recursal. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa.

Em relação ao objetivo, não é difícil observar que os recursos, como meio de impugnação de condutas administrativas, não são interpostos pelos interessados

sem que haja uma finalidade especial a ser alcançada pelo recorrente.

O objetivo do recurso tem aproximada relação com a condição processual do interesse de recorrer. Sempre que o interessado interpõe um recurso administrativo pretende *a revisão de uma conduta ou de um ato da Administração.* O objetivo, pois, é o de revisão, reforma ou alteração de alguma situação administrativa que o recorrente entende ilegal ou inadequada ao interesse público. Se inexiste esse objetivo, o interessado não tem por que interpor qualquer recurso.

A revisão da decisão administrativa pode ter como fundamento a contrariedade a enunciado de *súmula vinculante*. Se o recorrente apresentar alegação dessa natureza, a autoridade que praticou o ato impugnado, bem como aquela competente para julgar o recurso, deverão explicitar claramente os *motivos* de sua decisão, visto que tal situação permite ao interessado promover *reclamação* junto ao STF para que tais autoridades sejam obrigadas a adequar suas futuras ações ao disposto na súmula contrariada. É o que emana da Lei nº 9.784/99, com a alteração da Lei nº 11.417/2006, que regulou o art. 103-A da Constituição.[2636]

4.3. Natureza Jurídica

A natureza jurídica dos recursos administrativos é a de *meio formal de impugnação de atos e comportamentos administrativos.*

É um meio de impugnação porque serve como instrumento de exercício do direito de petição pelo interessado.[2637] Além disso, é formal porque deve ser interposto por petição escrita e devidamente protocolada na repartição administrativa, observando-se o princípio da publicidade e do formalismo a que se submete a Administração. O instrumento é de impugnação porque através dele o interessado hostiliza, por alguma razão, a atividade administrativa e requer seja esta reexaminada por outros órgãos da Administração.

4.4. Formalização

Ao contrário do que ocorre com os recursos judiciais, contemplados em diploma legal específico, os recursos administrativos estão previstos em diversas leis e atos administrativos e não têm uma tramitação previamente determinada. É comum a referência a recursos administrativos, por exemplo, em regulamentos e regimentos de órgãos públicos e pessoas administrativas, nos quais se fixam suas

próprias regras acerca de prazos, competências, forma e, enfim, os requisitos que devem estar presentes na interposição.[2638]

Outro aspecto é o relativo à *forma* dos recursos. Como já tivemos a oportunidade de salientar, por mais de uma vez, os recursos não dispensam os pontos básicos do formalismo (petição escrita, assinada etc.) porque assim o exigem os princípios administrativos aplicáveis. Entretanto, o rigor formal é mais atenuado do que o exigido para os recursos judiciais. Nenhuma forma especial relativa ao conteúdo do recurso é cobrada do recorrente. Assim, este não precisa de advogado para representá-lo, o que torna possível que ele mesmo aponte suas razões, mesmo que estas não tenham as mínimas condições de aceitabilidade. Não se lhe exige estilo ou perfeição no emprego do idioma. Na verdade, nem o motivo do pedido revisional é condição de conhecimento do recurso.

Existem dois pontos, porém, que o recorrente deve atender: primeiramente, deve declinar sua identificação, evitando que o pedido possa ser tido como abusivo ou meramente formulado por mero capricho; ademais, deve o recorrente apontar claramente qual o ato ou a conduta administrativa cuja reforma pretende com a interposição do recurso. As exigências, de fato, precisam ser mínimas para permitir que pessoas menos esclarecidas ou desprovidas de maior preparo intelectual possam exercer seu direito de impugnação. À Administração caberá simplesmente examinar o pedido, ainda que seja para não acolhê-lo. O que não se pode é cercear o direito dos administrados, seja qual for a categoria social a que pertençam.

Por outro lado, não há amparo para a dissociação entre a *petição* de recurso e as *razões* que lhe servem de fundamento, a menos que haja expressa previsão na lei, como ocorre em alguns casos na esfera judicial. Na petição já devem ser oferecidas as respectivas razões. Com o final do prazo do recurso, ocorre *preclusão consumativa*, não mais sendo cabível que o recorrente apresente razões *a posteriori*, até porque deve prevalecer no caso o *princípio da segurança jurídica*.[2639]

Vale a pena, ainda, consignar que, em razão do formalismo exigido, os recursos administrativos podem dar início a um processo administrativo. Se o processo administrativo já estiver materializado, o recurso será interposto dentro dele, à semelhança do que ocorre com os recursos judiciais. Mas se não houver ainda processo administrativo, o recurso interposto contra o ato administrativo estará deflagrando, com a protocolização da petição escrita do recorrente, a

instauração do processo.[2640]

4.5. Classificação

Em nosso entender, a classificação mais importante relativa aos recursos administrativos é a que os divide em *recursos hierárquicos próprios* e *recursos hierárquicos impróprios*.

Recursos hierárquicos próprios são aqueles que tramitam na via interna de órgãos ou pessoas administrativas. Se o interessado, por exemplo, recorre do ato de um diretor de divisão para o diretor do departamento-geral, esse recurso é hierárquico próprio.

No que concerne a essa categoria de recursos, parece-nos devam ser destacados dois aspectos. O primeiro deles é o de que esses recursos dispensam previsão legal ou regulamentar expressa, e isso porque derivam normalmente do controle hierárquico que deve reinar na Administração. Mesmo que a lei não os preveja, é lícito ao interessado dirigir-se à autoridade superior àquela que praticou o ato, requerendo sua revisão. O segundo ponto a considerar diz respeito à abrangência da apreciação dos recursos hierárquicos próprios. Ao examiná-los, a autoridade administrativa tem amplo poder revisional e pode decidir até mesmo além do que é pedido no recurso, fundamento que se encontra na faculdade de autotutela da Administração.[2641]

Recursos hierárquicos impróprios são aqueles que o recorrente dirige a autoridades ou órgãos estranhos àquele de onde se originou o ato impugnado. O adjetivo *"impróprio"* na expressão significa que entre o órgão controlado e o controlador não há propriamente relação hierárquica de subordinação, mas sim uma relação de vinculação, já que se trata de pessoas diversas ou de órgãos pertencentes a pessoas diversas. Exemplo: se o interessado recorre contra o ato do presidente de uma fundação pública estadual para o Secretário Estadual ou para o Governador do respectivo Estado, esse recurso é hierárquico impróprio.

Em relação a tais recursos, vale a pena acentuar que sua admissibilidade depende de lei expressa, porque no caso, como dissemos, não há hierarquia em sentido puro. Apesar disso, nada impede e tudo aconselha, a nosso ver, que a autoridade examine o recurso administrativo mesmo diante do silêncio da lei, até porque, se não for a postulação reconhecida como recurso, deverá sê-lo como

exercício regular do direito de petição, o qual há de merecer a resposta da Administração.

Inviável, no entanto, é a interposição de recurso a um Poder contra ato de outro, porque não há hierarquia entre eles e ainda em virtude de sua independência e da separação de funções (art. 2º, CF).

Outra classificação que merece comentário, pela peculiaridade de que se reveste na via administrativa, consiste em agrupar os recursos em *recursos incidentais* e *recursos deflagradores* (ou *autônomos*). Os *recursos incidentais* são interpostos pelo interessado quando já está em curso o processo administrativo e o insurgimento se dá contra algum ato praticado no processo. Por exemplo, se o servidor recorre, para autoridade superior, contra ato punitivo em que culminou o processo disciplinar, o recurso é incidental. *Recursos deflagradores*, por sua vez, são aqueles que formalizam a própria instauração do processo, vale dizer, são interpostos sem que haja qualquer processo anterior em curso sobre o tema objeto da irresignação. Em síntese: são recursos autônomos. É o caso, para exemplificar, de uma representação contra conduta arbitrária de administrador público: ao ser apresentado o recurso, a petição que o formaliza será ela própria o instrumento de instauração do processo.[2642]

4.6. Espécies

NOMENCLATURA USUAL – Inserimos este tópico para dar destaque a um ponto de grande importância prática na questão dos recursos administrativos.

Há realmente nomenclatura própria para alguns recursos administrativos, como indicam os estudiosos, e que veremos adiante. Todavia, a prática tem demonstrado que a grande maioria de administrados que usam de seu direito de impugnação de atos ou condutas administrativas desconhecem as denominações específicas dos recursos e se limitam simplesmente a denominá-los de *"recursos administrativos"* ou simplesmente de "*recursos"*. Essas designações de caráter genérico, porém, não retiram ao pedido revisional a natureza de recurso administrativo, razão pela qual deve este ser apreciado normalmente.

Em suma: apesar de serem genéricas as expressões que servem para denominar as impugnações, as quais abrangem todos os diversos tipos de recursos dotados de nomenclatura própria, deve a Administração conhecê-los como recursos e apreciá-los normalmente. Por exemplo, se o recurso é dirigido à mesma

autoridade que praticou o ato, denomina-se comumente de pedido de reconsideração. Caso o postulante, contudo, o denomine simplesmente de *recurso* ou de *recurso administrativo*, a autoridade deve apreciá-lo regularmente como pedido de reconsideração. É que o administrado, para o controle administrativo, não está obrigado a conhecer as denominações técnicas das impugnações; basta que aponte o ato ou a conduta em relação aos quais demonstre seu inconformismo e requeira a sua revisão.

REPRESENTAÇÃO – *Representação* é o recurso administrativo pelo qual o recorrente, denunciando irregularidades, ilegalidades e condutas abusivas oriundas de agentes da Administração, postula a apuração e a regularização dessas situações.

O pedido deve ser formalizado e assinado pelo recorrente, como já vimos antes. A grande característica desse tipo de recurso é que o recorrente pode ser qualquer pessoa, ainda que não afetada pela irregularidade ou pela conduta abusiva. É, portanto, significativo meio de exercer as faculdades decorrentes da cidadania.

Oferecida a representação, a Administração deve receber a denúncia, instaurar o processo administrativo e apurar a situação informada. Para a Administração, essa preocupação constitui um poder-dever de agir, eis que diante de ilegalidades não se pode admitir que se conduza com indiferença e comodismo. Urge apurar a denúncia e, se nada for comprovado, será o processo normalmente arquivado. [2643]

A Constituição Federal prevê hipótese de representação no art. 74, § 2º, quando admite que qualquer indivíduo é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Por outro lado, a Lei nº 4.898, de 9/12/1965, também contempla esse recurso quando alguém sofre a prática de abuso de autoridade. O próprio CPC prevê a representação contra juiz, interposta pela parte ou pelo MP e dirigida ao órgão do Judiciário competente, quando há excesso no cumprimento de prazos processuais (art. 198).

RECLAMAÇÃO – A *reclamação* é a modalidade de recurso em que o interessado postula a revisão de ato que lhe prejudica direito ou interesse. Sua característica é exatamente essa: o recorrente há de ser o interessado direto na correção do ato que entende prejudicial. Nesse ponto difere da representação, que

admite o pedido formulado por qualquer pessoa.

Esse recurso está previsto e regulado no Decreto nº 20.910, de 6/1/1932. De acordo com o referido diploma, o direito à reclamação extingue-se em um ano, caso não haja na lei a fixação de prazo. Significa que, decorrido esse prazo, a Administração tem o direito de não conhecer do pedido por absoluta intempestividade.

Na hipótese, o transcurso do prazo *in albis* acarreta para o interessado a *decadência* do direito de formular a reclamação.[2644] Anote-se que o citado diploma emprega impropriamente o termo "*prescreve*" (art. 6º), mas, como se trata de direito potestativo, a falta de sua fruição no prazo legal fixado para seu exercício configura decadência.

Entretanto, não é absoluta a posição da Administração quanto ao não conhecimento do recurso por intempestividade. A mitigação da norma legal decorre da própria faculdade de autotutela da Administração e do princípio da economia processual. Se, mesmo após o prazo, a Administração reconhece o direito do recorrente, pode desfazer o ato lesivo anterior e restaurar a legalidade. Só não poderá fazê-lo quando afetar a esfera jurídica de outrem, ou quando já se tiver consumado a prescrição quinquenal em favor da Fazenda, e isso porque esta atinge o próprio direito de ação judicial.[2645]

Por outro lado, reza o art. 4º do mesmo diploma legal que, interposta a reclamação no prazo próprio, ocorre a suspensão do prazo prescricional até a solução do pedido. A suspensão, porém, só se verifica se a discussão versar sobre apuração de dívida da Fazenda. Decorre daí que, se já tiver decorrido, antes do recurso, algum período contado para a prescrição, o prazo prescricional continuará sua contagem após a solução do recurso, porque a hipótese legal é a de *suspensão*, e não a de *interrupção*. Para a discussão de outras matérias, todavia, o prazo prescricional continua a fluir.

A Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que regulamentou o art. 103-A, da CF, introduzido pela EC 45/2004, previu *reclamação* ao STF contra ato administrativo que contraria súmula vinculante, lhe nega vigência ou a aplica indevidamente, estabelecendo que, caso procedente a medida, o ato será anulado (art. 7º, § 2º). A hipótese é interessante, pois que órgão judicial estará anulando ato da Administração. Na verdade, trata-se de correção de ilegalidade administrativa, de

modo que essa reclamação tem mais *caráter jurisdicional* do que administrativo. Nesse caso, o STF estará exercendo função jurisdicional propriamente dita. Na reclamação, como típico recurso administrativo, a irresignação é dirigida a *órgão administrativo* de estatura hierárquica superior; a solução do recurso, assim, retratará legítimo exercício de *função administrativa*.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Este recurso se caracteriza pelo fato de ser dirigido à mesma autoridade que praticou o ato contra o qual se insurge o recorrente. Se um ato é praticado por um Coordenador-Geral, por exemplo, haverá pedido de reconsideração se o interessado em revê-lo a ele mesmo se dirige.

Não há uma lei específica que regule esse recurso. Ao contrário, alguns diplomas fazem referência a ele.[2646] Não obstante, o pedido de reconsideração não precisa ser previsto expressamente em lei. Desde que o interessado se dirija ao mesmo agente que produziu o ato, o recurso se configurará como pedido de reconsideração.

Dois aspectos especiais merecem ser salientados neste tópico. O prazo para a interposição do pedido de reconsideração é de um ano, se não houver prazo diverso fixado em lei.[2647] Apesar de não haver regra geral nesse sentido, é razoável se admita esse prazo, tomando-se como fonte analógica a reclamação, como vimos anteriormente. É que, na verdade, o pedido de reconsideração não deixa de ser uma reclamação, caracterizando-se apenas por ser dirigido à mesma autoridade.

Contudo, o pedido de reconsideração não suspende nem interrompe a prescrição e também não altera os prazos para a interposição de recursos hierárquicos. Significa que a ausência de solução pelos órgãos administrativos não valerá como escusa para o interessado livrar-se da ocorrência da prescrição. Consumar-se-á, pois, a prescrição mesmo que o pedido de reconsideração não seja apreciado.[2648]

REVISÃO – *Revisão* é o recurso administrativo pelo qual o interessado postula a reapreciação de determinada decisão, já proferida em processo administrativo. [2649]

O recurso é normalmente utilizado por servidores públicos, valendo-se da

previsão do mesmo em vários estatutos funcionais. Nesse caso, já terá havido um processo administrativo e neste já terá sido proferida a decisão.

O interessado, então, reivindica a revisão desse ato decisório. Entretanto, precisa preencher um requisito especial para que seja conhecido o recurso: a existência de fatos novos suscetíveis de conduzir o administrador à solução diversa daquela que apresentou anteriormente no processo administrativo. A revisão, por isso, enseja a instauração de *novo processo,* que tramitará em apenso ao processo anterior.

4.7. Efeitos

Os recursos administrativos podem ter efeito *devolutivo* ou *suspensivo.*

A regra geral é que tenham efeito apenas devolutivo. Só se considera que possam ter efeito também suspensivo quando a lei expressamente o menciona. Quer dizer: *no silêncio da lei, o efeito é apenas devolutivo.* A razão é simples: o*s atos administrativos têm a seu favor a presunção de legitimidade;* só *a posteriori* são controlados, como regra. Sendo assim, o inconformismo do indivíduo no que concerne a algum ato administrativo não tem o condão de paralisar a atividade administrativa, pois que prevalece neste caso o princípio da continuidade das ações da Administração.

Apesar disso, nada impede que o recurso com efeito apenas devolutivo seja recebido pela autoridade competente com efeito suspensivo. Ou em outras palavras: mesmo que o efeito seja somente devolutivo, pode o administrador sustar, de ofício, os efeitos do ato hostilizado. Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeite, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar consequências mais danosas para a Administração. Esse poder administrativo decorre da autotutela administrativa: se a Administração pode paralisar *ex officio* sua atividade, poderá fazê-lo também diante de um recurso sem efeito suspensivo.

Há relevante relação entre os efeitos do recurso e a prescrição. Se o recurso tem efeito meramente devolutivo, sua interposição não suspende nem interrompe o prazo prescricional. Quer dizer: a prescrição é contada a partir do ato que o recorrente está impugnando. De outro lado, se o recurso tem efeito suspensivo, o ato impugnado fica com sua eficácia suspensa até que a autoridade competente decida o recurso. Confirmando-se o ato impugnado, continuará a correr o prazo prescricional que se iniciara quando se tornou eficaz o primeiro ato.

Outro ponto importante a ser enfocado é o que diz respeito à ação judicial. Tendo o recurso efeito somente devolutivo, pode o interessado recorrer desde logo ao Judiciário, e isso porque o ato atacado continua a produzir normalmente os seus efeitos, ainda que seja interposto o recurso administrativo. Nesse caso, é indiferente que o interessado tenha ou não recorrido; se recorreu, pode ajuizar a ação concomitantemente à tramitação do recurso.

O mesmo não ocorre, entretanto, se o recurso tem efeito suspensivo. Com a interposição deste, ficam suspensos os efeitos do ato hostilizado; o ato fica sem operatividade e não tem como atingir a esfera jurídica do interessado. Nessa hipótese, é necessário que este aguarde a decisão do recurso, para que o ato administrativo passe a ter eficácia. Antes disso, não é cabível o ajuizamento de ação judicial: a pessoa não tem ainda interesse processual para a formulação da pretensão. Não há ainda nem a lesão ao direito nem a ameaça de lesão, não se verificando, por conseguinte, a ocorrência dos pressupostos para o recurso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Considerando a independência de instâncias, nada impede que o interessado utilize *simultaneamente as vias administrativa e judicial* para a defesa de seu direito. Não lhe é lícito, porém, recorrer à via administrativa quando já há decisão judicial transitada em julgado. O recurso à via administrativa é assegurado no art. 5º, XXXIV, "a" (direito de petição), e LV (contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes), da Constituição, ao passo que o socorro ao Judiciário está consagrado no art. 5º, XXXV, da CF. Poderá ocorrer que a decisão numa esfera influa na de outra, mas não se pode opor, de início, vedação ao recurso concomitante às vias administrativa e judicial.

Por tal motivo, julgamos inconstitucional o art. 38, parágr. único, da Lei nº 6.830, de 22.9.80 (lei das execuções fiscais), segundo o qual *"a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo* (execução fiscal) *importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto"*. Tal norma contraria os preceitos constitucionais acima mencionados e confere ao ajuizamento de ação efeito não previsto na Lei Maior. É claro que se a pretensão do interessado for satisfeita em qualquer das instâncias, a outra restará prejudicada. Esse fato, contudo, não se confunde com a renúncia à via administrativa ou com a desistência do recurso administrativo, efeitos determinados *a priori* pelo citado mandamento.

[2650]

4.8. Exigência de Garantia

Tem reinado grande controvérsia sobre a questão relativa à *exigência de garantia para a admissibilidade do recurso*. Algumas leis consignam a imposição de a parte oferecer garantia, normalmente o depósito prévio, para que seu recurso seja apreciado.

Entendem alguns que a lei pode estabelecer essa condição especial para a interposição de recursos, mesmo que sejam estes recursos administrativos.[2651] Para outros autores, a exigência seria inconstitucional porque refletiria ofensa ao direito de defesa.[2652]

Em nosso entender, razão assiste àquela primeira linha de pensamento. Não há na Constituição qualquer regra expressa no sentido de ser vedado prévio depósito a título de garantia. Ao contrário, limitou-se a Carta Maior a garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos judiciais e administrativos quando houvesse litígio. No silêncio da Constituição, a única interpretação cabível é aquela segundo a qual ao legislador cabe estabelecer as regras regulamentares do direito, como prazo, requisitos, forma etc. Não vemos, pois, como se possa considerar incompatível com a Constituição norma de lei que exija a garantia prévia do administrado como condição de interposição de recurso. Pode considerar-se que a lei deveria evitar essa exigência, quando se tratasse de recurso administrativo. Mas daí a ter-se como inconstitucional a exigência vai realmente uma grande distância. [2653] O TJ do Rio de Janeiro adotou a posição que nos parece a melhor, consignando: "*É legítima a exigência do depósito, como requisito para a interposição de recurso administrativo*".[2654]

A matéria a cada dia se consolida nesse sentido, inclusive na via legislativa. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, dispõe expressamente: *"Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução"* (art. 56, § 2º). A dicção da lei – é fácil constatar – é a de que, *a contrario sensu*, será legítima a exigência se lei fizer a previsão.

A matéria tem sido solucionada dessa maneira, inclusive no campo do direito tributário. Assim, se a lei condiciona a apreciação de recurso administrativo a depósito prévio de valor determinado ou calculado sobre o valor cobrado a título

de tributo, o conhecimento do recurso fica na dependência do depósito de garantia, não se podendo argumentar com a ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa, eis que, antes mesmo do recurso, tal oportunidade já foi concedida ao interessado.[2655]

Depois de alguma hesitação, o STF adotou o entendimento no sentido de que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa. Fundou-se a decisão no fato de que tal exigência vulnera o art. 5º, LV, da CF, que assegura o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, e o art. 5º, XXXIV, "a", que garante o direito de petição independentemente do pagamento de taxas.[2656] A decisão não foi unânime, tendo sido proferido voto no sentido de que no sistema vigente inexiste a garantia do duplo grau obrigatório na via administrativa.[2657] O STJ, no entanto, embora reconhecendo a mudança de orientação, decidiu no mesmo sentido da inconstitucionalidade da exigência.[2658] O STF, a seu turno, consolidou essa mesma posição, com caráter vinculante.[2659]

Diante desse entendimento, é ilícita a exigência de depósito de valores ou arrolamento de bens como condição para a interposição de recurso administrativo. Por via de consequência, serão considerados inconstitucionais dispositivos legais que façam tal previsão.

4.9. Reformatio in Pejus

O instituto da *non reformatio in pejus* é bem conhecido no Direito Processual Penal. Significa que a decisão de recurso interposto somente pelo réu contra sentença condenatória criminal não pode agravar a situação que esta definiu. Em outras palavras, o Tribunal nesse caso não pode reformar a sentença piorando a situação do condenado, isto, repita-se, quando apenas o réu tenha recorrido em razão do desinteresse do Ministério Público em fazê-lo.

A questão tem sido colocada no tema pertinente aos recursos administrativos, para discutir-se a aplicação ou não desse princípio. É o caso, por exemplo, em que o indivíduo tenha sofrido uma sanção administrativa "A" e recorra para outra instância administrativa, visando à reforma do ato punitivo. A autoridade que aprecia o recurso verifica que, legalmente, a sanção adequada seria a sanção "B", mais gravosa. Eis a indagação: ter-se-ia que manter a sanção "A" ou poderia o

administrador, reconhecendo a inadequação dessa punição, aplicar a sanção "B"?

Embora haja algumas opiniões em contrário, parece-nos correta esta última alternativa. Há mais de uma razão para nosso entendimento. Uma delas é que são diversos os interesses em jogo no Direito Penal e no Direito Administrativo, não podendo simplesmente estender-se a este princípios específicos daquele. Depois, um dos fundamentos do Direito Administrativo é o princípio da legalidade, pelo qual é inafastável a observância da lei, devendo esta prevalecer sobre qualquer interesse privado.[2660]

Neste ponto, permitimo-nos fazer uma distinção sobre o tema. Quando admitimos inaplicável o referido princípio no Direito Administrativo, consideramos que a matéria é de legalidade estrita. É a hipótese em que o ato administrativo da autoridade inferior *tenha sido praticado em desconformidade com a lei, conclusão extraída mediante critérios objetivos*. Vejamos um exemplo: um servidor reincidente foi punido com a pena "A", quando a lei determinava que a pena deveria ser a "B", por causa da reincidência. A pena "A", portanto, não atendeu à regra legal, o que se observa mediante critério meramente objetivo. Se o servidor recorre, e estando presentes os elementos que deram suporte à apenação, deve a autoridade julgadora não somente negar provimento ao recurso, como ainda corrigir o ato punitivo, substituindo a pena "A" pela "B".

Suponhamos outra hipótese: o servidor foi punido com a pena "A" porque assim o entendeu a autoridade competente como resultado da apreciação das provas, dos elementos do processo, do grau de dolo ou culpa, dos antecedentes etc. Observe-se que todos estes elementos foram considerados *subjetivamente* para a conclusão da comissão. Se o servidor recorre contra a pena "A ", não poderá a autoridade de instância superior *proceder à nova avaliação subjetiva* dos elementos do processo, para o fim de concluir aplicável a pena "B", de caráter mais gravoso. Aqui sim, parece-nos aplicável a vedação à *reformatio in pejus*, em ordem a impedir o agravamento da sanção para o recorrente.

Há flagrante diferença entre as hipóteses. No primeiro caso, o ato punitivo originário é realmente ilegal, porque contrário ao mandamento da lei. No segundo, todavia, o ato não é rigorosa e objetivamente ilegal; há apenas uma variação nos critérios subjetivos de apreciação dos elementos processuais. Por isso, ali pode dar-se a correção do ato, e aqui se daria apenas uma substituição, o que nos parece

vedado.

A Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que disciplinou o processo administrativo na Administração Federal, deu correto tratamento à matéria. Ao tratar do recurso administrativo, admitiu que a autoridade decisória possa modificar, total ou parcialmente, a decisão recorrida. Ressalvou, entretanto, que, se na apreciação do recurso, puder haver gravame ao recorrente, terá a autoridade que dar-lhe ciência do fato para que apresente suas alegações. Em outras palavras, a lei admitiu a *reformatio in pejus,* atenuando-a, porém, com a possibilidade de manifestação prévia do recorrente. Em plano contrário, a lei vedou o agravamento da situação do interessado na hipótese do processo de *revisão*, caracterizado pelo fato de que o interessado intenta reduzir ou suprimir sanção aplicada em processo já findo, mediante a apresentação de fatos novos ou circunstâncias relevantes.[2661]

4.10. Exaustão da Via Administrativa

Exaustão ou *esgotamento da via administrativa* é a impossibilidade de prosseguir o percurso de um processo pelas instâncias da Administração em virtude de algum obstáculo legal.

Parece errônea, porém, a ideia, divulgada entre muitos estudiosos, de que a exaustão indicaria o percurso obrigatório por todas as instâncias da Administração. Tanto exaure a via administrativa aquele que percorre todas as instâncias, como aquele que, usando somente uma delas, deixe transcorrer *in albis* o prazo para recurso, ou que renuncie à interposição do recurso. Tanto num caso como noutro estará surgindo óbice legal ao prosseguimento do percurso. Naquele primeiro caso, o óbice é o efetivo percurso por todas as instâncias. Nestes dois últimos, porém, é o fato de o interessado se manifestar no sentido de que *não deseja continuar utilizando a via administrativa,* o que é direito seu.

Ressaltamos esse aspecto, porque é comum ouvir-se a indagação: é preciso exaurir antes a via administrativa para só depois recorrer-se ao Judiciário?

O enfoque para o momento de recorrer ao Judiciário não deve levar em conta o exaurimento da via administrativa, tal como é comumente entendido, mas sim *a operatividade ou não do ato ou da conduta administrativa que o interessado pretenda contestar*. Se a exaustão ocorrer porque o interessado percorreu efetivamente todas as instâncias, é possível ajuizar a ação porque a decisão final tornou operante a vontade

administrativa. Se, por outro lado, o interessado deixou passar em branco o prazo para recorrer, ou se renunciou ao recurso, esse fato também torna operante a vontade administrativa e possibilita o recurso à esfera judicial. Com isso, é possível concluir que o recurso ao Judiciário sempre será possível quando haja efetiva lesão ou ameaça de lesão ao direito do indivíduo.

Desse modo, se se entender a exaustão da via administrativa da forma como demonstramos, podemos responder positivamente à indagação acima: antes da ação judicial é preciso que se tenha exaurido a via administrativa, no sentido de que não pode o interessado prosseguir o seu percurso e que, por isso mesmo, a vontade administrativa se torna operante.

A se entender, porém, exaustão como o percurso *efetivo* por todos os patamares recursais da Administração, a resposta à indagação será evidentemente negativa: não é obrigatório usar todas as instâncias administrativas para recorrer ao Judiciário, porque basta que o ato administrativo seja eficaz e operante.

A Constituição, porém, abriu uma fenda no sistema, e exatamente porque o fez averbou-a em termos expressos. Dispõe o art. 217, § 1º, da CF:

> *"O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei".*[2662]

Aqui a leitura do texto indica realmente que o Constituinte pretendeu criar uma nova e específica condição de ação – a de ter-se *efetivamente* percorrido todas as instâncias administrativas. Em outras palavras: quando se tratar de ação judicial relativa à disciplina ou a competições desportivas, o autor precisará provar, desde logo, que utilizou todos os patamares decisórios da via administrativa. A hipótese em foco, porém, tem caráter excepcional e não se estende aos demais casos em que o interessado utiliza a via administrativa.

A Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que regulamentou o art. 103-A da CF, dispondo sobre o regime de *súmulas vinculantes*, estabeleceu que contra ato da administração pública *"o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas"* (art. 7º, § 1º). A reclamação visa a anular atos administrativos que contrariam enunciado de súmula vinculante, ou lhe negam vigência, ou o aplicam indevidamente, sendo cabível ainda contra omissões (art. 7º, *caput* e § 1º). Em

virtude da natureza específica de semelhante instrumento, parece-nos que a exigência nesse caso é realmente a de serem percorridas *todas as instâncias do órgão ou da pessoa administrativa.* E assim pensamos por mais de uma razão: a uma, porque a medida tem caráter excepcional dentro do sistema de impugnações; a duas, porque se permite que o STF aprecie a legalidade de ato também em confronto com interpretação errônea feita pelo administrador (aplicação indevida do enunciado); e a três, porque, prevendo a lei a possibilidade de atacar-se a omissão administrativa, não teria lógica que o interessado se dirigisse de plano à mais alta Corte, sem submeter a situação omissiva a órgãos ou agentes de hierarquia superior à daquele responsável pela omissão. Em suma, o STF só decidirá a reclamação após estar indiscutivelmente definida a conduta comissiva ou omissiva da Administração.

5. Coisa Julgada Administrativa

O instituto da *coisa julgada* é estudado na teoria geral do processo, indicando uma decisão judicial que não mais pode ser alterada. Nas palavras de FREDERICO MARQUES, *"é a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente".*[2663]

No Direito Administrativo, a doutrina tem feito referência à *coisa julgada administrativa*, tomando por empréstimo o instituto em virtude de alguns fatores de semelhança. Mas a semelhança está longe de significar a igualdade entre essas figuras. Primeiramente, é preciso levar em conta que a verdadeira coisa julgada *é própria da função jurisdicional do Estado*, função essa que tem o objetivo de autorizar que o juiz aplique a lei no caso concreto.

Ocorre que o sistema brasileiro de controle, como veremos mais detalhadamente adiante, só admite o exercício da função jurisdicional para os órgãos do Judiciário, ou excepcionalmente para o Legislativo, neste caso quando a Constituição o autoriza. A Administração Pública não exerce a função jurisdicional. Desse modo, embora possam ser semelhantes decisões proferidas no Judiciário e na Administração, elas não se confundem: enquanto as decisões judiciais podem vir a qualificar-se com o caráter da *definitividade absoluta*, as decisões administrativas sempre estarão desprovidas desse aspecto. A definitividade da função jurisdicional é *absoluta,* porque nenhum outro recurso existe para desfazê-la; a definitividade da decisão administrativa, quando ocorre, é *relativa,* porque pode muito bem ser

desfeita e reformada por decisão de outra esfera de Poder – a judicial.

A coisa julgada administrativa, desse modo, significa tão-somente que determinado assunto decidido na via administrativa não mais poderá sofrer alteração *nessa mesma via administrativa,* embora possa sê-lo na via judicial. Os autores costumam apontar que o instituto tem o sentido de indicar mera irretratabilidade dentro da Administração, ou a preclusão da via administrativa para o fim de alterar o que foi decidido por órgãos administrativos.[2664]

Podemos conceituar, portanto, a coisa julgada administrativa como sendo *a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa*. A irretratabilidade, pois, se dá apenas nas instâncias da Administração.

Essa figura ocorre comumente em processos administrativos onde de um lado está o Estado e de outro o administrado, ambos com interesses contrapostos. Suponha-se que o administrado, inconformado com certo ato administrativo, interponha recurso para uma autoridade superior. Esta confirma o ato, e o interessado utiliza novo recurso, agora para a autoridade mais elevada, que também nega provimento ao recurso e confirma o ato. Essa decisão faz coisa julgada administrativa, porque dentro da Administração será ela irretratável, já que nenhum outro caminho existe para o administrado insistir na sua pretensão. Mas a definitividade do decisório administrativo é relativa, porque o administrado, ainda inconformado, poderá oferecer sua pretensão ao Judiciário, e este poderá amanhã decidir em sentido contrário ao que foi decidido pela Administração. Essa decisão judicial, sim, terá definitividade absoluta ao momento em que o interessado não mais tiver qualquer mecanismo jurídico que possa ensejar sua modificação.

6. Prazos Extintivos (Prescrição Administrativa)[2665]

O tema da *prescrição administrativa* tradicionalmente foi objeto de estudos por parte dos administrativistas pátrios para a análise da extinção de prazos na via administrativa, muito embora realçada a impropriedade da expressão. Na verdade, sempre se acentuou que esse instituto não poderia ser confundido com a *prescrição judicial*, pelo fato de esta representar a *perda da ação judicial*.

O sentido da prescrição administrativa, em clássica lição, indicava "*o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da*

própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público".[2666] Outros estudiosos incluem no citado instituto a perda do prazo para interposição de recursos administrativos.[2667]

Parece-nos, todavia, que, diante do moderno sistema sobre os prazos extintivos em geral, sobretudo a configuração da prescrição e da decadência delineada no vigente Código Civil (arts. 189 a 211), a expressão vai sendo gradativamente abandonada em razão de sua fluidez e imprecisão. Por tal motivo, é conveniente que se tente conferir tratamento mais claro à matéria. É de consignar-se, contudo, que o assunto é inçado de dificuldades, dúvidas e controvérsias, e nunca assumiu ares de pacificação entre os estudiosos. Essa é uma ressalva que não se pode esquecer.

Primeiramente, cabe sublinhar o fato de que a *prescrição administrativa* exibe em seu núcleo a ideia de *prazo extintivo*. Quer dizer: quando se faz alusão àquela figura, tem-se em vista o sentido de que inexistiu, na via administrativa, manifestação do interessado no prazo que a lei determinou. Portanto, está presente o fundamento que conduz aos prazos extintivos: *a inércia do interessado*.

Por outro lado, não custa destacar que o fundamento dos institutos concernentes aos prazos extintivos reside no *princípio da segurança jurídica* e da *estabilidade das relações jurídicas*, como já deixou assente reconhecida doutrina.[2668] De fato, não mais se concebe – a não ser em situações excepcionalíssimas de imprescritibilidade – que relações jurídicas fiquem à mercê de uma perene instabilidade, provocando contínuos temores aos que delas participam. A segurança jurídica consiste exatamente em oferecer às pessoas em geral a crença da imutabilidade e da permanência dos efeitos que as relações visam a produzir.

São prazos extintivos: a) a *prescrição*; b) a *decadência*; c) a *preclusão*. Em apertada síntese, a *prescrição* tem por objeto a *pretensão* (art. 189, Cód. Civil), normalmente formalizada por meio da *ação*; portanto, não atinge, de forma direta, o direito material. A *decadência* (art. 207, Código Civil), por sua vez, incide sobre *direitos potestativos,*[2669] quando a lei ou a vontade fixam determinado prazo para serem exercidos; não o sendo, extingue-se o próprio direito material.[2670] A *preclusão*, por fim, é instituto eminentemente processual e representa a perda da oportunidade de ser praticado certo *ato processual* em virtude de o interessado não o ter praticado no período estabelecido.[2671]

Para melhor compreensão do tema, vale a pena distinguir os prazos extintivos para o *administrado* e para a *Administração*. Repita-se, por oportuno, que vários desses prazos continuam sendo denominados por alguns estudiosos de *"prescrição administrativa"*.

PRAZOS EXTINTIVOS PARA OS ADMINISTRADOS - As pretensões e manifestações dos *administrados*, na via administrativa, podem sujeitar-se a diversos prazos extintivos, dependendo de sua fisionomia.

Se o interessado oferece reclamação fora do prazo de um ano (não havendo outro estabelecido), com vistas à desconstituição de ato, ocorre a *decadência*, perdendo o administrado o direito material relativo ao uso de tal instrumento (art. 6º do Decreto nº 20.910/32).[2672]

No caso da perda de prazo para praticar ato dentro de processo administrativo, como, por exemplo, a apresentação de rol de testemunhas ou a interposição de recurso administrativo (*incidental*), em processo de licitação, o caso é de *preclusão*. Com esta, o administrado perdeu a oportunidade de manifestar-se dentro do prazo no curso do processo administrativo. Observa-se, pois, que tal instituto é de caráter processual.

Observe-se, no entanto, que, em se tratando de recurso administrativo *deflagador* (aquele que, como vimos, dá ensejo à instauração do processo), tal instrumento tem, na via administrativa, a particularidade de equivaler à própria reclamação; destarte, a perda do prazo será de decadência, a teor do já citado dispositivo do Decr. 20.910/32.

Por último, deve consignar-se que, em relação ao administrado, *não ocorre a prescrição* na via administrativa. Com efeito, só ocorre a prescrição quando o administrado perde a pretensão e, por conseguinte, a ação para proteger seu direito material. Ora, essa é exatamente a *prescrição quinquenal* prevista no art. 1º do Decr. 20.910. Sendo assim, esse prazo extintivo sempre refoge aos limites da via administrativa. Apenas à guisa de melhor compreensão, é possível que o administrado tenha sofrido os efeitos da decadência pelo transcurso do prazo para a reclamação administrativa, mas ainda não tenha sofrido os efeitos da prescrição quinquenal (cujo prazo é obviamente maior), de modo que, mesmo perdido o direito à reclamação, subsiste a possibilidade de ajuizamento da ação judicial

protetiva de seu direito material.

PRAZOS EXTINTIVOS PARA A ADMINISTRAÇÃO – No que concerne à Administração, é possível vislumbrar, *na via administrativa*, a existência das três modalidades de prazos extintivos.

Numa primeira visão, temos a hipótese em que, por força de expressa disposição legal, a Administração tem o poder de exercitar seu *poder punitivo*. Em diversos diplomas legais, é possível encontrar essa competência, associada à fixação de prazos extintivos. Como exemplo, cite-se: a) poder punitivo de polícia (Lei nº 9.873/99: cinco anos); b) poder disciplinar funcional (estatutos funcionais; na esfera federal, Lei nº 8.112/90). Nesses casos, a Administração é dotada de *pretensão punitiva*, de modo que, transcorrido o prazo legal sem a punição, sucederá a *prescrição* da referida pretensão. A rigor, é esta a única hipótese de *prescrição administrativa*, vez que ocorre a perda da ação punitiva no âmbito da própria Administração.[2673] Os diplomas acima, aliás, empregam o verbo "*prescrever*", estando tecnicamente corretos quanto à qualificação desses prazos extintivos.[2674]

Em outras hipóteses, a lei fixa prazo extintivo para que a Administração adote determinada providência administrativa, sob pena de, não o fazendo no prazo, ficar impedida de adotá-la. Exemplo típico é o do art. 54 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal. Segundo esse dispositivo, extingue-se em cinco anos o prazo para a Administração anular seus próprios atos, quando decorrem efeitos favoráveis para os administrados, ressalvada apenas a má-fé. Aqui se limita o exercício da autotutela administrativa e da possibilidade de desconstituição dos atos. Resulta, pois, nesse caso o surgimento de *decadência*, já que a Administração perde o próprio direito de anular seus próprios atos.[2675]

Por fim, ocorrerá *preclusão* se a Administração, no processo administrativo, deixar de manifestar-se no prazo legalmente fixado. Nesse caso, tanto quanto ocorre com o particular, o Poder Público também sofre os efeitos de sua inércia, perdendo a oportunidade de manifestar-se no feito. Tal situação não difere da inércia do particular: em ambas as hipóteses, o transcurso do prazo enseja a ocorrência da preclusão.

Uma outra situação relativa à extinção merece análise: a dos casos de *ausência de previsão legal* do prazo extintivo. A matéria é controversa. Para alguns estudiosos,

não haveria prazo para o desfazimento de tais atos.[2676] Outros sustentam ser inadmissível o estado de infinita pendência.[2677] Há também quem entenda que, no silêncio da lei, o prazo será de cinco anos, com fundamento no Decr. 20.910/32.[2678] Este último pensamento nos parece o de mais preciso fundamento jurídico: se a prescrição judicial de pretensões contra a Fazenda ocorre em cinco anos, não seria razoável que fosse mais extenso o prazo na via administrativa.

Ressalvem-se, todavia, os atos contaminados de vícios insanáveis, atinentes à sua própria natureza, e que são denominados por alguns estudiosos de "*atos inexistentes*". Estes são realmente *inextinguíveis* e insuscetíveis de convalidação. É o caso, para exemplificar, de ato praticado por pessoa que não seja agente administrativo, ou de ato despido de *forma*. O mesmo se pode dizer dos *atos nulos* com vício absolutamente insanável, como aquele, por exemplo, cujo objeto expresse a autorização para a prática de um delito. Em tais hipóteses, não haverá mesmo ensejo para que haja convalidação em virtude do tempo.[2679]

7. Processo Administrativo

7.1. Introdução

PROCESSO E PROCEDIMENTO – O termo *processo* indica uma atividade para a frente, ou seja, uma atividade voltada a determinado objetivo. Trata-se de categoria jurídica caracterizada pelo fato de que o fim alvitrado resulta da relação jurídica existente entre os integrantes do processo. Na verdade, pode definir-se o processo como *a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim*. De fato, a ideia do processo reflete função dinâmica, em que os atos e os comportamentos de seus integrantes se apresentam em sequência ordenada com sentido teleológico, vale dizer, perseguindo o objetivo a que se destina o processo.

O processo costuma ser qualificado como instituto típico da função jurisdicional ou, na preferência de alguns processualistas, como instrumento da jurisdição. Através do processo é que os juízes exercem seu poder jurisdicional e, como regra, decidem os litígios entre as partes. A relação jurídica, todavia, na qual sobressai o desempenho da função jurisdicional é o *processo judicial*, que, sem embargo de ser o mais notório (e clássico, pelas antigas e ultrapassadas noções jurídicas), não é a única modalidade de processo (este considerado como categoria

jurídica). É bastante usual ouvir-se a afirmação – de todo equivocada – de que o processo é o instrumento da jurisdição, como se fora essa a única forma de sua exteriorização. O que é instrumento da função jurisdicional é – isto sim – o *processo judicial*, que não exclui, como é óbvio, a existência de outras categorias de processo.

A subcategorização do processo deve fundar-se na natureza da função estatal básica que nele é exercida. Se a função primordial exercida no processo é a legiferante, estaremos diante do *processo legislativo*, e nele estará também presente relação jurídica entre vários agentes e órgãos, desta feita de caráter político, cujas atividades, desenvolvidas em sequência previamente determinada, têm por escopo a promulgação da lei. Assim como a sentença é o objetivo final do processo judicial, a lei é o fim último do processo legislativo.[2680] Por outro lado, se a função é a administrativa, a relação jurídica traduzirá *processo administrativo*, sendo, da mesma forma, inafastáveis as características do processo em geral – de um lado, as atividades sequenciadas produzidas pelos figurantes da relação jurídica e, de outro, o objetivo final a que se destina.

Como na via administrativa as autoridades não desempenham função jurisdicional, poderia supor-se (como supõem erroneamente alguns, já alertamos) não ser muito técnica a denominação *processo administrativo*. Contudo, tanto quanto o processo judicial, que visa a uma decisão, o processo administrativo tem igualmente objetivo certo, no caso a prática de ato administrativo final. Não bastasse esse fator de identificação, a expressão está consagrada, é reconhecida pelas mais diversas camadas da população e a esta altura não há qualquer razão para ser alterada. A própria Constituição Federal, para exemplificar, faz, por mais de uma vez, referência à expressão *processo administrativo* (ou simplesmente a *processo)*, reafirmando a aceitação geral da nomenclatura dispensada aos instrumentos formais pelos quais se exerce a função administrativa (vide arts. 5º, LV; 5º, LXXII, "b"; 37, XXI; 41, § 1º, II, da CF).[2681]

O que é necessário, isto sim, é distinguir alguns pontos fundamentais que marcam cada tipo de processo. O processo judicial encerra o exercício de função jurisdicional e sempre há conflito de interesses, ao passo que o processo administrativo implica o desempenho de atividade administrativa, nem sempre se verificando qualquer tipo de conflito. No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela

figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo, a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode tornar-se imodificável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário.

A noção de *procedimento*, porém, é diversa. CALMON DE PASSOS averba que *"procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo".*[2682] A ideia formulada pelo grande processualista é bastante precisa e indica a mecânica do processo, vale dizer, o modo e a forma pelos quais se vão sucedendo os atos do processo. A noção de processo implica objetivo, fim a ser alcançado; é noção teleológica. A de procedimento importa meio, instrumento, dinâmica, tudo enfim que seja necessário para se alcançar o fim do processo. Em suma, o sentido de procedimento revela a própria sequência ordenada de atos e de atividades produzidos pelos interessados para a consecução dos objetivos do processo.

Não é difícil perceber, por isso mesmo, que *tanto há procedimento no processo judicial como no processo administrativo,* porque em ambos há uma sequência de atos e de atividades preordenadas a determinado fim. Um exemplo bem esclarece a questão: a relação jurídica formada entre os agentes administrativos e as empresas para seleção com vistas a futuro contrato administrativo materializa o *processo administrativo* de licitação; a sequência dos atos e das fases previstas na Lei 8.666/93 (que deve ser por todos observada) constitui o *procedimento administrativo* concernente àquele processo. São, pois, categorias jurídicas dotadas de fisionomia própria.

Essa é a razão por que entendemos inadequada a expressão *procedimento administrativo* como substituta de *processo administrativo,* como propõem alguns estudiosos que não aceitam esta última expressão. São coisas inteiramente diversas. Denominar-se o processo administrativo de *procedimento administrativo* é enfocar apenas um aspecto daquele, qual seja, o relativo à dinâmica do processo. Este instituto, porém, considerado como relação jurídica, ficaria sem a denominação exata. Desse modo, *processo* e *procedimento* – é importante acentuar – não são coisas antagônicas, mas sim figuras intrinsecamente ligadas entre si: todo processo demanda um procedimento – que é a tramitação dos atos – da mesma forma que

todo procedimento só tem existência se houver o respectivo processo – este indicando a relação jurídica firmada entre aqueles que dele participam.

SISTEMATIZAÇÃO – No Direito brasileiro, não há sistematização uniforme para o processo administrativo, como existe para o processo judicial. Algumas regras sobre aspectos do processo administrativo, como competência, prazos, requisitos etc., se espalham em diversos diplomas legais e até por atos administrativos normativos ou de organização como os decretos, regulamentos, regimentos e outros.

Por isso, não se pode esperar uma rigidez absoluta para os processos administrativos. Entretanto, devem o intérprete e o agente administrativo incumbido do processo atentar primeiramente para os princípios norteadores da atividade administrativa em geral, isso sem deslocar sua atenção também para as regras legais ou regulamentares que possam disciplinar o processo.

Em suma: mesmo sem sistematização uniforme, o processo administrativo recebe o influxo de princípios e normas jurídicas para que seja possível a sua conclusão dentro das regras gerais de direito.

O Governo Federal, em boa hora, fez editar a Lei nº 9.784, de 29/1/1999, estabelecendo as regras para o processo administrativo e instituindo um sistema normativo que tem por fim obter uniformidade nos diversos expedientes que tramitam nos órgãos administrativos. A lei, todavia, tem caráter tipicamente *federal*, ou seja, destina-se a incidir apenas sobre a Administração Federal. Dentro desta, a disciplina é aplicável no âmbito da Administração direta e indireta e também aos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Embora destinada somente ao Governo Federal, já é um início de uniformidade normativa, o que muito facilita os administrados. Estados e Municípios deveriam trilhar o mesmo caminho, instituindo, pelas respectivas leis, sistema uniforme de processo administrativo em suas repartições.

7.2. Sentido

Diante do que expusemos até agora, parece-nos possível conceituar o processo administrativo como *o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da*

Administração.

O processo administrativo importa uma sequência de atos e de atividades, isso porque, se em alguns momentos se pratica algum ato formal, em outros são exigidas meras atividades, mesmo que venham a ser formalizadas no processo. Originam-se do Estado, através de seus órgãos e agentes, ou de administrados interessados no assunto a ser apreciado no processo. Além disso, todos esses atos e atividades têm um objetivo, qual seja, o de provocar uma definição final da Administração.[2683]

Neste passo, é justo sublinhar, como o faz doutrina de grande autoridade, que o processo administrativo é instituto de inegável relevância no sistema jurídico e espelha *"instrumento útil para assegurar a observância do superprincípio da segurança jurídica",* que alcança, na verdade, todas as situações que envolvam *"a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas".[2684]*

7.3. Classificação

Várias são as classificações que os autores apresentam, o que não causa estranheza em virtude da ampla dimensão dos processos administrativos. A nosso ver, porém, há dois grandes grupos de processos administrativos: *os processos não litigiosos* e *os processos litigiosos.*

PROCESSOS NÃO LITIGIOSOS – Processos não litigiosos, como o próprio nome indica, são aqueles em que não se apresenta conflito de interesses entre o Estado e um particular.

Essa categoria, aliás, constitui um dos pontos diferenciais dos processos judiciais, já que nestes é indispensável a presença do conflito. Os processos não litigiosos são os de maior número e através deles se concretiza o desempenho da função administrativa nos seus mais variados aspectos, desde os mais simplórios até os mais complexos.

O grande fundamento de tais processos é o princípio do formalismo das atividades administrativas. Para que os administrados e a própria Administração possam efetuar o controle administrativo, torna-se necessário que tudo fique formalizado e registrado.

PROCESSOS LITIGIOSOS – Ao contrário do que ocorre com a categoria

anterior, os processos litigiosos contêm realmente um conflito de interesses entre o Estado e o administrado. Esse conflito é o mesmo que constitui objeto do processo judicial. A diferença, porém, como já vimos, está em que as decisões neste último podem tornar-se imutáveis, fato que não ocorre nos processos administrativos.

Não há a menor dúvida de que, em sua aparência e no procedimento, guardam semelhança com os processos judiciais, sendo, por isso, comumente denominados de *processos judicialiformes*, ou seja, processos que têm a forma de processos judiciais.

Os conflitos, todavia, são decididos pelo próprio Estado, que tem a posição de parte e de julgador. Em compensação, suas decisões podem ser impugnadas na via judicial, onde o Estado-Juiz atuará com imparcialidade e equidistância dos interesses do particular e do Estado-Administração.

É comum esse tipo de processo nos conflitos de natureza tributária e previdenciária. O processo percorre diversas instâncias administrativas formadas de agentes e de órgãos administrativos, como os tribunais e conselhos administrativos, aos quais compete decidir sobre as controvérsias, e sua tramitação, normalmente regulada em lei, se aproxima em muitos pontos do procedimento judicial. Exemplo típico é o processo tributário, apreciado por agentes do órgão de fiscalização e, em grau de recurso, por conselhos de contribuintes. O rito é de fato parecido com o do processo judicial.

É fácil perceber que a presença do conflito de interesses vai exigir que nesse tipo de processo administrativo haja maior rigidez quanto à observância de alguns princípios, como o do contraditório, da ampla defesa, da produção probatória etc. [2685]

7.4. Objeto

GENÉRICO – Todo processo representa um instrumento para alcançar determinado fim. É esse elemento dinâmico que o caracteriza. Sempre que há a referência a um processo, certamente haverá a menção a algo que é pretendido, ao fim a que se destina, a um objeto, enfim.

Por isso, podemos aludir aos tipos fundamentais de processo, de acordo com as funções básicas do Estado. Nesse caso, temos um *processo legislativo,* um *processo judicial* e um *processo administrativo,* cada um deles voltado a um fim próprio. O processo legislativo tem por objeto a produção da *lei* (embora haja outros atos

análogos com denominação diversa); o processo judicial alvitra a produção da *sentença* (mesmo caso do processo anterior); e o processo administrativo tem por objeto a produção do *ato administrativo*.

Assim, considerando-se o aspecto teleológico genérico, inerente ao processo, podemos consignar que constitui objeto do processo administrativo *a prática de um ato administrativo*. Há processos, por exemplo, que culminam com ato de outorga de licença; outros desaguam em ato de punição; outros, ainda, findam com atos de indeferimento de pedido, e assim por diante. Mesmo que o processo não tenha servido para alcançar seu objeto específico, terá que haver um ato administrativo final, nem que seja para a prática de ato de arquivamento. Uma coisa é certa: não se pode conceber o processo administrativo sem que tenha ele esse objeto genérico.

OBJETOS ESPECÍFICOS – Objetos específicos do processo administrativo são as providências especiais que a Administração pretende adotar por meio do ato administrativo final. Dada a grande variedade dos objetivos colimados pela Administração, podemos agrupar os processos administrativos em categorias diversas.

De acordo com a especificidade dos processos, podem ser classificados em:

a) processos com objeto de mera tramitação;
b) processos com objeto de controle;
c) processos com objeto punitivo;
d) processos com objeto contratual;
e) processos com objeto revisional; e
f) processos com objeto de outorga de direitos.

A primeira categoria é dos processos com *objeto de mera tramitação*. É a grande maioria dos processos, pois que representam todos aqueles que não se enquadram nas demais categorias, tendo caráter residual. Nesses processos é que a Administração formaliza suas rotinas administrativas, já que tudo que é protocolizado numa repartição pública se converte em processo. Estão nessa categoria os processos resultantes de ofícios encaminhados por entidades públicas

ou privadas; de meras comunicações aos órgãos públicos; de planejamento de serviços, e tudo enfim que acarrete uma tramitação pela via administrativa.

Há outros processos que têm *objeto de controle*, porque visam a proporcionar um ato administrativo final que espelhe o resultado desse controle. Exemplo típico é o do processo que encaminha as contas dos administradores para controle financeiro interno ou do Tribunal de Contas. Os atos finais de controle podem ser de aprovação das contas ou de sua rejeição. Outro exemplo é o processo de avaliação de conduta funcional de servidor público, no qual a Administração objetiva fixar certo conceito funcional, ou chegar à conclusão de que o servidor merece ser exonerado, ou ainda fiscalizar condutas de servidores ou de terceiros. Esse tipo de processo pode eventualmente provocar a instauração de outro processo com objeto diverso: é o caso em que o controle resulta em verificação de irregularidades nas contas prestadas, hipótese em que outro processo deverá ser iniciado com objeto punitivo.

A terceira categoria é a dos processos com *objeto punitivo*. Como indica a própria expressão, têm eles como objetivo a averiguação de situações irregulares ou ilegais na Administração e, quando elas se positivam, ensejam também a aplicação de penalidades. O objeto punitivo pode ser *interno*, quando a apuração tem pertinência com a relação funcional entre o Estado e o servidor público, e *externo,* quando a verificação tem em mira a relação entre o Estado e os administrados em geral. Exemplo de objeto punitivo interno é o processo que culmina com a aplicação da pena de suspensão ao servidor; exemplo de objeto punitivo externo é o processo que gera a cassação de licença pelo fato de ter o interessado cometido infração grave prevista em lei. O processo com objeto punitivo interno denomina-se de *processo administrativo disciplinar,* e será estudado em tópico separado.

Outra categoria é a dos processos com *objeto contratual*, aqueles em que a Administração pretende celebrar contrato com terceiro para a aquisição de bens, a construção de obras, o desempenho de serviços, a execução de serviços concedidos e permitidos etc. Típicos dessa categoria são os processos de licitação, regulados pela Lei nº 8.666/93.

Há ainda os processos com *objeto revisional*, que são aqueles instaurados em virtude da interposição de algum recurso administrativo pelo administrado ou pelo servidor público. Neles a Administração vai examinar a pretensão do recorrente,

que é a de revisão de certo ato ou conduta administrativa. Se um servidor formula reclamação contra ato que não o incluiu numa lista de promoção por merecimento, o processo que se instaura tem objeto revisional. A Administração, ao final, pode rever o ato, como foi pedido pelo recorrente, ou mantê-lo, indeferindo o pedido recursal do interessado.

Por fim, temos os processos com *objeto de outorga de direitos*. Nesse tipo de processo, a Administração, atendendo ao pedido do interessado, pode conferir-lhe determinado direito ou certa situação individual.[2686] Exemplos destes processos são aqueles em que o Poder Público concede permissões e autorizações; registra marcas e patentes; concede isenções; confere licenças para construção ou para exercer atividades profissionais etc.

7.5. Princípios

DEVIDO PROCESSO LEGAL – O princípio do devido processo legal *(due process of law)* é daqueles mais relevantes quando se trata de examinar os efeitos da relação jurídica entre o Estado e os administrados. Trata-se de postulado inerente ao Estado de Direito, que, como sabemos, foi a situação política em que o Estado reconheceu que, se de um lado podia criar o direito, de outro tinha o dever de submeter-se a ele. A lei, portanto, é o limite de atuação de toda a sociedade e do próprio Estado.

A Constituição vigente referiu-se ao devido processo legal dentro do capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Dispõe o art. 5º, LIV, da CF:

> *"Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".*

Como bem já se registrou, a adoção do princípio em sede constitucional *"representou um natural desenvolvimento da sociedade que não mais se conforma com a atuação estatal sem controle e altamente cerceadora do desenvolvimento do indivíduo".*[2687] E tem razão o grande publicista. O devido processo legal é realmente um postulado dirigido diretamente ao Estado, indicando que lhe cabe o dever de observar rigorosamente as regras legais que ele mesmo criou.

Em relação ao processo administrativo, o princípio do devido processo legal tem sentido claro: em todo o processo administrativo devem ser respeitadas as

normas legais que o regulam. A regra, aliás, vale para todo e qualquer tipo de processo, e no caso do processo administrativo incide sempre, seja qual for o objeto a que se destine. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais, a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidam.

Aliás, a amplitude do princípio (embora a Constituição pareça tê-lo limitado um pouco) dá margem à interpretação de que tem ele estreita conexão com o princípio da legalidade, este de amplo espectro e reconhecidamente abrangente. Em ambos, o Estado deverá prostrar-se como servo da lei.

OFICIALIDADE – O princípio da oficialidade significa que a iniciativa da instauração e do desenvolvimento do processo administrativo compete à própria Administração. Neste ponto, há flagrante diferença com o processo judicial. A relação processual no âmbito judicial é deflagrada por iniciativa da parte: *ne procedat iudex ex officio* (art. 2º, CPC). A tutela jurisdicional só pode ser exercida se o interessado adotar as providências para instaurar o processo judicial.

O princípio da oficialidade é diametralmente diverso. A Administração pode instaurar e impulsionar, de ofício, o processo e não depende da vontade do interessado. Trata-se de responsabilidade administrativa, pela qual aos administradores cabe atuar e decidir por si mesmos, não se adstringindo, inclusive, às alegações das partes suscitadas no curso do processo.[2688] Ainda que a lei não o estabeleça nesse sentido, o dever da Administração é inerente à função de concluir os processos para a verificação da conduta a ser adotada, satisfazendo, assim, o interesse da coletividade.[2689]

Esse princípio permite aos agentes administrativos encarregados do processo várias formas de atuação *ex officio*, como a tomada de depoimentos, a inspeção em locais e bens, a adoção de diligências, tudo enfim que seja necessário para a conclusão do processo. É tão necessária a conclusão do processo que, como bem anota DIÓGENES GASPARINI, pode ser responsabilizado funcionalmente o servidor que se tenha conduzido com desídia ou desinteresse, paralisando o processo ou retardando seu desfecho.[2690]

O princípio da oficialidade foi acolhido pela Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que,

disciplinando o processo administrativo federal, consignou que as atividades de instrução com a finalidade de averiguar e comprovar os elementos necessários à decisão podem realizar-se *de ofício* ou *mediante impulsão do órgão responsável pelo processo*, independentemente, portanto, de haver interesse ou desinteresse das partes no processo.[2691] A adoção do princípio revela a possibilidade de desfecho mais rápido do processo, pois que não haverá dependência da iniciativa de terceiros.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – O princípio do contraditório está expresso no art. 5º, LV, da CF, que tem o seguinte teor:

> *"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".*

O mandamento constitucional abrange processos judiciais e administrativos. É necessário, todavia, que haja litígio, ou seja, interesses conflituosos suscetíveis de apreciação e decisão. Portanto, a incidência da norma recai efetivamente sobre os processos administrativos litigiosos. A interpretação *a contrario sensu* é a de que não incide o princípio sobre processos não litigiosos. É o caso, por exemplo, do inquérito policial, do inquérito civil, da sindicância prévia de mera averiguação. [2692]

Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades.

O acusado pode atuar por si mesmo, elaborando a sua defesa e acompanhando o processo, ou fazer-se representar por advogado devidamente munido da respectiva procuração. A *representação*, portanto, constitui uma *faculdade* outorgada ao acusado, como já consagrou – corretamente a nosso ver – a mais autorizada doutrina.[2693] Não obstante, como garantia do princípio do contraditório, exige-se a presença de *defensor dativo* no caso de estar o acusado em lugar incerto e não sabido, ou na hipótese de revelia. Fora dessas hipóteses,

contudo, é dispensável a presença de advogado. Desse modo, não nos parece correta a orientação judicial pela qual se afirma ser obrigatória, *genericamente,* a presença de advogado no curso do processo disciplinar.[2694] Tal pensamento exorbita em muito a garantia do contraditório e não tem fundamento normativo. O STF, porém, contrariando o entendimento do STJ, e de forma acertada, a nosso ver, decidiu não ser ofensiva à Constituição a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar.[2695]

Não obstante, outros aspectos cabem na ampla defesa e também são inderrogáveis, como é o caso da produção de prova, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, de toda a intervenção que a parte entender necessária para provar suas alegações.[2696] Só é vedada aos interessados a utilização de meios procrastinatórios ou ilícitos que, pretextando buscar a verdade dos fatos, tenham por fim desviar o objetivo do processo. Nesse caso, não há uso, mas abuso de direito. Daí ser lícito ao órgão processante indeferir a oitiva de testemunhas apresentadas com o único objetivo de dilargar o andamento do feito.[2697]

É importante lembrar que o princípio da ampla defesa não deve ser interpretado restritivamente, quando se trata de processos com litígios e com acusados. Além do mais, deve considerar-se que a tutela jurídica do direito à defesa é dever do Estado, qualquer que seja a função que esteja desempenhando.[2698]

PUBLICIDADE – A vigente Constituição consagra a publicidade como um dos princípios básicos da Administração Pública (art. 37, *caput*). Como já tivemos a oportunidade de examinar, o princípio da publicidade importa o dever do Estado de dar a maior divulgação possível aos atos que pratica. É o dever de transparência das atividades administrativas.

Em relação aos processos administrativos, o princípio está a indicar que os indivíduos têm direito de acesso aos referidos processos, sequer se exigindo que sejam os titulares do direito material, mas que apontem algum interesse público a ser preservado.

Note-se que, ligados a esse princípio, a Constituição registra o direito à informação, contido no art. 5º, XXXIII, bem como o direito à obtenção de certidões para a defesa de direitos e para o esclarecimento de situações, consagrado

no art. 5º, XXXIV, "b". Significa que o indivíduo tem o direito a ser informado do que se passa junto aos órgãos públicos e, sendo assim, tem o direito de acesso aos processos que tramitam nas vias administrativas. Por outro lado, garantido o direito à obtenção de certidões, está implícito também o direito de acesso aos feitos administrativos.

É lógico que o direito de acesso não pode se converter em abuso. Havendo abuso, a Administração não é obrigada a atender pedidos de quem o comete.[2699] Admite-se a restrição desse direito nas situações que imponham sigilo, o que, aliás, resulta do próprio art. 5º, XXXIII, da CF, e naquelas em que se precise preservar a intimidade ou o interesse social.[2700]

Outro aspecto do princípio da publicidade merece destaque. Como os processos administrativos comportam sempre, como seu objetivo, a prática de atos administrativos, é necessário que a Administração dispense a eles a devida divulgação, seja pela publicação nos órgãos de imprensa oficial, seja pela comunicação pessoal. A exigência também emana do art. 37 da vigente Constituição.

INFORMALISMO PROCEDIMENTAL – Como inexiste um sistema específico para o processo administrativo, várias são as leis que dispõem sobre eles. Quando essas leis traçam o rito que o processo deve obedecer, cumpre observá-lo porque a isso obriga o princípio do devido processo legal.

Essas leis, porém, não regulam todos os processos, sobretudo quando se considera a grande amplitude de sentido que se empresta aos processos administrativos. Há inúmeros processos não litigiosos que não sofrem o influxo de qualquer disciplina legal. O mesmo ocorre com alguns processos litigiosos.

O princípio do informalismo significa que, no silêncio da lei ou de atos regulamentares, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos, tal como ocorre, por exemplo, nos processos judiciais. Ao administrador caberá seguir um procedimento que seja adequado ao objeto específico a que se destinar o processo.[2701] Se um administrado, por exemplo, formula algum requerimento à Administração, e não havendo lei disciplinadora do processo, deve o administrador impulsionar o feito, devidamente formalizado, pelos demais órgãos que tenham competência

relacionada ao requerimento, e ainda, se for o caso, comunicar ao requerente a necessidade de fornecer outros elementos, ou de trazer novos documentos, e até mesmo o resultado do processo. Enfim, o que é importante no princípio do informalismo é que os órgãos administrativos *compatibilizem os trâmites do processo administrativo com o objeto a que é destinado.*

Entretanto, como bem observa DIÓGENES GASPARINI, não pode o informalismo servir de pretexto ao desleixo, com os administradores fazendo tramitar o processo sem a devida numeração, com falta de folhas, com rasuras suspeitas, enfim sem os elementos mínimos que possam denotar o zelo e a atenção dos órgãos administrativos para os fins do processo. Só assim o processo administrativo pode oferecer segurança e credibilidade aos administrados. Fora daí, o feito seria absolutamente inócuo.[2702]

VERDADE MATERIAL – É o princípio da verdade material que autoriza o administrador a perseguir a *verdade real*, ou seja, aquela que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram. Nos processos judiciais, como bem observa HELY LOPES MEIRELLES, viceja o princípio da *verdade formal,* já que o juiz se limita a decidir conforme as provas produzidas no processo, em obediência ao velho brocardo *quod non est in actis non est in mundo.*[2703]

Pelo princípio da verdade material, o próprio administrador pode buscar as provas para chegar à sua conclusão e para que o processo administrativo sirva realmente para alcançar a verdade incontestável, e não apenas a que ressai de um procedimento meramente formal. Devemos lembrar-nos de que nos processos administrativos, diversamente do que ocorre nos processos judiciais, não há propriamente *partes*, mas sim *interessados*, e entre estes se coloca a própria Administração. Por conseguinte, o interesse da Administração em alcançar o objeto do processo e, assim, satisfazer o interesse público pela conclusão calcada na verdade real, tem prevalência sobre o interesse do particular. Por isso é que esse princípio serve também como fundamento da *reformatio in pejus*, como examinamos anteriormente.[2704]

Apenas como exemplo prático, veja-se a matéria de prova. No processo judicial, é às partes que compete a produção das provas que respaldem suas alegações.[2705] O juiz apenas as aprecia como meio de chegar a seu

convencimento. No processo administrativo, porém, o próprio administrador vai à busca de documentos, comparece a locais, inspeciona bens, colhe depoimentos e, a final, adota realmente todas as providências que possam conduzi-lo a uma conclusão baseada na verdade material ou real. É esse o exato sentido do princípio da verdade material.[2706]

7.6. Processo Administrativo na Administração Federal

DISCIPLINA – Tendo em vista a necessidade de uniformizar pelo menos as regras básicas a serem adotadas nos expedientes internos da Administração, foi editada a Lei nº 9.784, de 29/1/1999, destinada a regular os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

Note-se, primeiramente, que a lei tem caráter *federal,* e não *nacional*, vale dizer, é aplicável apenas na tramitação de expedientes processuais dentro da Administração Pública Federal, inclusive no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. Em virtude de nosso regime federativo, em que as entidades integrantes são dotadas de autonomia, não podem tais mandamentos se estender a Estados, Distrito Federal e Municípios, já que estes são titulares de competência privativa para estabelecer as próprias regras a respeito de seus processos administrativos. Nada impede, e, ao contrário, tudo aconselha a que as demais entidades também uniformizem seus procedimentos administrativos, não somente para limitar a atuação dos administradores públicos, mas também para conferir aos administrados maior garantia no controle da legalidade dos atos administrativos praticados nos diversos expedientes que tramitam nos órgãos da Administração Pública.

Vale a pena destacar, ainda, que as normas da Lei nº 9.784/99 têm caráter *genérico* e *subsidiário*, ou seja, aplicam-se apenas nos casos em que não haja lei específica regulando o respectivo processo administrativo ou, quando haja, é aplicável para complementar as regras especiais. A lei específica, por conseguinte, continuará sendo *lex specialis* e prevalecerá sobre a lei geral. É o caso, por exemplo, dos processos disciplinares, previstos nas leis estatutárias, e dos processos tributários, regulados pelo Código Tributário Nacional e outras leis do gênero. Sendo normas especiais, só subsidiariamente recebem a incidência das normas gerais previstas na Lei nº 9.784/99.[2707] Quer dizer: se a lei específica for silente, a Lei 9.784/99 será aplicável.[2708]

PRINCÍPIOS E CRITÉRIOS – O processo administrativo federal deve observar os *princípios* da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.[2709] Veja-se, portanto, que, além dos princípios consagrados expressamente na Constituição, o legislador acrescentou alguns outros de pacífico reconhecimento doutrinário em sede de direito público.

A propósito, e para haver consonância com o princípio da eficiência e da razoável duração do processo, a lei passou a contemplar o *regime de prioridade na tramitação* do processo administrativo em favor de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos; portadoras de deficiência física ou mental; e de portadoras de várias doenças graves.[2710] Sobre essa alteração, afirmamos que seu fundamento consistiu na maior atenção a ser dada pela Administração a esses hipossuficientes, na certeza de que o fator *tempo* se revela impostergável para a defesa de seus interesses.[2711]

A lei enumerou uma série de *critérios* (art. 2º, parágrafo único), que, na verdade, nada mais são do que padrões a serem observados pelas autoridades nos processos administrativos. Dentre eles, merecem destaque o que impõe seja a conduta administrativa dotada de probidade, decoro e boa-fé, e o que exige congruência entre meios e fins, vedando-se sanções, restrições e obrigações além das necessárias para atender ao interesse público. Insere-se também como critérios a proibição de cobrança de despesas processuais (ressalvadas as hipóteses legais) e o impulso *ex officio* dos processos para evitar paralisações e o retardamento das soluções. Direito a alegações e recursos e divulgação oficial dos atos são outros dos padrões a que devem se submeter os agentes nos processos administrativos.

ASPECTOS ESPECIAIS – A lei destina regras relativas aos *direitos* e aos *deveres* dos administrados. Como direitos, inscreve o de receber tratamento condigno das autoridades e o de ser assistido facultativamente por advogado, bem como o de ter ciência dos atos nos processos em que seja interessado, sendo-lhe permitido consulta aos autos e extração de cópias. São deveres a conduta leal e de boa-fé e a observância da veracidade das afirmações; deve também prestar as informações que lhe forem solicitadas e não agir de modo temerário.[2712]

O processo pode ser deflagrado *ex officio* ou por provocação do interessado. São necessários alguns aspectos relativos à *formalização dos requerimentos*, devendo identificar-se os órgãos a que se dirigem, a identificação completa do requerente e a exposição completa dos fatos e fundamentos do pleito. Várias pessoas são consideradas pela lei como *interessadas* nos processos administrativos: além das pessoas físicas ou jurídicas titulares de direitos e interesses diretos, podem ser interessadas pessoas que possam ter direitos ameaçados em decorrência da decisão no processo; também as organizações e associações representativas podem defender interesses coletivos e as pessoas ou associações legítimas podem invocar a tutela de interesses difusos.

Algumas regras do processo administrativo federal guardam semelhança com as do processo judicial. A lei estabelece normas sobre competência administrativa, impedimento e suspeição, forma, tempo e lugar dos atos do processo e comunicação dos atos, além de consignar detalhada disciplina sobre a instrução do processo, fase em que avulta a observância do contraditório e ampla defesa.

Dentre as normas integrantes do capítulo destinado à *instrução* do processo, duas merecem destaque: a *audiência pública* (art. 32) e a *consulta pública* (art. 31). Pela consulta pública, a Administração procura obter a opinião pública de pessoas e entidades sobre determinado assunto de relevância discutido no processo, formalizando-se as manifestações através de peças formais instrutórias. Já a audiência pública (que, em última instância, é também forma de consulta) se destina a obter manifestações orais e provocar debates em sessão pública especificamente designada para o debate acerca de determinada matéria.[2713] Ambas retratam, na verdade, instrumentos de participação das comunidades na tomada de decisões administrativas. É correto, pois, afirmar que de sua realização emanam efeitos significativos: um deles é o de influenciar a vontade estatal; outro é o de reclamar que a Administração (ou o juiz) apresente argumentação convincente no caso de optar por caminho contrário ao que foi sugerido na consulta ou na sessão da audiência pública.[2714]

Regra de inegável importância é a que obriga a Administração a decidir os processos administrativos e dar resposta às reclamações e solicitações formuladas pelos interessados (art. 48). Tenta o legislador evitar as indesejáveis paralisações de processos na Administração, muitas vezes deliberadas e ilegais, e usadas para

esconder outros fatos ilegítimos. Para que as questões sejam solucionadas, é preciso a *definição do processo*, e é exatamente a essa definição que agora está vinculado o administrador. Não se pode perder de vista que o dever de decidir, cominado ao administrador, é consectário do próprio direito de petição.[2715] Trata-se, pois, de dever congruente com essa garantia constitucional.

Preocupa-se o legislador com a *motivação* dos atos administrativos, assim considerada como a explicitação dos fatos e fundamentos que deram suporte à prática do ato. Pode a fundamentação adotar a de outros atos, como pareceres, informações e decisões. Tratando-se de decisões de órgãos colegiados e comissões, ou de decisões orais, a motivação constará da respectiva ata ou termo escrito, possibilitando aos interessados exercer o controle de legalidade dos atos tendo em vista a justificativa em que se basearam.[2716]

Não são todos os atos que exigem expressa motivação, o que vem em abono ao que sempre defendemos. Não se pode indiscriminadamente exigir a motivação de todos os atos, como parecem defender, exageradamente, alguns autores, até porque há atos da rotina administrativa, indiferentes à órbita jurídica de terceiros, que não podem a cada passo exigir expressa e formal justificativa. A motivação depende de determinação legal, exatamente como fez a Lei nº 9.784/99. É exigível nos atos que:

a) neguem, limitem ou afetem direitos;
b) imponham ou agravem deveres, encargos e sanções;
c) permitam a dispensa e a inexigibilidade de licitações;
d) decidam processos administrativos de recrutamento público;
e) decidam recursos administrativos;
f) deixem de seguir jurisprudência sobre determinada questão administrativa;
g) indiquem reexame de ofício; e
h) impliquem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de atos administrativos (V. art. 50, I a VIII).

Fora desses casos, dispensável será a motivação. A lei, é bom que se destaque,

ao exigir que os atos sejam motivados, impõe também sejam indicados os *fatos e os fundamentos jurídicos*. Como já tivemos a oportunidade de salientar, a ideia *"não guarda total consonância com o sentido que o legislador quis emprestar à motivação do ato administrativo"*.[2717] Na verdade, a motivação não abrange necessariamente os fundamentos jurídicos, mas, ao contrário, pode relacionar-se apenas à situação fática. Os fundamentos jurídicos constituem *"o suporte jurídico da conclusão adotada no ato administrativo"*, de modo que, nos casos do art. 50, não bastará a menção aos fatos, devendo o administrador indicar também qual o substrato jurídico em que se apóia, conforme já deixamos consignados em obra específica.[2718]

Por fim, a lei traçou normas especiais sobre os *recursos administrativos*. Devem os recursos ser interpostos por requerimento do interessado, com a clara exposição dos fatos e fundamentos do pedido revisional, podendo este fundar-se em razões de legalidade ou de mérito.[2719] O prazo recursal, não havendo regra específica, é de *dez dias* contados da ciência ou divulgação oficial do ato, cabendo à autoridade decidir o recurso no prazo de *trinta dias* a partir do recebimento do pedido recursal; esse prazo pode ser prorrogado por igual período, desde que a autoridade o justifique. Como regra, o recurso *não tem efeito suspensivo*, mas, se houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução do ato impugnado, poderá a autoridade recorrida ou a imediatamente superior, de ofício ou a requerimento do interessado, conferir efeito suspensivo ao recurso. É a aplicação, portanto, da tutela preventiva no processo administrativo.

Havendo outros interessados, a Administração deverá intimá-los para, em *cinco dias*, apresentarem suas alegações. O órgão competente para apreciar o recurso poderá confirmar, modificar, anular e revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida; se houver agravamento da situação do recorrente, ser-lhe-á dada oportunidade de apresentar alegações (art. 64, parágrafo único). A Administração pode deixar de *conhecer* do recurso, hipótese diversa da de *julgar* o recurso. O recurso não será *conhecido* quando interposto: a) fora do prazo; b) por pessoa sem legitimação; c) após o exaurimento da instância administrativa; d) perante órgão incompetente (nesta hipótese, a autoridade indicará ao interessado a autoridade competente, assegurando-se àquele a devolução do prazo, para não sofrer prejuízo). Contudo, mesmo não conhecido o recurso, a Administração pode exercer seu poder de autotutela, revendo de ofício o ato ilegal, ressalvada, é óbvio, a hipótese de

preclusão administrativa.[2720]

Se houver fatos novos ou circunstâncias relevantes, pode o interessado requerer a *revisão* de processo sancionatório já findo, alvitrando a correta adequação da sanção aplicada.[2721]

A Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que regulamentou o art. 103-A da CF, introduziu algumas alterações no sistema de recursos previsto na Lei nº 9.784/99. Primeiramente, acrescentou o § 3º ao art. 56, estabelecendo que, se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado de *súmula vinculante*, deve a autoridade decisória, no caso de não a reconsiderar, consignar, de forma explícita, antes da remessa do recurso à autoridade superior, os *motivos* da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme a hipótese. Significa, assim, que o administrador tem a obrigação de cumprir esse requisito de *ordem material* (a explicação de sua conduta) e de *ordem formal* (a exigência da justificativa formalizada no ato de reapreciação do recurso).

Outra alteração diz respeito à atuação do órgão competente para a decisão do recurso: a ele também compete explicitar os motivos da aplicabilidade ou inaplicabilidade do que consta no enunciado da súmula vinculante, se o recorrente tiver alegado esse tipo de ofensa. Caso acolhida a reclamação proposta pelo interessado, o STF dará ciência ao órgão prolator da decisão e ao órgão competente para julgar o recurso, para que as futuras decisões sobre o assunto guardem adequação ao que dispõe a súmula vinculante desrespeitada pela decisão administrativa, pena de responsabilização pessoal no âmbito cível, administrativo e penal (arts. 64-A e 64-B, Lei 9.784/99, introduzidos pela citada Lei nº 11.417/2006).

7.7. Processo Administrativo-Disciplinar

SENTIDO E FUNDAMENTO – Processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas.[2722]

Quando uma infração é praticada no âmbito da Administração, é absolutamente necessário apurá-la, como garantia para o servidor e também da Administração. O procedimento tem que ser formal para permitir ao autor do fato o exercício do direito de ampla defesa, procurando eximir-se da acusação a ele

oferecida.

O fundamento do processo em foco está abrigado no *sistema disciplinar* que vigora na relação entre o Estado e seus servidores. Cabe à Administração zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que quando se noticia conduta incorreta ou ilegítima tem a Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e de punir os infratores. A hierarquia administrativa, que comporta vários escalões funcionais, permite esse controle funcional com vistas à regularidade no exercício da função administrativa. A necessidade de formalizar a apuração através de processo administrativo é exatamente para que a Administração conclua a apuração dentro dos padrões da maior veracidade.

BASE NORMATIVA – O processo disciplinar se regula por bases normativas diversas. Incide para esse tipo de processo o princípio da *disciplina reguladora difusa*, e isso porque suas regras, a tramitação, a competência, os prazos e as sanções se encontram nos estatutos funcionais das diversas pessoas federativas. Contrariamente sucede nos processos judiciais, sujeitos à *disciplina reguladora concentrada*, porque todo o sistema básico se situa num só diploma legal e apenas os ritos especiais se alojam em leis especiais.

Cada pessoa federativa tem autonomia, como já vimos, para instituir o seu estatuto funcional. A liberdade para a instituição das regras do processo disciplinar só esbarra nos mandamentos constitucionais. Fora daí, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecem suas próprias regras para esse tipo de processo. Por essa razão, quando se quiser verificar alguma questão sobre tramitação de processos disciplinares, necessária será a consulta ao estatuto da pessoa federativa que tenha instaurado o respectivo processo disciplinar. Registramos aqui esse fato porque é comum a consulta à Lei nº 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Civis da União. Esse diploma, porém, só se aplica aos processos disciplinares relativos aos servidores federais.

OBJETO – O objeto do processo administrativo-disciplinar é a averiguação da existência de alguma infração funcional por parte dos servidores públicos, qualquer que seja o nível de gravidade.

Não nos parece correta a afirmação segundo a qual o processo administrativo

"é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos".[2723] O processo serve tanto para as faltas graves como para as leves, pois que é preciso considerar que a apuração é que vai levar à conclusão sobre a maior ou menor gravidade da falta. Por esse motivo é que entendemos que o art. 41, § 1º, I e II, da CF, que dispõe que o servidor estável só perderá o cargo por força de sentença judicial ou processo administrativo com ampla defesa, apenas se refere ao processo administrativo para sinalizar um meio alternativo de apuração no que concerne à sentença judicial. O dispositivo, contudo, há de ser interpretado em consonância com o art. 5º, LV, da CF, que contempla o princípio da ampla defesa e contraditório, de modo que não apenas a perda do cargo mas qualquer infração e punição pressupõem a instauração de processo administrativo.[2724] Em última instância, nem precisaria haver menção ao processo administrativo no art. 41, § 1º; mesmo sem ela, o processo seria imprescindível para gerar eventual punição ao servidor.[2725]

A averiguação de faltas funcionais constitui um poder-dever da Administração. Não se pode conceber qualquer discricionariedade nessa atuação, porquanto o princípio da legalidade é de observância obrigatória para todos os órgãos administrativos. E, como é óbvio, não se observa esse princípio se não for apurado desempenho funcional revestido de irregularidade ou de ilegalidade. É tão importante a apuração que a Administração normalmente instaura *ex officio* o processo disciplinar.

A apuração é o objeto precípuo do processo disciplinar. Mas o resultado do processo pode levar a duas condutas administrativas. Uma delas é a aplicação da sanção ao servidor que tiver cometido a falta funcional. A outra é o arquivamento do feito, no caso de ficar demonstrada a ausência da infração.

SINDICÂNCIA – Na correta visão de CRETELLA JR., sindicância *"é o meio sumário de que se utiliza a Administração Pública, no 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"*.[2726]

Essa é a clássica e precisa noção de sindicância. Trata-se da denominação usualmente dispensada ao procedimento administrativo que visa a permitir uma

apuração preliminar sobre a existência de ilícito funcional. É através da sindicância que se colhem os indícios sobre:

a) a existência da infração funcional;
b) de sua autoria; e
c) do elemento subjetivo com que se conduziu o responsável.

Reveste-se de caráter *inquisitório*, porque é processo não litigioso; como consequência, não incide o princípio da ampla defesa e do contraditório.[2727] Caracteriza-se por ser *procedimento preparatório*, porque objetiva a instauração de um processo principal, quando for o caso, obviamente. Por esse motivo, o princípio da publicidade é aqui atenuado, porque o papel da Administração é o de proceder a mera apuração preliminar, sem fazer qualquer acusação a ninguém. Decorre daí que a autoridade que presidir ao procedimento não tem poderes para intimar terceiros a prestar depoimento, porque tais poderes são próprios das autoridades judiciais ou policiais, por força de lei.[2728]

Outro aspecto que, desde já, merece observação, principalmente em virtude da funda confusão que costuma ser feita, é o de que *a sindicância também é um processo administrativo*, como tantos outros que tramitam pela Administração. Desse modo, pode haver dois processos administrativos interligados – a sindicância e o processo disciplinar principal. A despeito de terem a mesma natureza, é simples apontar a distinção fundamental: enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando é o caso, a aplicação de sanção.

Por essa razão, pode o órgão administrativo instaurar diretamente o processo administrativo principal sem que se tenha instaurado previamente a sindicância; para tanto, basta que já estejam presentes os elementos probatórios que lhe sirvam de suporte para a acusação.[2729] É o mesmo que ocorre em relação à ação penal, que também pode ser promovida pelo Ministério Público sem o prévio inquérito policial.

Outro ponto a sublinhar é o relativo à questão da nomenclatura. O termo *sindicância* indica apenas a denominação usualmente dada a esse tipo especial de

processo preparatório. Lamentavelmente, para aumentar a confusão, nem sempre os processos preliminares e preparatórios são nominados de sindicância, e, o que é pior, há alguns casos em que processos denominados de sindicância não têm a natureza clássica desse procedimento preparatório. Como enfrentar essa dúvida? Do modo mais simples possível, ou seja, dando maior relevo ao aspecto da *natureza* do processo, e não ao de sua *denominação*. Quer dizer: mesmo que o processo seja denominado de *sindicância,* deverá ser tratado como processo disciplinar principal no caso de ter o mesmo objeto atribuído a esta categoria de processos.

O Estatuto federal contém um bom exemplo do que consideramos. Dispõe, primeiramente, que a apuração de irregularidade no serviço público se formaliza mediante sindicância *ou* processo administrativo disciplinar (art. 143). Mais adiante, consigna que da sindicância poderá resultar *aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias* (art. 145, II). Ora, só por esse texto se pode verificar que essa sindicância só tem o nome de sindicância, mas *sua natureza é a de processo disciplinar principal,* porque somente dessa categoria pode resultar aplicação de penalidades. Assim, nesse tipo de sindicância, que tem caráter acusatório, há repercussão do princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo inconstitucionais quaisquer dispositivos estatutários que dispensarem essa exigência. [2730] Repita-se, contudo, que esse processo *não corresponde à noção clássica da sindicância.*

A jurisprudência tem diferenciado os dois tipos de sindicância. Quando se trata da verdadeira sindicância, como processo preliminar, tem sido dispensado o princípio da ampla defesa e do contraditório.[2731] Ao contrário, quando o nome é de sindicância, mas a natureza é a de processo disciplinar principal, a exigência tem sido considerada impostergável e sua dispensa decidida como nula.[2732]

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO – Essa é outra expressão que, por sua imprecisão, tem provocado diversos sentidos.

Em primeiro lugar, devemos atentar para o fato de que a expressão *inquérito administrativo* (ao contrário da sindicância) deve indicar a *natureza jurídica* de um processo administrativo, e não sua *denominação*. Isso é que desde logo precisa ser observado. Mas nem sempre tem sido assim.

Parece-nos que se possa encontrar três sentidos para a expressão *inquérito*

administrativo.

O primeiro é o que traduz a natureza jurídica da sindicância. Em outras palavras: pode dizer-se que a sindicância, em sua concepção tradicional e técnica, tem a natureza jurídica de um inquérito administrativo. O sentido aqui leva em conta a noção de *inquérito*, de inquirição, interrogatório.[2733] Ou seja: considera o aspecto inquisitivo, próprio da sindicância, que é, como vimos, processo administrativo preparatório.[2734]

O inquérito administrativo tem ainda sido empregado como indicativo do processo disciplinar principal, o que já retrata uma distorção de seu sentido técnico. É nesse sentido que comumente se ouve a afirmação de que fulano ou beltrano estão respondendo a um inquérito administrativo. Só que nesse inquérito há contraditório, ampla defesa, produção de provas e aplicação de pena. Obviamente não é inquérito, mas sim processo administrativo principal.

E finalmente pode o inquérito administrativo significar uma das fases do processo disciplinar principal, ou seja, aquela em que a prova é produzida. É exatamente esse o sentido adotado pela Lei nº 8.112/90, o Estatuto federal, ao dispor que o processo disciplinar se desenvolve em três fases:

a) instauração;
b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e
c) julgamento.[2735]

Por tudo o que procuramos diferenciar, para evitar dúvidas, repetimos o que nos parece mais aconselhável em relação ao múltiplo sentido da expressão *inquérito administrativo:* o exame do contexto em que é empregada. Tanto serve como natureza jurídica da sindicância; ou como processo disciplinar principal; ou finalmente como a fase de instrução do processo disciplinar principal.

PROCESSO DISCIPLINAR PRINCIPAL – Depois de tudo o que foi dito a respeito de sindicância e de inquérito administrativo, não parece difícil identificar o que é o processo disciplinar principal.

Processo disciplinar principal, ou simplesmente processo disciplinar, é todo aquele que tenha por objeto a apuração de ilícito funcional e, quando for o caso, a

aplicação da respectiva sanção, seja qual for a expressão adotada para denominá-lo.

É este o processo administrativo litigioso, acusatório e definitivo que exige a incidência do princípio da ampla defesa e do contraditório, e o do devido processo legal. Este, e somente este, é que, ao seu final, permite ao administrador aplicar a penalidade adequada quando tiver sido efetivamente verificada a ocorrência de infração funcional.

Uma vez instaurado o processo disciplinar principal, a sindicância preliminar fica superada, de modo que nada mais há a impugnar nesse procedimento, sabido que o interessado terá o direito ao contraditório e ampla defesa no feito principal. Por isso, já se decidiu que, *"instaurado o processo administrativo disciplinar, não há que se alegar mácula na fase de sindicância, porque esta apura as irregularidades funcionais para depois fundamentar a instauração do processo punitivo, dispensando-se a defesa do investigado nessa fase de mero expediente investigatório"*.[2736]

O processo disciplinar principal é autônomo e terá inteira legitimidade se observar as regras reguladoras. Por isso, não depende do processamento de sindicância prévia como condição para sua instauração. Tal condição só se afigura admissível se a lei disciplinadora do processo expressamente o exigir, o que é raro de ocorrer. Caso a autoridade já tenha elementos suficientes para realizar o processo principal, dispensável, no silêncio da lei, será a instauração de prévia sindicância. O STJ, aliás, já firmou o correto entendimento de que, *"contando com os elementos concretos mais do que suficientes para a instauração do processo administrativo, dispensável era a utilização da sindicância"*.[2737]

A deflagração do processo, em linha de princípio, não deve dar-se em virtude de *denúncia anônima*, o que se funda no art. 5º, IV, da CF, que veda o anonimato. Por conseguinte, o denunciante deve qualificar-se e formular a denúncia por escrito; correta, pois, a exigência contida no art. 144, *caput*, da Lei 8.112/90. Entretanto, tal exigência vem sendo mitigada para o fim de examinar-se caso a caso a hipótese, sendo lícito à Administração, em situações excepcionais e ante denúncia relatada com aceitável grau de seriedade, proceder *ex officio* para apuração do ilícito.[2738]

PROCEDIMENTO – Já deixamos anotado que o processo administrativo disciplinar não tem uma regra única de tramitação. Como figuram nos estatutos funcionais, e estes são resultado do poder de auto-organização das pessoas

federativas, o procedimento sofre algumas variações, embora não lhes seja lícito afrontar qualquer mandamento constitucional ou legal. É preciso lembrar que o agente atua na via administrativa, motivo suficiente para que seus atos, nos processos disciplinares, sejam corrigidos pelo Poder Judiciário se inquinados de abuso de poder.[2739]

Mesmo com tais possíveis variações, é possível delinear a tramitação comum dos processos disciplinares, apontando certa sequência lógica das fases que os compõem.

A deflagração do processo se dá com a *instauração*. Embora normalmente formalizada por *portaria*, esse ato administrativo pode receber denominação diversa. O que interessa, na verdade, é verificar seu conteúdo indicativo da intenção de deflagrar o processo. O ato de instauração deve conter todos os elementos relativos à infração funcional, como o servidor acusado, a época em que ocorreu e tudo o que possa permitir o direito de ampla defesa por parte do acusado. Conquanto os fatos devam ser relatados com a maior fidelidade possível, à semelhança do que ocorre com a denúncia oferecida pelo Ministério Público no processo penal,[2740] revela-se possível que, após a instrução, seja complementada a situação fática que dá suporte à acusação.[2741] O que não se pode é descartar a oportunidade de conferir-se ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Segue-se a fase da *instrução*, na qual a Administração colige todos os elementos probatórios que possam respaldar a indicação de que a infração foi cometida pelo servidor. Para essa fase, deve a comissão responsável pela condução do processo providenciar a *citação* do servidor para acompanhar a prova, porque somente assim estará observando o princípio do contraditório e da ampla defesa. Havendo prova testemunhal, tem o servidor o direito de formular indagações às testemunhas. Como já anotamos, pode ser recusado o depoimento de testemunhas arroladas única e exclusivamente com o propósito de procrastinar a tramitação do processo; tal conduta configura-se como condenável desvio de finalidade.[2742] A intimação das testemunhas deve ser feita com três dias de antecedência, aplicando-se aqui, subsidiariamente aos estatutos, o art. 41 da Lei nº 9.784/99.[2743] Nada impede que a Administração produza a chamada *prova emprestada,* isto é, aquela trazida de algum outro processo, inclusive o processo penal; além de não haver vedação legal, a prova atesta a existência de determinado fato para qualquer processo.[2744]

Como não há o formalismo dos processos judiciais, pode o servidor comparecer sozinho ou ser representado por advogado munido do necessário instrumento de procuração. Essa fase de instrução, apesar de estar mais a cargo da Administração, há de exigir a presença do servidor acusado. Em razão da amplitude da fase instrutória, é legítimo, por outro lado, que a Administração se socorra da *prova emprestada*, desde que obtida licitamente, como é o caso da interceptação telefônica autorizada judicialmente em processo criminal.[2745] Aliás, convém anotar que as exigências probatórias da Administração devem ser o menos possível onerosas para o administrado.[2746] Na verdade, o intuito do processo reside, como já se salientou, na busca da verdade material.

Ultimada a instrução, é o momento de abrir a fase da *defesa* do servidor, fase essa em que poderá apresentar razões escritas e requerer novas provas, se as da instrução não tiverem sido suficientes para dar sustento a suas razões.[2747] O que lhe é vedado é tentar subverter a ordem do processo ou usar de artifícios ilícitos para tumultuá-lo ou procrastiná-lo. Não sendo verificada essa intenção, deve a comissão funcional permitir a produção de prova da forma mais ampla possível, porque é essa a exigência do princípio do contraditório e do devido processo legal.

Neste passo, reafirmamos o que já foi dito anteriormente. A defesa e o acompanhamento do processo podem ficar a cargo do próprio acusado, não sendo exigível que se faça representar por advogado; a representação, por conseguinte, retrata uma *faculdade* conferida ao acusado.[2748] Aliás, tal faculdade está expressa no art. 3º, IV, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal. Exigível é apenas a presença de *defensor dativo*, no caso de o acusado estar em lugar incerto e não sabido, ou se houver revelia.[2749] Assim, parece dissonante a doutrina que considera obrigatória a constituição de advogado.[2750] Da mesma forma, causa estranheza a posição do STJ que considera obrigatória, *genericamente*, a presença *de advogado* no processo administrativo.[2751] Trata-se de orientação que contraria a consagrada e, a nosso ver, acertada posição da doutrina, pela qual é lícito que o interessado assuma a sua própria defesa ou, até mesmo, que renuncie ao processo administrativo para posterior recurso à via judicial.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, adotando posição que se nos afigura inteiramente correta, recompôs o bom direito ao deixar sumulado, de forma vinculante, que "*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar*

não ofende a Constituição".[2752] Diante de tal entendimento, a defesa de acusado por advogado (*capacidade postulatória*) somente se torna exigível no processo judicial, foro, aliás, em que a presença do causídico se revela de fundamental importância. [2753] Diga-se, ainda, que, se o acusado não tiver qualquer interesse em defender-se no processo administrativo, seja por si, seja por meio de advogado, terá sempre a garantia de fazê-lo no processo judicial, porque é nesse sentido que dispõe o art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o princípio do acesso à Justiça.

Concluída essa fase, segue-se a do *relatório*, peça formal elaborada pela comissão processante, na qual deve ficar descrito tudo o que ocorreu no processo, tal como ocorre na sentença judicial. Descritos todos os elementos do processo, a comissão os analisará e firmará os fundamentos que levem à conclusão opinativa. Em outras palavras, a comissão apenas *opina*, mas para tanto deverá expor detalhadamente os fundamentos de seu opinamento. Esses fundamentos são de suma importância, porque a autoridade decisória, como hábito, limita-se a acolher esses fundamentos e utilizá-los como motivo de sua decisão, seja para aplicar a sanção ao servidor, seja para concluir que a hipótese não é a de apenação.

A última fase é a da *decisão,* em que a autoridade que tenha essa competência vai julgar o processo à luz dos elementos do relatório e dos contidos no próprio processo. Referido ato decisório, contudo, merece alguns comentários. Em primeiro lugar, trata-se de ato administrativo, que, para ser válido e eficaz, precisa estar dotado de todos os seus requisitos de validade (a competência, a forma, a finalidade, o objeto e o motivo). Depois, é preciso considerar duas hipóteses distintas. Na primeira, a autoridade julgadora aceita todos os fundamentos e o opinamento da comissão processante, inclusive quanto à penalidade a ser aplicada. Nesse caso, quando o julgador acolhe o relatório em todos os seus termos e, para evitar a repetição de tudo o que dele consta, decide no sentido da aplicação da sanção ao servidor, ou de sua absolvição, o ato decisório *terá como motivo os fundamentos do relatório e como objeto a punição nele sugerida*. Portanto, o ato tem motivo e tem objeto; o motivo, porém, é encontrado nos fundamentos do relatório, inteiramente acolhidos pelo julgador. Se o servidor quiser impugnar a validade desse ato, por alguma razão de legalidade, deverá identificar alguns aspectos do ato dentro do próprio relatório.

Pode ocorrer, entretanto, que o julgador discorde dos termos do relatório da

comissão processante. Essa discordância pode traduzir:

a) a aplicação da sanção, quando o relatório indicou a absolvição;
b) a absolvição, quando o relatório opinou pela apenação; e
c) a aplicação de sanção diversa (mais grave ou mais leve) daquela sugerida pela comissão.

No que se refere à apenação mais grave (*reformatio in pejus*), é importante assinalar que a autoridade decisória não está vinculada, como visto, à apreciação opinativa da comissão processante, por isso que nada impede que aplique penalidade mais severa. O STJ, a nosso ver acertadamente, já decidiu que *"é lícito à autoridade administrativa competente divergir e aplicar penalidade mais grave que a sugerida no relatório da comissão disciplinar. A autoridade não se vincula à capitulação proposta, mas sim aos fatos"*.[2754] O STF, a seu turno, já abonou esse entendimento.[2755]

Seja qual for a hipótese, no entanto, o ato decisório, como é cristalino, precisará ter seus próprios fundamentos, os quais terão linhas diferentes dos fundamentos expendidos pela comissão. Em outras palavras, *o motivo do ato decisório é diverso do motivo do opinamento da comissão*, e, desse modo, é necessário que o julgador exponha detalhadamente seu motivo no ato para que o servidor possa identificar, com precisão, o que vai impugnar em eventual recurso administrativo ou ação judicial.

É preciso registrar que o eventual agravamento da sanção proposta pela comissão de inquérito é corolário natural do caráter decisório do julgamento a ser proferido pela autoridade superior. Não poderia esta ficar sempre à mercê do opinamento da comissão quando a prova dos autos o contrariasse de modo insofismável. O que não se pode dispensar – insista-se – é a transparência dos fundamentos da decisão, por isso que eles é que constituem o foco de defesa do acusado. O próprio estatuto federal consigna a possibilidade. Reza o art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90: *"Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade"*. Em que pese situar-se no estatuto federal, a norma aplica-se aos estatutos de todas as pessoas federativas, ainda que não haja norma expressa em idêntico sentido.[2756]

Neste passo, convém salientar que, a despeito de uma minoria divergente, predomina o entendimento de que a penalidade de *demissão* pode ser aplicada pela Administração com fundamento em ato de improbidade administrativa praticado pelo servidor acusado. Assim, não se torna compulsória a ação judicial. A Lei nº 8.429/92, que regula a improbidade administrativa, não revogou a Lei nº 8.112/90, subsistindo, portanto, os dispositivos desta última que disciplinam a matéria.[2757]

Outro ponto importante a ser observado reside na necessária obediência da Administração ao *princípio da proporcionalidade* (ou da *adequação punitiva*), atualmente inegável garantia do administrado ou servidor contra abusos de autoridade. Significa que a aplicação desproporcional de penalidade mais grave do que exigiria a infração funcional constitui ato ilegal, suscetível de anulação na via administrativa ou judicial, sem prejuízo, é claro, da possibilidade de ser aplicada a sanção adequada à conduta ilícita.[2758]

De outro lado, havendo o reconhecimento de que as condutas têm gradação diversa quanto à gravidade, não podem seus autores, como regra, receber idêntica sanção, a menos que o aplicador mencione expressamente os *motivos adicionais* que conduziram à punição. Aplicar sanções idênticas para comportamentos de gravidade diversa ofende o princípio da proporcionalidade, porque de duas uma: ou um dos punidos mereceu sanção menos grave do que devia, ou o outro recebeu sanção mais grave do que merecia. Claro que tal sistema punitivo vulnera a equidade e qualquer regra lógica de direito.

O STJ decidiu interessante questão sobre tal matéria. Em processo disciplinar para apuração de irregularidades cometidas por servidores do INSS, o relatório da comissão recomendou a pena de demissão para o servidor responsável, por seu elevado grau de culpa, e a sanção de advertência para os demais implicados. Todavia, todos acabaram sendo demitidos. Em mandado de segurança, o Tribunal, entendendo ter havido ofensa aos princípios da individualização e da proporcionalidade, proferiu decisão – de técnica jurídica digna de aplausos, diga-se de passagem – no sentido de conceder a ordem para o fim de anular o ato demissório e determinar a reintegração dos servidores, sem prejuízo de lhes ser aplicada a sanção adequada. Como se vê, os impetrantes não ficaram imunes ao poder sancionatório, mas sim à punição desproporcional que sofreram.[2759]

De tudo o que demonstramos, parece claro que tais cuidados são exigíveis

para permitir, de forma clara, o exercício de um dos mais importantes direitos fundamentais, qual seja, o de recorrer ao Judiciário para controle da legalidade dos atos administrativos.[2760]

Na verdade, esse controle é essencial para garantir a observância do princípio da legalidade, porquanto ninguém desconhece que alguns efeitos oriundos de decisão do processo disciplinar são extremamente gravosos. O arbítrio de alguns administradores pode acarretar irreversíveis prejuízos ao servidor. Essa é a razão por que, atualmente, cresce a tendência de reduzir o espaço impenetrável de averiguação dos elementos fáticos e jurídicos exercida pelo Poder Judiciário, sobretudo porque nos feitos administrativos não é exigida a imparcialidade própria dos julgadores de litígios. Ampliar a perscrutação do juiz no processo administrativo é assegurar maior garantia de legalidade aos acusados, e é nesse sentido que se encontra o sentimento atual de controle judicial.[2761] Nessa investigação – como acentuam os estudiosos – devem ser apreciados todos os elementos do ato punitivo, especialmente a *motivação* conducente ao desfecho sancionatório.[2762]

O controle de legalidade, todavia, deve observar a sequência normal das instâncias do Judiciário, não sendo permitida a supressão de nenhum grau de jurisdição. Desse modo, é incabível a interposição de recurso extraordinário contra qualquer decisão de caráter administrativo, uma vez que inexiste *causa* decidida em última ou única instância por órgão do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, o que, de resto, é exigido no art. 102, III, da CF.[2763]

O controle, entretanto, não chega ao extremo de permitir a majoração ou alteração da sanção administrativa imposta a servidor, já que, como deixou corretamente assentado o STJ, "*deve o Judiciário levar em conta o princípio da legalidade, sem esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo competente – o administrador público –, sendo defeso ao Judiciário adentrar no mérito administrativo*".[2764]

MEIOS SUMÁRIOS – Tradicionalmente os autores, na matéria pertinente ao poder disciplinar do Estado, têm feito referência aos chamados *meios sumários,* que seriam instrumentos céleres e informais para a apuração de infrações funcionais e para a aplicação de sanções. É clássico, por exemplo, o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES de que haveria três meios sumários de penalização: a

sindicância, a verdade sabida e o termo de declarações. Pela sindicância, haveria rápida apuração e apenação. A verdade sabida é a hipótese em que a autoridade toma conhecimento pessoal da infração (como a insubordinação do servidor), ou quando a infração é de conhecimento público (por exemplo, a notícia na imprensa). E o termo de declarações se traduz pelo depoimento do servidor, que, confessando a prática da infração, se sujeita à aplicação da sanção.[2765]

Essas formas sumárias de apuração, contudo, não mais se compatibilizam com as linhas atuais da vigente Constituição. As normas constantes de estatutos funcionais que as preveem não foram recepcionadas pela Carta de 1988, que foi peremptória em assegurar a ampla defesa e o contraditório em processos administrativos onde houvesse litígio, bem como naqueles em que alguém estivesse na situação de acusado.

Quanto à sindicância sumária, já vimos exaustivamente que tal processo não pode gerar punição, e se vai gerar não é sindicância, mas sim processo disciplinar principal. Não mais serve como meio sumário de punição. A verdade sabida e o termo de declarações, a seu turno, também não dão ensejo a que o servidor exerça seu amplo direito de defesa. Não há guarida, portanto, para tais mecanismos de apuração em face da atual Constituição. Aliás, nem se precisa ir muito longe. A cada momento em que um servidor é tido como merecedor de sanção, é lógico que a Administração o está acusando da prática de uma infração. Se é acusado, tem o direito à ampla defesa e ao contraditório. Mesmo que a infração seja leve e possa dar causa a uma mera advertência, deve instaurar-se o processo disciplinar e proporcionar o regular contraditório.[2766]

Esse entendimento, já aceito entre os modernos doutrinadores, tem sido abonado por decisões judiciais, sensíveis ao quadro normativo constitucional e ao novo delineamento que vigora sobre a matéria.[2767]

8. Arbitragem

Arbitragem é o instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial. Em virtude do anacrônico sistema judicial, marcado pela morosidade e inefetividade, é cada vez maior o número de interessados que recorrem à arbitragem para a solução de suas divergências. A verdade é que *"nem sempre se pode esperar da decisão judicial a verdadeira e*

efetiva pacificação dos conflitos".[2768]

É a Lei nº 9.307, de 23/9/96, que regula a arbitragem. Segundo a lei, as pessoas capazes de contratar podem socorrer-se do juízo arbitral para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º). Para tanto, devem ajustar convenção de arbitragem através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Aquela retrata o ajuste firmado em cláusula contratual com a previsão de serem submetidos à arbitragem litígios supervenientes à celebração do contrato. O compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, comportando ser judicial ou extrajudicial. Cuida-se, pois, de instrumentos colocados à disposição daqueles interessados em evitar a intervenção estatal no campo da realização da justiça.[2769]

Questão que tem desafiado a argúcia dos estudiosos, em dias atuais, consiste em saber se pode a Administração valer-se da arbitragem para a solução de alguns conflitos de natureza patrimonial, em virtude dos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos.

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como *gestão* dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou de autoridade pública (*ius imperii*), a arbitragem pode ser adotada em *situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa.* É o caso, por exemplo, de cláusulas financeiras em contratos celebrados pela Administração, sejam privados, sejam administrativos.[2770]

A cautela da Administração, ao socorrer-se da arbitragem, reside basicamente em não adotar qualquer comportamento que se caracterize como desvio de

finalidade ou improbidade administrativa. O fundamento último da adoção do juízo arbitral é a obtenção de justiça mais célere e, tanto quanto a justiça clássica, imparcial. Nesse aspecto, estará a Administração observando a finalidade última da ação administrativa – o *interesse público*. Por isso mesmo, ainda que incipiente o uso da arbitragem pelo Poder Público, os Tribunais a têm admitido, expressa ou tacitamente, sob o fundamento de que não há expressa vedação para tal fim e de que o objetivo se preordena ao interesse público.[2771] Algumas leis também já indicam a admissibilidade da arbitragem, fixando os pressupostos para que possa ser adotada.[2772]

Nesse aspecto, aliás, maior ênfase não há do que a contida na Lei nº 8.987/95, que regula as concessões e permissões de serviços públicos. Conforme já averbamos anteriormente, esse diploma é peremptório no sentido de que o contrato de concessão "*poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*".[2773] Cuida-se de inegável avanço, digno de aplausos, em ordem a permitir gestão operacional mais eficiente da Administração – exigida, diga-se de passagem, pelo princípio da eficiência (art. 37, CF).[2774]

IV. Controle Legislativo

1. Sentido e Fundamento

Controle legislativo é a prerrogativa atribuída ao Poder Legislativo de fiscalizar a Administração Pública sob os critérios político e financeiro.

O Poder Legislativo, como todos sabemos, é aquele que espelha a representação popular. Na teoria política do Estado é esse Poder que materializa realmente a vontade do povo. Isso é que resulta do sistema da representatividade política. A Administração executa os mandamentos legais; sua função não é criadora, mas executora do direito. Se assim é, nada mais natural que, para o equilíbrio do sistema da divisão de funções, seja outorgada essa função específica de fiscalização ao Poder Legislativo.

O fundamento desse controle *é eminentemente constitucional*. Como a administração pública também é uma das funções básicas do Estado, não poderia o

Legislativo, incumbido de outra dessas funções, ser autorizado ao controle se não fosse por expressa referência da Constituição. A não ser assim, estar-se-ia admitindo a indevida interferência de um em outro dos Poderes, com vulneração do princípio da separação entre eles, consagrada no art. 2º da Carta Maior.[2775]

Note-se, por oportuno, que o controle legislativo abrange basicamente os atos do Poder Executivo e alguns atos do Poder Judiciário. É lógico que o Legislativo exerce também o controle sobre sua administração, mas esse controle é interno, diversamente do que exerce sobre os demais Poderes, que é externo.

2. Espécies de Controle

O controle legislativo se exerce sobre atividades bastante diferenciadas. Sendo assim é possível distinguir controles de dupla natureza: o *controle político* e o *controle financeiro*. Vejamos os aspectos principais de cada um deles.

2.1. Controle Político

A característica do controle político tem por base a possibilidade de fiscalização e decisão do Poder Legislativo sobre atos ligados à função administrativa e de organização do Executivo e do Judiciário.

A Constituição aponta vários aspectos desse tipo de controle.

Um deles está no art. 49, X, da CF. Por esse dispositivo, compete exclusivamente ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer das Casas, os atos do Poder Executivo, abrangendo administração direta e indireta. O dispositivo é específico de um lado, porque se refere ao Executivo, mas é genérico de outro em virtude de alcançar qualquer tipo de ato, seja da Administração Direta, seja das entidades integrantes da Administração Indireta. Se, por exemplo, houver necessidade de apurar a legalidade do ato do presidente de uma empresa pública ou de uma fundação governamental, o Congresso, ou qualquer de suas Casas, tem a prerrogativa constitucional de fazê-lo.

Várias outras formas de controle político estão no mesmo art. 49 da CF. Apenas para exemplificar: pelo inciso III é o Congresso que autoriza o Presidente da República a se ausentar do país (este é um controle prévio); o inciso XII dá ao Congresso competência para apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão. Observa-se, pois, que o controle abrange toda a ação que diga respeito ao Executivo.[2776] Além do Congresso,

como órgão controlador político, o Senado Federal também recebeu algumas funções pertinentes a esse tipo de controle. Como exemplo, cite-se a competência do Senado para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse das pessoas federativas (art. 52, V).[2777] A Câmara dos Deputados, a seu turno, é quem tem competência para providenciar a tomada de contas do Presidente da República quando este não as apresenta ao Congresso no prazo de sessenta dias contados da abertura da sessão legislativa (art. 51, II).

O *poder convocatório* é outra das prerrogativas do Legislativo no que toca ao controle. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal (ou qualquer de suas Comissões) podem convocar Ministro de Estado ou autoridades ligadas diretamente à Presidência da República para prestarem depoimento sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput,* CF). Podem ainda solicitar por escrito informações às mesmas autoridades (art. 50, § 2º, CF). Da mesma forma, esse controle alcança as funções próprias do Poder Executivo, principalmente.

Função controladora de grande importância é o *poder de sustação* do Congresso Nacional, novidade na atual Constituição. Nos termos do art. 49, V, cabe ao Congresso *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.* O mandamento preserva a função legiferante do Legislativo, impedindo que o Executivo, a pretexto de regulamentar a lei, acabe por ultrapassar os limites de sua atuação, criando a própria lei. O poder regulamentar, já o vimos, tem como limite a lei, só sendo válido se for *secundum legem*, nunca *contra* ou *ultra legem.* Se o poder regulamentar extrapolar seus limites, o Congresso tem o poder de sustação, ou seja, de paralisar os efeitos do ato exorbitante. Paralisar, todavia, não é anular ou revogar, providências que cabem ao próprio Executivo; significa apenas impedir a continuação dos efeitos do ato ou, se se preferir, sustar-lhe a eficácia.

Por fim, devemos relacionar também o *controle das Comissões Parlamentares de Inquérito*, previsto no art. 58, § 3º, da CF. Essas comissões, que têm os mesmos poderes investigatórios que os órgãos judiciais, têm a prerrogativa de apurar fatos ocorridos na Administração, podendo, se for o caso, encaminhar suas conclusões ao Ministério Público com vistas à responsabilização civil e criminal dos responsáveis.

2.2. Controle Financeiro

SENTIDO – Controle financeiro é aquele exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo, o Judiciário e sobre sua própria administração no que se refere à receita, à despesa e à gestão dos recursos públicos.

Como se observa do conceito, embora o Legislativo esteja voltado mais para os outros Poderes, o certo é que não pode deixar de exercer a autotutela, isto é, a fiscalização de seus próprios atos. Em relação ao Executivo e ao Judiciário, o controle é externo, e no que toca a seus próprios atos o controle é interno. O sistema republicano não permite que uma estrutura orgânica seja apenas controladora. Assim, há muito para ser fiscalizado dentro do próprio Legislativo. Se a fiscalização não é muito eficiente, como todos têm conhecimento, não será por culpa do sistema constitucional, que deixa clara essa exigência: o art. 70 refere-se expressamente ao controle externo do Congresso e o art. 74 consigna que todos os Poderes devem ter mecanismos de controle interno.

O outro aspecto a ser destacado no conceito é o objeto desse controle. Na verdade, tudo que diga respeito às finanças públicas está sob a mira do controle. Finanças públicas, no caso, tem sentido amplo e abrange realmente a receita e a despesa públicas, bem como a gestão dos recursos do erário, tudo com vistas a preservar o Estado de atividades ilícitas e dilapidatórias.

ABRANGÊNCIA – O controle financeiro, por incidir em regime federativo, há de ter larga abrangência.

Em primeiro lugar, o controle abraça todos os Poderes da República, como vimos, externa e internamente. Dentro de cada um deles, é de considerar-se a administração direta e indireta (art. 70, CF).

Depois, alcança todas as pessoas políticas da federação, respeitando-se, como é natural, a autonomia que lhes é reservada constitucionalmente. Todos os entes estão sujeitos ao controle. Os Estados e o Distrito Federal têm a fiscalização a cargo de seu Legislativo (art. 75, CF). No âmbito dos Municípios, a fiscalização financeira compete às respectivas Câmaras Municipais, conforme reza o art. 31 da CF. E logicamente o controle, em cada uma dessas pessoas, abrange todos os Poderes que as integram.

Aliás, para não deixar qualquer dúvida sobre o controle, a EC nº 19/98,

concernente à reforma administrativa do Estado, alterou a redação do art. 70, parágrafo único, da CF, ampliando mais ainda o campo de controle. Na redação original, o texto, no que se refere ao dever de prestar contas, referia-se a *qualquer pessoa física ou entidade pública;* com a alteração, o dever passou a ser atribuído a *qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada*, incluindo-se, em consequência, todas as pessoas da Administração Direta ou Indireta e até mesmo pessoas não integrantes desse sistema, desde que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União (e também Estados, Distrito Federal e Municípios) responda, ou que, em seu nome, assuma obrigações de natureza pecuniária.

FORMAS DE CONTROLE – A Constituição estabelece duas formas básicas de controle financeiro.

Uma delas é o *controle interno*. Nesse controle, cada Poder tem que possuir, em sua estrutura, órgãos especialmente destinados à verificação dos recursos do erário. São inspetorias, departamentos etc. com a atribuição de fiscalizar as contas internamente. O art. 70 da CF faz menção a que a fiscalização se processe *pelo sistema de controle interno de cada Poder*. É claro o dispositivo.

Não custa observar que órgãos específicos instituídos pela Administração para fiscalização financeira rendem ensejo a controle *interno,* e não externo, permitindo que o órgão controlador fiscalize setores pertencentes a outro ente federativo, sem que se possa objetar com a autonomia que lhe assegura a Constituição. Assim, órgão federal de controle interno, por exemplo, pode fiscalizar a aplicação de verbas públicas federais repassadas a Estado ou Município por força de convênio ou outro instrumento jurídico, inclusive com verificação documental, pois que se trata de proteção do patrimônio público sob a guarda do ente controlador. Ressalve-se que o controle deve ser exercido somente sobre as verbas pertencentes à pessoa que as repassou.[2778] Esse controle, pois, não se confunde com o controle a cargo do Tribunal de Contas, que tem caráter externo, como se verá a seguir.

A outra é o *controle externo*. Este é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, como enuncia o art. 71 da CF. O Tribunal de Contas é um órgão que integra a estrutura do Poder Legislativo e, por isso mesmo, sua

atuação é de caráter *auxiliar e especializado*, porque colabora com o Legislativo e tem a atribuição específica de exercer esse tipo de controle.[2779]

ÁREAS FISCALIZADAS – São cinco as áreas de atuação sujeitas ao controle financeiro: *contábil, financeiro (em sentido estrito), orçamentário, operacional e patrimonial* (art. 70, CF).

A área *contábil* é aquela em que se formalizam os registros das receitas e despesas. Na área *financeira stricto sensu,* o controle se executa sobre os depósitos bancários, os empenhos, o pagamento e o recebimento de valores etc. O controle *orçamentário* visa ao acompanhamento do orçamento e à fiscalização dos registros nas rubricas adequadas.

Restam os controles *operacional* e *patrimonial*. No primeiro, a fiscalização incide sobre a execução das atividades administrativas em geral, verificando-se notadamente a observância dos procedimentos legais para cada fim, bem como a necessidade de sua adequação à maior celeridade, eficiência e economicidade. O controle *patrimonial* recai sobre os bens do patrimônio público, exigindo-se sejam fiscalizados os almoxarifados, os bens em estoque, os bens de uso, os bens consumíveis etc.

NATUREZA DO CONTROLE – A Constituição foi incisiva quando proclamou que o controle será exercido sob cinco aspectos diferentes:

1) quanto à legalidade;
2) quanto à legitimidade:
3) quanto à economicidade;
4) quanto à aplicação das subvenções; e
5) quanto à renúncia de receitas.[2780]

O *controle da legalidade* é aquele que se caracteriza como fundamental, e por mais de uma razão. A atividade de administrar é subjacente à lei, de modo que não se pode conceber que seu desempenho afronte os comandos normativos desta. Se o administrador pudesse vulnerar a lei, estaria indiretamente legislando e não

administrando. Além desse aspecto, cumpre lembrar que a legalidade foi relacionada como princípio expresso na Constituição atual, como se observa no art. 37, *caput*. A verdade é que na atividade de administrar a vontade pessoal do administrador não tem maior valia e nem pode prevalecer sobre a vontade da lei. O controle financeiro envolve, primordialmente, o exame da legalidade dos atos da Administração.

O *controle da legitimidade* foi uma novidade constitucional. Ao referir-se à *legitimidade*, depois de se ter referido à *legalidade*, a Constituição parece ter admitido *um controle externo de mérito por parte do Congresso*, no aspecto financeiro. Note-se que o art. 70 da CF cuida dos sistemas de controle interno e externo. No que se refere ao controle interno, nenhuma novidade há no controle de mérito, que é, como vimos, uma revisão com base em critérios administrativos de conveniência e oportunidade. O ângulo novo na questão é a admissibilidade do controle *externo* de legitimidade. Como bem salienta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a legalidade diz apenas com o confronto formal entre o ato e a lei, mas a legitimidade *não observa apenas as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também em sua substância se ajusta a esta, assim como aos* princípios não jurídicos *da boa administração.*[2781]

O sentido acima se completa com o *controle da economicidade*, que enseja a verificação, pelo órgão controlador, da existência, ou não, dos princípios da adequação e da compatibilidade, referentes às despesas públicas. Esse controle também envolve o mérito, porque, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que já se vão tornando clássicas, serve *para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, p. ex., uma adequada relação* custo-benefício.[2782]

A *aplicação das subvenções* e a *renúncia de receitas* são os demais aspectos em que pode se efetivar o controle, envolvendo aspectos de legalidade ou de mérito. No concernente à aplicação das subvenções tanto é importante fiscalizar se o destino formal das verbas observou o que determinava a lei, como se, mesmo atendida esta, o aplicador as utilizou de forma econômica, criteriosa e não perdulária. Este último enfoque é importante, porque ninguém desconhece que alguns administradores não têm a menor preocupação quanto ao preço de bens e serviços, isso naquele criticável pensamento de que os recursos são públicos e, por isso, seus gastos não ofendem seus próprios bolsos.

A *renúncia de receitas* há de ter sempre caráter excepcional, pois que não pode o administrador deixar de receber recursos que vão ser vertidos para a própria coletividade. A fiscalização interna e externa deve considerar esse aspecto. É verdade que, em algumas ocasiões, a renúncia a receitas traduz interesse público específico; se assim ocorrer, a renúncia será lícita. Ilícita, isto sim, será a renúncia *sem causa*, ou seja, aquela para a qual o administrador não tenha qualquer fundamento de ordem administrativa. Nesse caso, a renúncia pura e simples, sem motivo administrativo legítimo, caracteriza desvio de finalidade e se sujeita à invalidação e à responsabilidade funcional, civil e criminal do administrador.

3. Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas é o órgão integrante do Congresso Nacional que tem a função constitucional de auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública, como emana do art. 71 da atual Constituição. Cuida-se de órgão de inegável relevância no regime republicano e, sem embargo de críticas que tem sofrido (algumas delas merecidas), tem uma relativa autonomia no sistema, desfrutando, inclusive, de quadro próprio (art. 73, CF), Ministros (e Conselheiros) com as prerrogativas da Magistratura (art. 73, § 3º) e lei própria de auto-organização.[2783]

Várias são as atribuições do Tribunal de Contas no que toca ao controle financeiro da Administração.

De início, é o órgão que aprecia as contas do Presidente da República e elabora parecer prévio a ser analisado pelo Congresso (art. 71, I, CF). Cabe-lhe também proceder a auditorias em todas as unidades administrativas dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como nas pessoas da Administração Indireta do Estado (art. 71, IV). Veda-se-lhe, contudo, exercer controle sobre entidades administrativas vinculadas a ente federativo diverso: tal atuação refoge à competência constitucional.[2784]

Por outro lado, fiscaliza as contas nacionais das empresas supranacionais de que participe a União (art. 71, V); fiscaliza a aplicação de recursos repassados pela União, concluindo sobre aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade da aplicação (art. 71, VI); aprecia, para fins de registro, a legalidade de atos de admissão de pessoal e as concessões de aposentadoria (art. 71, III); aplica sanções aos

responsáveis por conduta ilícita no processo de despesas públicas e fixa prazo para que órgãos e entidades adotem as providências exigidas para o cumprimento da lei (art. 71, VIII e IX); e susta, no caso de não atendimento, a execução de ato impugnado, comunicando o fato à Câmara e ao Senado (art. 71, X).

O inciso II do art. 71 atribui ao Tribunal de Contas competência para *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta ou Indireta, bem como as contas daqueles que provocarem a perda, o extravio ou outra irregularidade, causando prejuízo ao erário. O termo *julgar* no texto constitucional não tem o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício de sua função jurisdicional. O sentido do termo é o de *apreciar, examinar, analisar* as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese *é de caráter eminentemente administrativo*.[2785] Por isso, esse exame se sujeita, como qualquer ato administrativo, a controle do Poder Judiciário no caso de contaminado de vício de legalidade, e não tem a definitividade que qualifica os atos jurisdicionais. Autorizada doutrina, aliás, já anotava: "*As decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciárias, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade.*[2786]

Por outro lado, reina certa dúvida a respeito do sentido da expressão *dinheiros públicos* contida no mesmo art. 71, II, havendo mesmo decisões contraditórias no próprio STF.[2787] É de considerar-se, porém, como dinheiros públicos aqueles que integram o acervo das pessoas de direito público (entes federativos, autarquias e fundações de direito público). Da mesma natureza deve ser considerado o montante derivado do pagamento de contribuições ou pagamentos compulsórios efetuados por administrados, ainda que os destinatários sejam pessoas de direito privado, integrantes da Administração ou não. É o caso, para exemplificar, dos recursos oriundos de contribuições parafiscais. Por fim, é dinheiro público aquele transferido por ente público a qualquer outra pessoa, de direito público ou privado, para emprego em finalidades específicas. Como exemplo, a alocação de recursos a ente privado para utilização em seus fins institucionais. Todos esses valores sujeitam-se à prestação de contas e à apreciação pelo Tribunal de Contas. São, todavia, recursos privados aqueles decorrentes de exploração de atividade

econômica (v.g., os lucros obtidos por bancos governamentais) ou da própria gestão de entidades privadas (v.g., valores cobrados pela prestação de serviços ligados a seus fins institucionais). Tais valores integram o patrimônio privado da pessoa e são insuscetíveis de controle pelas Cortes de Contas; a não ser assim, não teria o Constituinte aludido a dinheiros *públicos*.

É mister acentuar, neste ponto, que as funções básicas dos Tribunais de Contas em geral são exatamente as que constam do art. 71 da CF, muito embora as normas sejam aplicáveis diretamente à Corte de Contas federal. Significa dizer que, pelo princípio da simetria constitucional, os demais Tribunais de Contas não podem inserir, em sua competência, funções não mencionadas na Constituição Federal. Referidos Tribunais devem adotar, como modelo de competência, as funções constantes do art. 71 da CF. Esse entendimento, aliás, já foi expressamente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma irreparável a nosso ver.[2788]

Não obstante, a despeito de serem administrativos os seus atos, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que *o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.*[2789] Não há novidade na afirmação, eis que a doutrina constitucionalista dominante já admite que os órgãos fundamentais da República (Chefia do Executivo, os Tribunais Judiciários, as Casas Legislativas e o Ministério Público) também podem apreciar questões de inconstitucionalidade, visto que a eles compete, da mesma forma, a guarda da Constituição.

Matéria que redundou em acirrada polêmica é a concernente ao art. 71, § 3º, da CF, que dispõe: *"As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo"*. O preceito denuncia, de forma clara, que a relação obrigacional decorrente da atribuição de débito ou aplicação de multa enseja a formalização por título executivo, de natureza obviamente extrajudicial. Não indica, entretanto, a legitimidade para a ação que vise à respectiva cobrança. Embora haja alguns entendimentos e até mesmo dispositivos constitucionais de Estados que admitem que o Tribunal de Contas possa executar as suas próprias decisões, o STF decidiu em contrário, considerando inconstitucional dispositivo nesse sentido da Constituição do Estado de Sergipe, com fundamento no citado art. 71, § 3º, que não permitiria tal amplitude.[2790] De fato, nada justifica a pretendida *legitimatio*, e por mais de uma razão. A uma, porque não se trata de pessoa jurídica, e sim de

órgão público despersonalizado, ao qual só é conferida capacidade processual em situações excepcionais. A duas, porque, integrando pessoa federativa (União ou Estado), é a esta que cabe a competência para ajuizamento das ações que visem à cobrança de valores devidos ao Poder Público, mesmo que os recursos cobrados sejam alocados para determinado órgão nos termos da lei. Entretanto, o Ministério Público tem legitimidade extraordinária para promover a execução com base no aludido título, sabido que, entre suas funções institucionais, está a defesa do patrimônio público genericamente considerado (art. 129, III, CF).[2791]

Por fim, compete observar que os Tribunais de Contas, em algumas ocasiões, têm adotado posições que extrapolam os limites da função que a Constituição lhes outorgou. Não se questiona aqui que sua função é relevante para a regularidade da atividade administrativa, mas daí não se pode permitir atuações que não estejam contempladas no sistema constitucional. Nesse ponto, valemo-nos de autorizada doutrina, que, em virtude de verificação sobre a atuação dos Tribunais de Contas, chega a três conclusões que nos parecem irretocáveis:

1) cabe ao Tribunal de Contas apreciar o ato concessivo de aposentadoria e baixar o processo com suas ponderações a respeito do ato, mas lhe é vedado impor ao administrador a modificação do ato sob pena de multa; havendo conflito, a solução é o Judiciário, quer para dirimir o litígio interorgânico, quer para permitir que terceiro reivindique seus direitos;
2) não é facultado ao Tribunal de Contas exercer o poder regulamentar por ser este privativo do Executivo; as regras que editar, portanto, não podem ser gerais e abstratas como as da lei ou dos atos regulamentares típicos, porque invadem as funções dos demais Poderes; e
3) na competência para *sustar* atos administrativos, deve ser respeitado o princípio do devido processo legal, se esses atos envolverem situações jurídicas de terceiros; em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para invalidar atos administrativos negociais, contratuais ou não.[2792]

Outra ilegalidade praticada por Tribunal de Contas é a afronta à decisão judicial. Se o Judiciário, como Poder definidor de controvérsias, define posição e a reveste com o manto da *res iudicata,* nenhuma alternativa remanesce para a Corte de

Contas: cabe-lhe apenas respeitá-la e cumpri-la. O TCU, por exemplo, determinou a suspensão de pagamento de parcelas remuneratórias incluídas nos proventos de servidores públicos aposentados por força de decisão judicial transitada em julgado. O STF, examinando a questão em mandado de segurança, deferiu o pedido, a nosso ver, com absoluto acerto, para anular a decisão da Corte de Contas, fundando-se a decisão no princípio da intangibilidade da coisa julgada.[2793] Avulta notar que esse impedimento se opõe, inclusive, quando há outros fundamentos para a decisão transitada em julgado, tudo em nome do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança.[2794]

Dúvida já surgiu sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas ordenar a suspensão cautelar de processo licitatório. Em virtude do silêncio da Constituição, deve analisar-se o círculo de competências da Corte. A Carta conferiu ao Tribunal de Contas o poder de sustar, *se não atendido*, a execução de atos impugnados, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X). Antes, porém, permitiu-se-lhe assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as medidas necessárias à eventual restauração da legalidade (art. 71, IX). Em nosso entender, tais dispositivos devem ser interpretados conjugadamente: a sustação de atos de outros órgãos (que é providência gravíssima na relação entre os Poderes) só se legitima após decorrido o prazo em que foi recomendada a superação da ilegalidade. Segue-se, portanto, que o poder de cautela também há de depender do descumprimento oportuno da recomendação prévia dirigida ao órgão administrativo.[2795] Por outro lado, como já assinalamos anteriormente, a Corte de Contas não tem a prerrogativa genérica de exercer o controle prévio de editais de licitação, função não mencionada constitucionalmente em suas competências (art. 71, CF),[2796] nem tampouco o de contratos do Poder Público, com obrigação de registro prévio.[2797]

No que tange às decisões das Cortes de Contas, já está consagrado o entendimento segundo o qual, nos processos em que forem proferidas, deve assegurar-se o contraditório e a ampla defesa quando forem capazes de provocar a anulação ou a revogação de ato administrativo que beneficie o interessado.[2798] Trata-se de restrição ao poder de autotutela da Administração, tendência que, como já vimos, tem sido observada em diversas situações administrativas para evitar que ato unilateral tenha o condão de desfazer benefício para o administrado, sobretudo

quando praticado com abuso de poder. Excetua-se da mencionada exigência a apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Em nosso entender, contudo, se tal apreciação conduz à invalidade ou alteração de tais atos – de resto, já praticados pelo órgão administrativo competente – deveria o Tribunal de Contas sujeitar sua apreciação ao interessado, possibilitando-lhe arguir outros elementos para a defesa do ato que o beneficia. Afinal, cuida-se de hipótese em que se contradizem dois órgãos estatais – de um lado, aquele de onde se originou o ato de aposentadoria, reforma ou pensão e, de outro, a própria Corte de Contas.

O Tribunal de Contas, em sua atividade de controle de contas e de administradores públicos, poderia ter sido autorizado a impor, em situações especiais, a quebra de sigilo bancário de dados constantes do Banco Central. Todavia, a Lei Complementar nº 105/2001 conferiu esse poder exclusivamente ao Judiciário, ao Legislativo e às Comissões Parlamentares de Inquérito, após aprovação do plenário do Senado, da Câmara ou das respectivas comissões. Tratando-se de restrição ao direito fundamental relativo à privacidade, inviável proceder à interpretação extensiva. Assim, à Corte de Contas é vedado o exercício desse meio investigatório.[2799]

V. Controle Judicial

1. Sentido

Controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário.[2800]

A origem do controle é o Poder Judiciário. No sistema de equilíbrio de Poderes, o Judiciário assume a relevante missão de examinar a legalidade e a constitucionalidade de atos e leis. É o Poder jurídico por excelência, sempre distanciado dos interesses políticos que figuram frequentemente no Executivo e no Legislativo.

A importância do controle judicial, convém que se diga, é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição. O Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e

privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado.

O controle judicial incide especificamente sobre a atividade administrativa do Estado, seja qual for o Poder onde esteja sendo desempenhada. Alcança os atos administrativos do Executivo, basicamente, mas também examina os atos do Legislativo e do próprio Judiciário, nos quais, como já vimos, se desempenha a atividade administrativa em larga escala.

Com a EC 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, da CF (que relaciona os direitos e garantias fundamentais), o controle judicial deve sujeitar-se ao princípio da eficiência, sendo assegurado a todos a duração aceitável e tramitação célere dos processos, porque somente assim será resguardado o princípio do acesso à justiça, contemplado no art. 5º, XXXV, da Carta vigente.

SÚMULAS VINCULANTES – Depois de promulgada a E.C. 45/2004 (reforma do Judiciário), na qual foi previsto o sistema de *súmulas vinculantes*, com o objetivo de reduzir o número de processos judiciais e acelerar sua solução, foi editada a Lei nº 11.417, de 19.12.2006, para regulamentar o aludido sistema. Como este envolve *controle do Poder Judiciário* também sobre *atos da Administração*, parece-nos oportuno e conveniente, neste tópico, tecer alguns breves comentários sobre os aspectos básicos do sistema.

Em primeiro lugar, é de considerar-se que o objetivo fundamental de tais súmulas é a *vinculação* de seu preceito, ou seja, seus enunciados terão força vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública, seja direta ou indireta, abrangendo todas as esferas federativas. O Poder Legislativo, entretanto, não sofre essa vinculação, quando no exercício de sua produção normativa. Assim, nada impede que disponha em novo ato sobre matéria contida em lei anteriormente declarada inconstitucional, ainda que em controle concentrado. Se tal ocorrer, não haverá ofensa à autoridade do STF, nem será a reclamação (art. 102, I, *l*, CF) a via idônea de impugnação.[2801]

O funcionamento desse regime, no que toca às súmulas, alcança três

modalidades de providência: a *edição*, a *revisão* e o *cancelamento*. A *edição* é a providência pela qual é instituído o enunciado da súmula vinculante, denunciando a orientação que o Supremo Tribunal Federal deseja dispensar a determinada matéria. A *revisão*, a seu turno, espelha a alteração a ser introduzida em súmula vinculante já editada e nela se denota a mudança da posição anteriormente firmada na súmula revista. Por fim, o *cancelamento* aponta para a supressão da súmula, exprimindo que a nova posição da Corte não mais se coaduna com a orientação anterior.

O *fundamento* das súmulas vinculantes reside na necessidade de definir a posição do STF quanto a controvérsias que coloquem em grave risco a segurança jurídica e que possam gerar expressiva quantidade de processos tendo por alvo a mesma discussão, fato que prejudica inegavelmente o funcionamento do Judiciário. No que tange ao *objeto*, tem-se que as súmulas visam a indicar a orientação do STF sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (art. 2º, § 1º).

A *legitimidade* para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante é concorrente, assemelhando-se a relação dos legitimados àquela voltada para ações de inconstitucionalidade. São partes legítimas: a) O Presidente da República; b) a Mesa do Senado; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) o Procurador-Geral da República; e) o Conselho Federal da OAB; f) o Defensor Público-Geral da União; g) partido político com representação no Congresso; h) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; i) Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do DF; j) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; k) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do DF e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Embora despido do poder de formular proposta em processo autônomo, ao Município foi conferida legitimidade para fazê-lo *incidentalmente* no curso de processo em que figure como parte (art. 3º, § 1º). Admite-se, ainda, a manifestação de terceiros na questão, na forma como estiver regulado no Regimento Interno do STF.[2802]

Para que seja editada súmula vinculante, a decisão deve ser tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do STF.[2803] Além do mais, sempre será ouvido o Procurador-Geral da República, quando ele mesmo não tiver sido o autor da proposta atinente à súmula.

Como regra, a *eficácia* da súmula vinculante é imediata. Entretanto, decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do STF pode restringir os efeitos vinculantes ou decidir que a eficácia tenha início a partir de outro momento, sendo pressuposto de tal exceção a existência de motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º).

Não se suspenderá o curso de processos nos quais a controvérsia tenha relação com o conteúdo de enunciado de súmula ao momento da proposta de sua edição, revisão ou cancelamento. Assim, a incidência dos efeitos da súmula nos processos em tramitação só se inicia a partir de sua decisão e da respectiva publicação no Diário Oficial da União (art. 6º). No caso de *revogação ou modificação da lei* que serviu de fundamento para a edição da súmula, o STF deverá providenciar a revisão ou o cancelamento do enunciado, atuando nesse caso de ofício ou por provocação do legitimado.[2804]

Na hipótese de haver contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida de enunciado de súmula vinculante por decisão judicial ou por ato administrativo, caberá *reclamação* ao STF, sem prejuízo de recursos ou outros meios de impugnação. Acolhida a reclamação, a decisão judicial será objeto de *cassação* e o ato administrativo, de *anulação* (art. 7º, *caput*, e § 2º). Esta decorre da própria decisão do STF, mas, no caso de decisão judicial, a Corte ordenará que outra seja proferida, aplicando, ou não, o julgador, conforme o caso, o enunciado da súmula.

Como já tivemos a oportunidade de assinalar, é cabível a reclamação contra *atos administrativos* ou *condutas omissivas* da Administração que contrariem enunciado de súmula, lhe neguem vigência ou o apliquem de forma indevida (art. 7º, § 1º). Sendo procedente a medida proposta contra ato administrativo, este será anulado, como já vimos. Tratando-se, no entanto, de omissão administrativa, a decisão do STF deverá ter natureza mandamental (ou condenatória determinativa, segundo alguns), obrigando-se o administrador omisso a uma conduta comissiva (*facere*) com o fim de suprir a omissão. De qualquer modo, a reclamação só será admitida depois de esgotadas as vias administrativas, devendo-se entender aqui, como já vimos, o efetivo percurso pelos níveis hierárquicos recursais do órgão ou da pessoa administrativa.[2805]

Observa-se, portanto, que no sistema das súmulas vinculantes se inclui aspectos ligados ao controle judicial sobre a Administração Pública.

Cabe aqui uma observação final. O art. 102, § 3º, da CF, incluído pela EC 45/2004, passou a exigir que, no recurso extraordinário, o recorrente demonstre a *repercussão geral* das questões discutidas no caso, sendo aquela considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes no processo. O dispositivo foi regulamentado pelos arts. 543-A e 543-B, do Código de Processo Civil, introduzidos pela Lei nº 11.418, de 19.12.2006, e por essa disciplina pode o STF não conhecer do recurso se ausente aquele requisito de admissibilidade. O que interessa diretamente ao tópico em estudo é o que consta no art. 543-A, § 3º, do CPC, segundo o qual "*Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal*". Essa contrariedade, portanto, retrata situação para a qual a lei atribuiu a presunção de que está presente o requisito da repercussão geral. Resulta que, se for pretendido o controle de legalidade de ato administrativo através de recurso extraordinário, alegando o recorrente contrariedade a alguma súmula vinculante, será o recurso admitido em razão do atendimento ao citado requisito de admissibilidade.

2. Sistemas de Controle

Sistemas de controle é o conjunto de instrumentos contemplados no ordenamento jurídico que têm por fim fiscalizar a legalidade dos atos da Administração.

Cada ordenamento jurídico apresenta mecanismos próprios para esse controle. Esses mecanismos buscam, na verdade, evitar que a atividade Administrativa, seja no âmbito interno, seja a que se estende aos administrados, fique desprovida de controle da legalidade. Se isso fosse admitido, a lei poderia ser a todo momento violada pelo administrador, retirando completamente a segurança da coletividade.

Os sistemas sofrem sempre alguma variação, mas, com uma ou outra pequena diferença, pode dizer-se que dois são os sistemas básicos de controle: o *sistema do contencioso administrativo* e o *sistema da unidade de jurisdição.* Vejamos seus pontos característicos.

2.1. Sistema do Contencioso Administrativo

A expressão *contencioso administrativo* tem dois sentidos. Um deles é a denominação dada ao sistema da dualidade de jurisdição. O outro significa qualquer

tipo de conflito que tramite na via administrativa. Ou seja, mesmo nos países que não adotam o sistema em foco, existe o contencioso administrativo neste último sentido, porque em todos os lugares é permitido que o indivíduo reclame da Administração junto a seus próprios órgãos. Os recursos de reclamação e de representação, por exemplo, formam um contencioso administrativo, porque tramita na via administrativa.

O *sistema do contencioso administrativo,* também denominado de *sistema da dualidade de jurisdição* ou *sistema francês,* se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma *Justiça Administrativa.* Esse sistema, adotado pela França e pela Itália entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justiças, as decisões proferidas ganham o revestimento da *res iudicata*, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de *dualidade de jurisdição*: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa.

A Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos. Nunca serão, todavia, litígios somente entre particulares; nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público. Compete-lhe julgar causas que visem à invalidação e à interpretação de atos administrativos e aquelas em que o interessado requer a restauração da legalidade quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa. Julga, ainda, os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder.[2806]

A organização da Justiça Administrativa é complexa e se compõe de várias Cortes e Tribunais administrativos. Na França, situa-se em seu ponto mais elevado o conhecido Conselho de Estado *(Conseil d'État)* e, no caso de conflito de atribuições entre as duas Justiças, a controvérsia é dirimida pelo Tribunal de Conflitos, criado fundamentalmente para esse fim.

A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Os que o criticam se baseiam no fato de que fica mitigada em favor dos litigantes privados a garantia da imparcialidade, já

que na Justiça Administrativa o Estado, em tese, é parte e juiz do conflito.[2807]

2.2. Sistema da Unidade de Jurisdição

Diverso delineamento tem o *sistema da unidade de jurisdição*, também conhecido como *sistema do monopólio de jurisdição* ou *sistema inglês*. Por essa modalidade de sistema, todos os litígios, administrativos ou de caráter privado, são sujeitos à apreciação e à decisão da Justiça comum, vale dizer, a que é composta de juízes e tribunais do Poder Judiciário.[2808] Adotam o sistema da unidade de jurisdição os Estados Unidos, o México e alguns outros países, entre eles o Brasil.

No sistema da unidade de jurisdição – *una lex una jurisdictio* –, apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade. Mesmo as raríssimas exceções contempladas na Constituição, conferindo essa função ao Congresso Nacional, não servem para desfigurar o monopólio da jurisdição pelo Judiciário.

O fundamento da adoção do sistema da unidade de jurisdição pelo Brasil está sufragado pelos termos do art. 5º, XXXV, da vigente Constituição: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.* O preceito é claro: nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame, com foros de definitividade, por órgãos jurisdicionais. A Administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados no Judiciário.

Em relação a vantagens e desvantagens, nada temos a acrescentar ao que já dissemos a respeito, quando estudamos o sistema do contencioso administrativo. O sistema da unidade apresenta maior vantagem no que se refere à imparcialidade dos julgamentos, porque o Estado-Administração e o administrado se colocam, a todo o tempo, em plano jurídico de igualdade quando seus conflitos de interesse são deduzidos nas ações judiciais.

3. Natureza

O controle judicial sobre atos da Administração é *exclusivamente de legalidade*. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue

produzindo efeitos ilícitos.[2809]

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que implantou a Reforma do Judiciário, foi introduzido no direito pátrio, como já examinamos anteriormente, o sistema de *súmulas vinculantes* (art. 103-A, da CF, e Lei nº 11.417/2006), passando a admitir-se o cabimento de reclamação ao S.T.F contra ato administrativo (e também decisão judicial) que contrarie súmula daquela natureza, ou a aplique indevidamente. No caso de procedência da reclamação, efeito da decisão será a *anulação* do ato reclamado, conforme registra o art. 103-A, § 3º, da CF (também inserido pela referida Emenda). Cuida-se, pois, de outro mecanismo de controle judicial de legalidade.

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de *mérito administrativo*, vale dizer, a ele é interditado o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º).[2810]

Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair no aspecto fundamental – o exame da legalidade. A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais, sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração. [2811]

4. Oportunidade

A regra geral é a de que o controle judicial é *posterior (a posteriori)*. Depois que os atos administrativos são produzidos e ingressam no mundo jurídico é que o Judiciário atua para, a pedido dos interessados, examinar a legalidade, ou não, dos atos. Estes, como sabemos, têm a seu favor a prerrogativa da presunção de legitimidade e da autoexecutoriedade, de modo que a Administração, como regra, os pratica sem que precise de qualquer autorização.

Se o ato estiver contaminado de vício de legalidade, o controle judicial é que vai permitir que seja invalidado, restaurando-se a situação de legalidade anteriormente existente.

Há, entretanto, algumas situações especiais que admitem um controle *prévio* do Judiciário *(a priori)*. Esse controle, porém, não deve ser entendido como uma forma de o Judiciário fazer averiguação prévia de tudo o que está a cargo da Administração, mas sim como o meio de evitar que direitos individuais ou coletivos sejam irreversivelmente ofendidos, vale dizer, sem que haja a possibilidade de o ofendido ver restaurada inteiramente a legalidade. O fundamento desse controle se encontra no próprio art. 5º, XXXV, da CF, que garante o indivíduo contra lesão ou *ameaça de lesão* a direito.

Para esse fim, as leis processuais preveem a tutela preventiva, ensejando a possibilidade de o juiz sustar os efeitos de atos administrativos através de medidas preventivas liminares, quando presentes os pressupostos da plausibilidade do direito *(fumus boni iuris)* e o risco de haver lesão irreparável pelo decurso do tempo *(periculum in mora)*. Tais medidas, além de contempladas no estatuto processual comum, têm previsão em leis especiais, como a que regula o mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009); a ação popular (Lei nº 4.717/65); e ação civil pública (Lei nº 7.347/85).

5. Atos sob Controle Especial

Há alguns atos emanados do Poder Público que, como reconhecem os estudiosos, sofrem um controle especial em razão de suas peculiaridades. Observe-se que controle especial não é o mesmo que ausência de controle. No regime republicano democrático, onde desponta a proteção dos direitos e garantias fundamentais, não se pode conceber atos insuscetíveis a controle. Nenhum Poder ou função são tão absolutos que possam estar infensos ao controle judicial. A questão é apenas a da especificidade do controle.

5.1. Atos Políticos

As características dos atos políticos são bem marcadas por HELY LOPES MEIRELLES, que tratou o assunto com muita clareza, a despeito de algumas dúvidas sobre seu lineamento.[2812] Trata-se daqueles atos produzidos por certos agentes da cúpula diretiva do país, no uso de sua competência constitucional.

Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros prévios de controle. Por outro lado, são esses os atos que permitem a condução das políticas, das diretrizes e das estratégias do Governo. Ausentes quaisquer *standards* predeterminados para limitá-los, os atos políticos comportam maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas. Como exemplo desses atos, temos o ato de indulto, da competência do Presidente da República (art. 84, XII, CF); o ato de permissão da mesma autoridade, para que forças estrangeiras transitem pelo território nacional (art. 84, XXII, CF). Em relação ao Congresso Nacional, exemplificamos com o ato pelo qual é concedida autorização ao Presidente da República para se ausentar do país (art. 49, III, CF). Todos esses são considerados atos políticos, porque seus motivos residem na esfera exclusiva da autoridade competente para praticá-los.

A especificidade do controle reside na circunstância de que o Judiciário não pode exercer seu controle sobre os critérios governamentais que conduzem à edição dos atos políticos. A razão é simples: se há várias alternativas lícitas de atuação, não podem os órgãos judiciários substituir a escolhida pelo agente governamental pela sua própria. Por isso é que são atos de governo, e não atos meramente administrativos.

Não obstante, a doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade. Aqui o problema não diz respeito ao conteúdo e ao motivo dos atos, mas sim a elementos que não podem deixar de ser fiscalizados, porque nesse caso preleva o princípio da legalidade e da supremacia da Constituição. A vedação ao controle limita-se apenas à valoração dos motivos dos atos por situar-se na esfera privativa do agente governamental.

5.2. Atos Legislativos Típicos

Quando se faz referência aos atos legislativos típicos, estamo-nos referindo àqueles que dispõem de conteúdo *normativo, abstrato e geral*, também chamados de *leis em tese*. Não se trata, é óbvio, das leis que, conforme já verificamos, só são assim

caracterizadas sob o aspecto formal, embora sob o aspecto material sejam meros atos administrativos – caso da lei de efeitos concretos.

O controle desse tipo de ato é idêntico ao que o Judiciário exerce sobre os atos administrativos em geral.

No entanto, os atos legislativos típicos são os que se originam do Poder Legislativo no regular exercício de sua função constitucional, qual seja, a de criação do sistema normativo. Incluem-se na categoria desses atos os demais constantes do art. 59 da CF, entre eles as leis complementares, as leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos etc.

O controle judicial desses atos é especial na medida em que não podem ser questionados pelas ações comuns. O controle judicial cinge-se aos parâmetros fixados na Constituição e, como é evidente, não pode excedê-los. Por outro lado, esse controle não é propriamente de legalidade, mas sim de constitucionalidade, porque cabe ao Judiciário confrontar o ato legislativo típico com a Constituição.

Lembremo-nos de que o Judiciário exerce duas formas de controle da constitucionalidade das leis: o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso não chega a ser especial, porque a matéria de constitucionalidade, ou não, da lei é discutida como prejudicial numa ação judicial comum.[2813]

O controle concentrado – aquele que se destina a impugnar diretamente a lei ou o ato normativo, ou seja, aquele em que a apreciação da constitucionalidade ou não constitui a questão principal do processo – é que representa um modelo especial processado através de mecanismos previstos na Constituição. Tais mecanismos são a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.[2814] Nesses casos, ao Judiciário, por seus Tribunais federal e estaduais de cúpula, vai caber o controle da constitucionalidade, o que significa dizer, segundo o pensamento de constitucionalistas, que, de certo modo, esse controle estampa função legislativa, ao menos quando é declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, visto que, com a decisão judicial, são eles expungidos do ordenamento jurídico.[2815] Por essa razão é que tal controle também reflete modalidade específica de controle judicial.

A ação declaratória de constitucionalidade, prevista nos arts. 102, I, "a", 103, § 4º, e 102, § 2º, da CF, é modalidade de controle na qual se busca obter da mais alta

Corte a certeza jurídica a respeito de determinada lei ou ato normativo federal. Havendo decisões e entendimentos judiciais discrepantes nas instâncias inferiores, provocando instabilidade jurídica à comunidade, haverá interesse de sua propositura, e isso porque, definido o mérito da ação pelo STF, essa decisão produzirá efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública de todos os níveis da federação, assegurando o objeto maior da ação – certeza jurídica. O efeito vinculante, aliás, antes somente atribuído às ações declaratórias, foi estendido também às ações diretas de inconstitucionalidade pela E.C. 45/2004 (Reforma do Judiciário), que alterou o art. 102, § 2º, da Carta vigente.

Trata-se, por conseguinte, de controle especial em que o Judiciário exerce função verdadeiramente legislativa e política, como, aliás, tem sido reconhecido por inúmeros constitucionalistas.[2816]

5.3. Atos Interna Corporis

Atos *interna corporis* são aqueles praticados dentro da competência interna e exclusiva dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Esses atos, antes de mais nada, têm embasamento constitucional, vale dizer, a competência interna e exclusiva está demarcada na Constituição. Emanam dos referidos Poderes, porque têm eles prerrogativas que lhes são próprias no regular exercício de suas funções. Vejamos um exemplo no caso do Legislativo: as votações e a elaboração de seus regimentos internos (arts. 47, 51, III, e 52, XII, CF). Os Tribunais também têm autonomia para elaborar seus regimentos (art. 96, I, "a", CF)
.

O controle judicial não pode ser exercido sobre as razões que levam os órgãos diretivos desses Poderes a manifestarem a sua vontade e a produzirem seus atos, porque estes são *internos e exclusivos* dos mesmos Poderes. O fundamento da vedação aqui se assemelha em muito ao que embasa o controle especial sobre os atos políticos. A síntese reside em que o Judiciário, na função jurisdicional, não pode substituir os critérios internos e exclusivos outorgados aos Poderes pela Constituição.

No entanto, cumpre fazer a mesma ressalva que fizemos quanto aos atos políticos: como não pode existir ato sem controle, poderá o Judiciário controlar

esses atos *internos e exclusivos* quando contiverem vícios de ilegalidade ou de constitucionalidade, ou vulnerarem direitos individuais. Nesta hipótese, o controle judicial se exercerá normalmente.[2817] Vejamos um exemplo: o Senado e a Câmara têm liberdade de estabelecer as regras que entenderem convenientes para a tramitação dos projetos pela Casa. Nesse aspecto, os atos praticados serão *interna corporis,* e em relação às citadas regras não pode haver o controle judicial. Mas se as regras já estiverem estabelecidas em ato próprio e alguns parlamentares decidirem desrespeitá-las, sua conduta será considerada ilegal e controlável no Judiciário. Se, contrariamente ao regimento já em vigor, se nega a algum parlamentar o direito de se manifestar, há violação do direito deste, de modo que o ato de denegação será sujeito à apreciação judicial.

Em suma: o Judiciário não pode invadir os aspectos que representam competência interna e exclusiva do Legislativo e do próprio Judiciário; por essa razão, inexiste controle nesses aspectos. Mas se os atos estiverem eivados de vício de legalidade ou de constitucionalidade e ofenderem direitos individuais, podem os prejudicados instaurar normalmente suas demandas no Judiciário, requerendo a apreciação e a invalidação de tais atos. Essa é a razão por que também é especial esse tipo de controle.[2818]

A despeito dessa clássica lição, sempre encontrada em ilustres especialistas, o Supremo Tribunal Federal, embora sem unanimidade, parece ter ultimamente ampliado a insindicabilidade, pelo Judiciário, de atos praticados no exercício da função legislativa, assentando que até mesmo os incidentes relativos à interpretação das normas regimentais têm caráter *interna corporis* e devem ser solucionados dentro das respectivas Casas Legislativas. Somente caberá ao Judiciário analisar eventual violação ao direito subjetivo do parlamentar no tocante à observância do devido processo legislativo estatuído na Constituição. Em mandado de segurança impetrado por parlamentares com vistas à invalidação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que teria ofendido normas do regimento interno no que concerne à apreciação de emenda aglutinativa, o Pretório Excelso decidiu que a matéria seria insuscetível de controle pelo Judiciário em virtude do vigente sistema da separação de Poderes previsto no art. 2º da CF. Desse modo, a Corte eximiu-se de apreciar a legalidade, ou não, de atos de parlamentares em face do regimento interno da Casa Legislativa.[2819]

6. Instrumentos de Controle

6.1. Meios Inespecíficos

Meios inespecíficos de controle judicial da Administração são os representados por aquelas ações judiciais de que todas as pessoas se podem socorrer, ou, em outras palavras, por aquelas ações que não exijam necessariamente a presença do Estado em qualquer dos pólos da relação processual.[2820]

São exemplos de meios inespecíficos as ações ordinárias, a ação penal, os interditos possessórios, a nunciação de obra nova, a consignação em pagamento. Em todos esses casos, poderá dar-se o controle judicial sobre atos da Administração.[2821]

6.2. Meios Específicos

Meios específicos de controle judicial são aquelas ações que exigem a presença no processo das pessoas administrativas ou de seus agentes. Tais meios se caracterizam pelo fato de que foram instituídos visando exatamente à tutela de direitos individuais ou coletivos contra atos de autoridade, comissivos ou omissivos.[2822]

São meios específicos: o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas corpus,* o *habeas data* e o mandado de injunção. Além desses cinco meios, temos a ação civil pública, que, apesar de nem sempre exigir a presença do Estado ou de alguma de suas autoridades, não deixa de ser uma forma específica de controle judicial da Administração.

Adiante, teceremos breves considerações sobre cada um desses instrumentos especiais de controle. Antes, porém, examinaremos alguns aspectos sobre a prescrição de ações contra a Fazenda.

7. Prescrição de Ações contra a Fazenda Pública

7.1. Sentido

Prescrição é a perda da oportunidade de formular uma pretensão na via judicial em decorrência da inércia do titular do direito material. Em outras palavras, não é o direito material que se extingue, mas sim a pretensão à sua tutela, a ser requerida através da ação judicial. Como bem salienta CLÓVIS BEVILÁQUA, *"não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor"*. E culmina rematando: *"O que o torna*

inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege".[2823] A inércia do titular não provoca a prescrição como penalidade. O que ocorre é que o tempo faz nascer e consolidar-se outras situações jurídicas contrárias ao direito e desse modo fica o titular do direito material sem condições jurídicas de defendê-lo contra essas novas situações.

A prescrição distingue-se da decadência. Aquela acarreta a perda da pretensão a ser formulada na ação, ou, como se diz na prática, a perda da ação; esta provoca a perda do próprio direito. Além disso, a prescrição se suspende ou se interrompe, ao passo que na decadência não há paralisação do curso do prazo, a menos que a lei expressamente o admita. Essa é a sistemática agora adotada pelo vigente Código Civil (arts. 189 e 207).

O tema examinado neste tópico diz respeito à ocorrência da prescrição das ações de particulares contra a Fazenda Pública, ou seja, os casos em que o particular, titular do direito material em face da Fazenda, fica impossibilitado de ver a pretensão à tutela desse mesmo direito como objeto de apreciação judicial.

7.2. Fonte Normativa

A prescrição de ações contra a Fazenda Pública é disciplinada pelo antigo Decreto nº 20.910 (com força de lei), de 6/1/1932, que dispõe que *"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 originarem"* (art. 1º).

Complementando esse diploma, foi baixado o Decreto-lei nº 4.597, de 19/8/1942, que estendeu a aplicação do Decreto nº 20.910/32 às dívidas passivas das autarquias, ou *entidades e órgãos paraestatais*", criados por lei e mantidos por receita tributária prevista em lei, *"bem como todo e qualquer direito e ação contra os mesmos"* (art. 2º).

Apesar da confusa redação de ambos os dispositivos, que acabou rendendo ensejo a algumas controvérsias, o certo é que a doutrina dominante sustenta, e a nosso ver com razão, que esses diplomas favoreceram o Estado com a *prescrição quinquenal*, quer se trate de dívidas passivas, como dizem os citados diplomas, quer se trate de direitos de natureza diversa.[2824]

7.3. Direitos Pessoais e Reais

É claro que a expressão *todo e qualquer direito* prevista na lei haveria de ensejar controvérsias em razão de sua generalidade. O entendimento que veio a prevalecer, porém, é o de que a prescrição quinquenal abrange apenas as ações protetivas de direitos pessoais, e não também os direitos reais.

Em relação às pretensões protetivas de direitos reais contra a Fazenda Pública, aplica-se atualmente a regra geral prevista no art. 205 do Código Civil, segundo a qual *"a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor"*.[2825]

Note-se, porém, que é preciso distinguir. O referido prazo de dez anos é aplicável na hipótese em que o particular deseja proteger seu direito real contra o Estado, inclusive o de propriedade. Não se trata, desse modo, da pretensão de adquirir por usucapião propriedade móvel ou imóvel pertencente às pessoas públicas – pretensão essa que também é forma de prescrição, embora de natureza aquisitiva (arts. 1.238 e segs. e 1.260, Cód. Civil). Semelhante pretensão é juridicamente impossível, uma vez que os bens públicos são insuscetíveis de serem adquiridos por usucapião (art. 102, Código Civil).

Sob a égide do Código Civil revogado, travou-se discussão a respeito do assunto, tendo dominado o entendimento de que, em relação a direitos reais, aplicava-se a regra do art. 177 daquele diploma: prescrição em dez anos entre presentes e quinze entre ausentes. Fundava-se o pensamento em que, a ser aplicado o prazo quinquenal previsto no Decr. 20.910/32 também para os direitos reais, estar-se-ia, por via oblíqua, permitindo que o Estado tivesse a seu favor o usucapião de bens imóveis de particulares em cinco anos, alterando dessa maneira o regime da propriedade, fato que não teria sido alvitrado pelo legislador.[2826]

Pensamos, contudo, que se cuida de enfoque diverso. Aqui a pretensão tem como titular o Estado, sendo exercida em face do particular, e consiste na aquisição da propriedade por usucapião, o que se afigura plenamente viável (embora incomum) sob o aspecto jurídico. Se essa for a pretensão, deverão aplicar-se as regras comuns de usucapião de bens imóveis previstas no Código Civil, variando o prazo conforme a situação fática que renda ensejo ao usucapião (arts. 1.238 a 1.244).[2827] Coisa diversa, todavia, é a pretensão do particular em face do Estado para a tutela de direitos reais; nessa hipótese, aplica-se, como dissemos, a regra geral da prescrição prevista no art. 205, do Código Civil: prazo de dez anos, salvo disposição legal contrária.[2828]

No que concerne aos *direitos pessoais*, a prescrição de pretensões de particulares em face da Fazenda Pública, como vimos, ocorre em *cinco anos* (prescrição quinquenal), de acordo com a disciplina do Decreto nº 20.910/32. Desse modo, se um administrado pretende ver reconhecido direito pessoal seu em face da Fazenda, deve providenciar a propositura da respectiva ação no prazo de cinco anos, contados da ocorrência da lesão jurídica. No que tange à pretensão para reparação civil contra a Fazenda, reiteramos que a prescrição se consuma no prazo geral de três anos, aplicando-se nessa matéria o disposto no art. 206, § 3º, V, do vigente Código Civil, já que o sistema não admite prazo de prescrição privilegiado para particulares, quando tal prazo sempre favoreceu a Fazenda.[2829]

Se o titular do direito pessoal, contudo, for a própria Fazenda, em face do administrado, a prescrição se regulará naturalmente pela lei geral, no caso o Código Civil – particularmente o citado art. 205, que fixa o prazo genérico de dez anos (quando não houver prazo diverso específico expresso na lei). Em consequência, discordamos, com a vênia devida, daqueles que, em nome do princípio da isonomia, advogam a mesma prescrição quinquenal quando é titular da pretensão a Fazenda em face do administrado.[2830] Em nosso entender, a única aplicação do referido princípio é para o fim de serem consideradas situações desiguais e, portanto, sujeitas a tratamento diverso. O Decr. 20.910/32 visou especificamente a regular a prescrição de pretensões de administrados em face da Fazenda, dispensando à matéria foros de direito público. Como nada foi regulado em relação à prescrição de pretensões da Fazenda em face de administrados, é de aplicar-se a lei geral, no caso o Código Civil. Pode ocorrer que, *de lege ferenda*, os prazos venham a igualar-se, mas enquanto não houver *lei específica* em tal direção, aplicáveis serão as normas da lei civil.[2831]

Neste tópico, avulta relembrar, ainda, que, por exceção, são *imprescritíveis* as ações de ressarcimento a serem movidas pela Fazenda contra agentes públicos, servidores ou não, no caso de ilícitos que causem prejuízo ao erário, como registra o art. 37, § 5º, da CF. Significa, por via de consequência, que, se um servidor causa prejuízo ao Estado, ao praticar ato ilícito, o ente público não terá limite de prazo para ajuizar a ação indenizatória, podendo fazê-lo a qualquer tempo. A hipótese, assim, não é alcançada pela prescrição.[2832]

Da mesma forma, há também imprescritibilidade no caso de *atos inexistentes*,

assim considerados aqueles despidos de elemento essencial para sua qualificação como ato administrativo. Embora existentes materialmente, não existem sob o ângulo jurídico. Por isso, são tratados, em parte, como atos nulos. Seu desfazimento, porém, se origina de ação declaratória, que é insuscetível de prescrição.

Entretanto, cumpre que se analise com cuidado o vício. Caracteriza-se como inexistente o ato, por exemplo, praticado por sujeito não integrante da Administração; ou aquele que resulte de mero processo psíquico, ou seja, destituído do elemento *forma*. Autorizada doutrina também considera inexistentes os atos de natureza criminosa, como o que determina a prática de tortura ou concede licença para exploração de lenocínio.[2833] Com a devida vênia, apesar do absurdo em seu conteúdo, trata-se de *atos nulos*, contaminados de vício no *objeto*, e isso porque seu conteúdo ofende mandamento legal. Pela natureza do vício, porém, jamais se convalidam, além do fato de que seu desfazimento decorre de ação constitutiva, só sujeita a prescrição quando a lei expressamente a contempla. Desse modo, a eles também deve ser estendida a imprescritibilidade.[2834]

7.4. Interrupção e Suspensão

A diferença entre a interrupção e a suspensão do prazo prescricional está nos efeitos que decorrem desses fatores. A interrupção, quando ocorre, acarreta o reinício da contagem do prazo a partir da data em que o ato interruptivo ocorreu, ou do último ato do processo que objetivou a interrupção.[2835] A suspensão implica apenas a paralisação do prazo, mas, cessando a suspensão, a contagem do prazo prossegue, computando-se o tempo anterior à suspensão.

Os casos gerais de interrupção e suspensão estão relacionados no Código Civil, embora haja outros casos previstos em leis especiais. São casos de interrupção, por exemplo, o despacho do juiz que ordenar a citação, desde que esta seja diligenciada pelo interessado no prazo e na forma da lei processual,[2836] e qualquer ato inequívoco, mesmo extrajudicial, que revele reconhecimento do direito pelo devedor.[2837] A suspensão ocorre, por exemplo, entre cônjuges, na constância do casamento,[2838] ou no caso de absolutamente incapazes,[2839] ou ainda quando haja pendência de condição suspensiva.[2840]

Em relação à suspensão do prazo prescricional, nenhuma novidade especial

ocorre em relação à Fazenda. Os efeitos, quanto à contagem do prazo para os particulares, são idênticos. Tem a jurisprudência entendido, todavia, que suspendem o prazo prescricional o requerimento na via administrativa, a reclamação administrativa e os recursos hierárquicos sem efeito suspensivo.[2841]

O mesmo não sucede, porém, no caso de interrupção. O art. 3º do Decreto-lei nº 4.597/42 estabelece duas regras especiais quando se trata de prazo correndo contra o particular e a favor da Fazenda:

1) o prazo prescricional só pode ser interrompido uma vez; e
2) a prescrição recomeça a correr pela metade do prazo.

Nesta segunda regra, contudo, o STF já decidiu que, mesmo se a prescrição for interrompida na primeira metade do prazo normal, nunca o prazo total poderá ser inferior a cinco anos.[2842] A interpretação, realmente, foi necessária no caso. Vejamos dois exemplos. Suponha-se que já tenham decorridos três anos do prazo quinquenal em favor da Fazenda, quando houve a interrupção; cessada esta, o prazo correrá pela metade, ou seja, por dois anos e meio, e o total dos prazos alcançará cinco anos e meio. Neste caso não há problema. Suponha-se, agora, que a interrupção se tenha dado quando transcorria um ano do início do prazo. Cessada a interrupção, a recontagem alcançaria dois anos e meio. Ora, o total dos prazos (um ano mais dois anos e meio) chega a três anos e meio, prazo inferior aos cinco anos fixados em lei. Foi aí que o STF decidiu que, nesse caso, o prazo terá ainda mais um ano e meio para completar os cinco anos da prescrição quinquenal, como estabelece a lei.

Sem embargo da interpretação jurisprudencial, o certo é que ambas as particularidades sobre a matéria favorecem a Fazenda, porque, no direito privado, tanto inexiste limitação quanto às interrupções, como o reinício da contagem se dá pelo prazo integral.

7.5. Prescrição da Ação e Prescrição das Prestações

Os estudiosos e várias decisões judiciais têm diferenciado as hipóteses da prescrição da ação, também denominada de *prescrição do fundo de direito*, e a *prescrição das prestações*. Diante do sistema segundo o qual a prescrição atinge a pretensão,

traçado pelo novo Código Civil, pode-se modernamente fazer alusão à *"prescrição da pretensão ao reconhecimento do direito"* e à *"prescrição da pretensão à cobrança dos efeitos pecuniários"*, expressões que correspondem às clássicas denominações referidas.

Na *prescrição da ação,* o interessado na tutela de seu direito material em face da Fazenda Pública perde a oportunidade de formular a pretensão defensiva por intermédio da ação judicial. Aqui é indiferente que do ato lesivo haja, ou não, efeitos futuros. Consumada a prescrição quinquenal, a Fazenda fica livre da ação do particular não só em relação ao direito material e originário, como também no que toca aos efeitos deste.[2843]

Há casos, porém, em que ocorre apenas a *prescrição das prestações,* ou seja, dos efeitos do ato originário. Em outras palavras, o direito decorrente do ato permanece intocado. Em compensação, tornam-se prescritas as parcelas dele decorrentes anteriores a cinco anos, resguardando-se as que ocorreram nos cinco anos anteriores ao fato interruptivo. Por exemplo: se o direito nasceu há oito anos, e o interessado pleiteia judicialmente os efeitos dele, as prestações relativas aos três primeiros anos estarão prescritas, mas as dos últimos cinco anos não o estariam.

O tema reclama que se considere a natureza do ato que deu origem à lesão. Nesse caso, é importante distinguir as *condutas comissivas* e as *condutas omissivas* do Estado. Quando é comissiva, isto é, quando o Estado se manifestou expressamente, a contagem do prazo prescricional se dá a partir dessa expressão da vontade estatal. Aqui a prescrição alcança o próprio direito, ou, como preferem alguns, o próprio fundo do direito.[2844] Quando, ao contrário, o Estado se mantém inerte, embora devesse ter reconhecido o direito do interessado, a conduta é omissiva, isto é, o Estado não se manifestou quando deveria fazê-lo. Nesse caso, a contagem se dá a partir de cada uma das prestações decorrentes do ato que o Estado deveria praticar para reconhecer o direito, e não o fez. A prescrição, aqui, alcança apenas as prestações, mas não afeta o direito em si.[2845]

O STJ já teve a oportunidade de definir com precisão a matéria prescricional em que está envolvida a Fazenda Pública e averbou, em enunciado sumular, que *"nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação"*.[2846] É o que ocorre, por exemplo, com a pretensão de postular os juros progressivos sobre os saldos de conta vinculada do

FGTS: a prescrição não atinge o fundo do direito, mas apenas as parcelas vencidas. [2847]

7.6. Prescrição Intercorrente

Prescrição intercorrente é aquela que se consuma no curso da ação judicial.

Em relação à prescrição de ações contra a Fazenda, o Decreto-lei nº 4.597/42 criou regra específica. Dispõe o art. 3º desse diploma que se consumará *"a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio"*.

O dispositivo também beneficia a Fazenda. Significa que, se a inércia do titular do direito material ocorrer dentro do curso da ação, haverá a prescrição intercorrente na mesma ação, vale dizer, a prescrição ocorre como se fora anteriormente à própria instauração da demanda.

7.7. Apreciação no Processo

A regra tradicional no direito pátrio sempre foi a de que o juiz, em certos casos, não poderia apreciar *ex officio* a prescrição no processo. Assim, dispunha o art. 219, § 5º, do Cód. Proc. Civil, que, não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderia, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato; consequentemente, quando a prescrição versasse sobre direitos patrimoniais, o juiz só poderia decidi-la se a parte a alegasse.

O vigente Código Civil, embora continuasse limitando o julgamento de ofício pelo juiz, alterou um pouco os termos do dispositivo anterior, estabelecendo no art. 194 que *"O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz"*. O legislador afastou a limitação em virtude da natureza do direito (direitos patrimoniais), mantendo a atuação *ex officio* tão somente em favor de absolutamente incapaz, e isso por força de sua condição de hipossuficiente.

Tais regras, sendo de caráter geral, aplicavam-se aos processos de que fosse parte a Fazenda Pública: se a alegação da prescrição coubesse ao particular e este se omitisse, não poderia o juiz supri-la de ofício em seu favor, visto que a omissão poderia refletir renúncia tácita pelo interessado.[2848] É verdade que, na situação inversa, havia entendimento no sentido de que o juiz poderia decretar *ex officio* a prescrição quando em favor da Fazenda Pública, ainda que esta não a tivesse

suscitado, argumentando-se com o fato de que no caso se estaria protegendo o interesse público.[2849]

Ocorre que a Lei nº 11.280, de 16.02.2006, alterou profundamente o referido sistema. De um lado, revogou o art. 194 do Código Civil e, de outro, alterou o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, que passou a dispor: *"O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição"*. Por força de tais modificações, passou a não mais haver qualquer restrição quanto à atuação *ex officio* do juiz no que tange à decretação da prescrição. Seja qual for a natureza do direito ou a parte à qual venha a decisão a favorecer, poderá o juiz decidir sobre a prescrição independentemente de alegação pelos interessados. Motivou as alterações o *princípio da efetividade do processo,* visto que a atuação limitada do juiz usualmente retardava o resultado do processo, deixando-o à mercê da alegação das partes. O aludido princípio preponderou, portanto, sobre o do interesse das partes e da disponibilidade dos direitos.

O novo sistema aplica-se inteiramente aos processos de que seja parte a Fazenda Pública, no pólo ativo ou passivo da relação processual. Verificada a existência da prescrição, contra ou a favor da Fazenda, o juiz poderá reconhecê-la de ofício. Por isso, o STJ consignou expressamente que, em *execução fiscal*, pode ser decretada a prescrição ocorrida antes da propositura da ação.[2850]

Aliás, apenas para compreensão sistemática da matéria, vale a pena registrar que a Lei nº 11.051, de 29.12.2004, ao acrescentar o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830, de 22.09.80 (Lei de Execuções Fiscais), admitiu que o juiz poderá, de ofício, ouvida a Fazenda, decretar de imediato a *prescrição intercorrente* contra a mesma Fazenda, desde que haja decorrido o prazo prescricional a partir da decisão que ordenou o arquivamento do processo, permitindo-se apenas a arguição de eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Como a citada norma tem caráter processual, é de aplicar-se de imediato aos processos em curso.[2851]

8. Mandado de Segurança

8.1. Conceito

Mandado de segurança é a ação de fundamento constitucional pela qual se torna possível proteger o direito líquido e certo do interessado contra ato do Poder Público ou de agente de pessoa privada no exercício de função delegada.

Sem qualquer dúvida, o mandado de segurança representa o mais poderoso

instrumento de proteção aos direitos dos indivíduos e agora também aos direitos de grupos de pessoas tomados de forma global. Trata-se de *garantia fundamental*, como assinala a Constituição ao inserir esse mecanismo entre os instrumentos de cidadania e de tutela aos direitos em geral.

Inegavelmente constitui expressivo pilar de enfrentamento relativamente aos *atos estatais*, de qualquer natureza, assim considerados de forma genérica aqueles provenientes de órgãos e pessoas do próprio Estado, bem como aqueles oriundos de pessoas privadas no desempenho da função pública por delegação. Portanto, nada mais justo que o examinemos desde logo como sendo a arma mais eficaz de controle da Administração Pública.[2852]

8.2. Espécies e Fontes Normativas

Após o advento da Constituição de 1988, podemos encontrar duas espécies de mandado de segurança.

De um lado, temos o *mandado de segurança individual*, modalidade clássica da ação, adotado para a defesa do direito próprio do impetrante. Aqui o resultado da ação atinge exclusivamente a esfera jurídica do interessado. Sua base constitucional é o art. 5º, LXIX, da Constituição.

De outro, encontramos o *mandado de segurança coletivo*, cuja impetração é atribuída a pessoas jurídicas para a defesa do interesse de seus membros ou associados. É o caso, por exemplo, de uma entidade de classe ou uma associação quando se insurge contra ato do Poder Público ofensivo a direito de seus membros ou associados. A fonte constitucional dessa categoria está no art. 5º, LXX, da CF, que – diga-se de passagem – foi também o mandamento instituidor dessa espécie.

Atualmente, o diploma básico regulador de ambas as espécies é a *Lei nº 12.016, de 07.08.2009* (LMS – Lei do Mandado de Segurança), que revogou a antiga Lei nº 1.533/51 e várias outras leis posteriores que alteraram a disciplina do *writ*. À guisa de informação, esclareça-se que a lei revogada, obviamente, disciplinava tão somente o mandado de segurança individual e, por essa razão, era aplicada subsidiariamente ao mandado de segurança coletivo. Por falta da legislação específica, a modalidade coletiva gerou uma série de controvérsias em sua aplicação.

8.3. A Tutela

Constitui objeto da tutela de ambas as espécies de mandado de segurança o *direito líquido e certo*. Trata-se de noção bastante controvertida, havendo alguns autores que entendem que o *fato* sobre o qual se funda o direito é que pode ser líquido e certo, e não o direito em si, este sempre líquido e certo quando existente. [2853]

Domina, porém, o entendimento de que direito líquido e certo é aquele que pode ser *comprovado de plano*, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode valer-se do instrumento, mas sim das ações comuns. Não obstante, nada impede seja concedida a segurança quando há controvérsia sobre matéria de direito, como já consagrou a jurisprudência.[2854] É que nesse caso a matéria de direito suplanta a matéria de fato, propiciando ao juiz, desde logo, identificar e reconhecer o direito ofendido.

Não é qualquer direito líquido e certo que é protegido pelo mandado de segurança. Se se tratar de direito de locomoção, o instrumento de defesa será o *habeas corpus*; se for o direito líquido e certo à informação, a ação será o *habeas data*. Tem-se, então, que o mandado de segurança serve para a tutela de todas as categorias de direito líquido e certo, à exceção dos que são protegidos pelos referidos remédios específicos. Essa exclusão, aliás, já é definida no texto constitucional.

A tutela, no *mandado de segurança individual*, é o direito titularizado pelo indivíduo, ou seja, é o *direito individual* do impetrante. Mesmo quando vários são os impetrantes, associados em litisconsórcio, a ação visa à proteção de direitos individuais.

Quanto à natureza do ato sujeito à tutela pelo *writ*, consignamos que a Constituição aludiu à alternativa "*ilegalidade ou abuso de poder*" por parte da autoridade. O art. 1º da LMS mencionou "*ilegalmente ou com abuso de poder*". Contudo, a alternativa não reflete a técnica desejada para descrever a conduta sujeita à ação. Na verdade, *a conduta contaminada de abuso de poder é sempre ilegal*. A não ser assim, teríamos que admitir que condutas abusivas pudessem ser produzidas sob o crivo da legalidade, o que seria rematado absurdo e inaceitável paradoxo. A melhor interpretação há de ser aquela segundo a qual o mandado de segurança visa a atacar

a ilegalidade, seja ela praticada ou não com abuso de poder. Afinal, ilegalidade é gênero do qual o abuso de poder constitui espécie. Pretendeu-se apenas dar ênfase à necessidade de conter condutas abusivas.[2855]

8.4. Impetrante

No *mandado de segurança individual*, *impetrante* é aquele que sofre ou que tem justo receio de sofrer violação em seu direito por parte da autoridade.[2856] Quer dizer: ou a ofensa já ocorre ou existe a ameaça de ocorrer. Conquanto seja silente o mandamento constitucional (art. 5º, LXIX), a LMS foi expressa em mencionar como impetrantes tanto a *pessoa física* como a *pessoa jurídica* (art. 1º). Afinal, pessoas jurídicas também são titulares de direitos líquidos e certos, de modo que, se o forem, podem socorrer-se do *mandamus* para a sua tutela.

Pode ocorrer que várias pessoas sejam titulares do direito violado ou ameaçado. Nesse caso, qualquer delas poderá promover a ação.[2857] Nada impede também que algumas delas ou todas o façam: aqui se formará litisconsórcio ativo na impetração. Seja como for, considera-se que o dispositivo – já existente na legislação anterior – retrata hipótese de substituição processual.[2858]

A lei trata, como o fazia a anterior, dos titulares de *direito originário* e de *direito decorrente*. O normal é que a impetração seja promovida pelo titular do direito originário. Mas se este ficar inerte por trinta dias após notificado judicialmente, poderá impetrar o mandado de segurança o titular do direito decorrente na defesa do direito originário. (art. 3º, LMS). Com isso, evita-se o perecimento do direito de alguém em virtude do desinteresse de terceiro na tutela de seu próprio direito. [2859] O permissivo legal, pois, indica clara hipótese de legitimação extraordinária, na qual o impetrante ajuíza a ação em seu nome na defesa de direito alheio.

8.5. Impetrado

Impetrado é o agente público, ou o agente de pessoa privada com funções delegadas, que pratica o ato violador sujeito à impugnação através do mandado de segurança, individual ou coletivo. Pode qualificar-se também como autoridade o agente do qual se origina a ordem para a prática do ato (art. 6º, § 3º, LMS).

Na prática, não é difícil identificar o agente coator. Em certas situações, contudo, em virtude do usualmente complexo sistema hierárquico da

Administração, há alguma dificuldade para defini-lo. Daí a clássica lição de que autoridade coatora é aquela que tenha *"poder de decisão"*, não se configurando como tal nem os subalternos, meramente executores da ordem (porteiros, entregadores de notificações etc), nem os situados nos degraus superiores de hierarquia, que, como regra, se limitam a estabelecer as políticas públicas a cargo do órgão ou da entidade. [2860]

A lei refere-se a "*autoridade*" (art. 1º), mas o termo não tem aquela precisão que conduza à imediata identificação do autor do ato. Ao contrário, cuida-se de termo plurissignificativo, aplicável a situações diversas e com diferentes conotações. Na prática, esse agente é denominado de "*autoridade coatora"*.

Todavia, conjugando-se o *caput* do art. 1º da Lei nº 12.016/2009 com seu § 1º, é possível fixar parâmetro de algum modo palpável sobre o sentido do termo: autoridade é o agente que integra qualquer das unidades federativas. São, portanto, os agentes políticos e os servidores públicos que integram as estruturas da União, Estados, Distrito Federal e Município. A esse grupo pode atribuir-se o caráter de *autoridades por natureza*.

A lei, porém, equipara às autoridades os representantes de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições (art. 1º, § 1º, LMS). Configuram-se tais agentes como *autoridades por equiparação*.

No que concerne aos agentes de pessoas privadas no exercício de funções delegadas, é importante observar que seus atos só são considerados como de autoridade quando *praticados no exercício da função delegada*.[2861] Quando se tratar de atos produzidos no âmbito da gestão interna da empresa, de natureza privada, a impugnação não pode ser oferecida por mandado de segurança, mas sim pelas ações comuns. Por exemplo: um ato de dirigente de empresa concessionária de energia elétrica pode ser, ou não, praticado no exercício da função delegada.[2862] É preciso, assim, analisá-lo para se concluir se pode, ou não, ser hostilizado pelo *mandamus*.

A propósito, é nesse exato sentido que se direciona o art. 1º, § 2º, da LMS. Segundo esse dispositivo, é incabível mandado de segurança contra atos de *gestão comercial* praticados pelos dirigentes de empresas públicas, sociedades de economia

mista e concessionários de serviços públicos.[2863] Sendo assim, não é qualquer ato dessas entidades administrativas (as duas primeiras) que se sujeita ao mandado de segurança; somente o será se praticado dentro da competência delegada.[2864]

A qualificação da autoridade depende da pessoa federativa a que pertencer. A lei, no entanto, praticamente repetindo o direito anterior, registra apenas a qualificação de *autoridade federal*, assim considerada quando as *"consequências de ordem patrimonial"* do ato impugnado forem suportadas pela União ou por entidade por ela controlada.[2865] Embora omissa a lei, a autoridade será estadual, distrital ou municipal quando as referidas consequências estiverem a cargo da respectiva pessoa federativa.[2866]

A nova lei não impede se continue a aceitar a denominada "*teoria da encampação*". Esta ocorre quando o impetrante indica errônea autoridade coatora, mas a autoridade notificada *encampa* a impugnação e oferece a devida redarguição. A jurisprudência exige a presença de dois pressupostos: 1º) a autoridade notificada deve enfrentar o *meritum causae* no mandado; 2º) deve haver vínculo hierárquico entre ambas autoridades. Não havendo prejuízo para o impetrante, deve ser aproveitado o processo em favor do princípio da efetividade processual.[2867]

8.6. Formas de Tutela

O mandado de segurança admite duas formas de tutela e, por isso, são duas as espécies do instrumento sob esse ângulo: o mandado de segurança *repressivo* e o mandado de segurança *preventivo*.

Através do *mandado de segurança repressivo*, o impetrante defende seu direito contra ato do Poder Público já vigente e eficaz. Como esses elementos tornam o ato operante, o *mandamus* visa a corrigir a conduta administrativa adotada. Reprime-se, pois, a atuação do administrador.

O *mandado de segurança preventivo* tem por fim evitar a lesão ao direito líquido e certo do titular. No caso, o ato já foi praticado, mas ainda está despido de eficácia, sendo inoperante; ou não foi praticado, mas já há elementos idôneos que sugerem que o será. O interessado, de qualquer modo, sente-se ameaçado pelos efeitos que lhe advirão. Presentes tais pressupostos, cabe o mandado de segurança preventivo.[2868]

Advirta-se apenas, quanto à tutela preventiva, que não é qualquer ameaça que

habilita o interessado à propositura da ação, até porque existem posturas que só representam ameaças a espíritos mais frágeis. Desse modo, a ameaça reclama: a) *realidade*, para que o interessado demonstre se é efetiva a prática iminente do ato ou de seus efeitos; b) *objetividade*, indicando-se que a ameaça deve ser séria, e não fundada em meras suposições; c) *atualidade*, significando que a ameaça é iminente e deve estar presente ao momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.

8.7. Descabimento

O mandado de segurança não é remédio para todos os males, razão por que existem hipóteses em que a ação não é cabível. Algumas das hipóteses de descabimento formaram-se na jurisprudência, ao passo que outras se encontram estampadas de forma expressa na lei.

Em primeiro lugar, descabe o mandado de segurança contra a *lei em tese*, expressão que, como já comentamos, indica o ato legislativo com efeito geral, abstrato e impessoal, sendo mais comum a lei, embora outros atos, como decretos, regulamentos, decretos legislativos, medidas provisórias etc também possam ter tais características. Esses atos, por serem gerais, não ofendem diretamente direitos individuais. Além disso, o ordenamento jurídico aponta mecanismos específicos de impugnação, entre os quais não figura o mandado de segurança.[2869] Advirta-se, entretanto, que cabe o MS contra a *lei de efeitos concretos*, que tem "*corpo de lei e alma de ato administrativo*".[2870] Como tais atos podem atingir a esfera jurídica do interessado, cabível será valer-se do mandado de segurança para a defesa de seu direito líquido e certo.

Não cabe, da mesma forma, o *writ* contra a *coisa julgada*. Esta traduz instituto fundamental para a observância do princípio da estabilidade das relações jurídicas, indicativa de que determinada controvérsia se reveste do caráter de imutabilidade. A se admitir o cabimento, instalar-se-ia perigosa perspectiva de instabilidade, o que vai de encontro aos modernos postulados jurídicos. A jurisprudência, aliás, já havia consagrado esse entendimento.[2871] A nova lei, diferentemente da anterior, que era silente a respeito, deixou expressa essa hipótese de descabimento, não se concedendo o MS quando se tratar de *"decisão judicial transitada em julgado"* (art. 5º, III). Não obstante, considera-se, por exceção, cabível a ação quando o impetrante

não foi parte na relação processual.[2872]

Os atos *interna corporis* não ensejam o cabimento do mandado de segurança. São atos específicos produzidos no âmbito da competência reservada a determinados órgãos do Estado e decorrem de valoração de conveniência e de oportunidade marcada pela discricionariedade. Assim, são inidôneos para ofender direitos individuais ou transindividuais. É o caso das normas de regimentos de Tribunais e de Casas Legislativas. O processo criativo resulta normalmente de votação dos membros, e estes têm liberdade de decisão quanto às diretrizes a serem seguidas.[2873] Admite-se, contudo, o cabimento quando o ato propiciar vulneração direta e incisiva ao direito do interessado: nesse caso, a controvérsia se fundará em aspectos de legalidade.

A nova lei estabelece não ser viável a concessão do mandado de segurança no caso "*de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução*" (art. 5º, I), praticamente reproduzindo o texto anterior. Por tal motivo, continua a impropriedade do conteúdo normativo, parecendo ser exigido o exaurimento da via administrativa como condição para o *writ*. Sempre assinalamos que não é o fato em si de caber o recurso com efeito suspensivo que impede a ação; é, sim, o fato de caber esse tipo de recurso e o *interessado tê-lo efetivamente interposto*, tornando o ato inoperante até que o recurso seja decidido. Se o interessado, porém, não recorre e deixa transcorrer *in albis* o prazo recursal, o ato passa a ser exequível, propiciando o cabimento da impetração do mandado.[2874] Antes da decisão, a parte não dispõe ainda do interesse processual, uma das condições da ação. Se houve o recurso, e este tem efeito suspensivo, o ato impugnado ainda não tem eficácia para atingir a esfera jurídica do interessado. Somente após a decisão administrativa sobre o recurso é que o ato se tornará operante, gerando, em consequência, a oportunidade de impetrar o mandado de segurança. No sentido do que dissemos, aliás, já se manifestara a jurisprudência.[2875]

Descabe também o mandado de segurança contra *"decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo"* (art. 5º, II). A lei nova fez duas alterações relativamente ao texto anterior: primeiro, suprimiu o termo "*despacho*", ato do qual sequer cabe recurso; depois, suprimiu a referência à vetusta "*correição*", já praticamente banida do sistema processual e que tanta polêmica causou sobre a sua natureza jurídica - se recurso ou reclamação fundada no direito de petição.[2876] A *ratio legis* é clara: se o

ato judicial pode ser discutido por recurso processual próprio, com efeito suspensivo, fica afastada a possibilidade de impugnação pelo *mandamus*, porque, a não ser assim, ou teríamos dois meios de ataque para o mesmo objetivo, ou o mandado de segurança estaria substituindo recurso previsto na lei processual, o que refugiria a sua finalidade.

Dois comentários devem ser feitos a propósito dessa hipótese de descabimento. Primeiramente, é de considerar-se que, se em alguma situação, a decisão judicial só possa ser hostilizada por recurso sem efeito suspensivo (ou seja, meramente devolutivo), o mandado de segurança será cabível para impugná-la quanto à sua legalidade. Em segundo lugar, cabe averbar que, diversamente do que ocorre com a hipótese legal anterior, atinente ao recurso administrativo, o descabimento do mandado de segurança se dá pelo só fato de estar previsto recurso processual com efeito suspensivo, *não se exigindo, portanto, que a parte o tenha efetivamente oferecido no processo*. O motivo é que, naquela situação (art. 5º, I), o interessado tem uma segunda via de impugnação – a via judicial; nesta, já estará litigando na via judicial, que é a definitiva para dirimir o conflito.

A lei vigente não mais inclui, como de descabimento, a hipótese de *ato disciplinar*. A lei revogada não admitia o mandado contra ato dessa natureza, ressalvando os casos de incompetência do agente ou inobservância de formalidade essencial. A hipótese foi alvo de funda controvérsia, malgrado tenha sido intenção do legislador afastar do controle judicial a *valoração da penalidade*.[2877] Consolidou-se, no entanto, o entendimento de que o ato punitivo pode ser aferido em qualquer aspecto relativo à sua legalidade, fato que daria ensejo à impetração do mandado de segurança.[2878] A ausência dessa hipótese na lei em vigor demonstra que o legislador adotou a orientação que já vinha sendo seguida e que, a nosso ver, guarda consonância com o princípio do acesso judicial previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

8.8. Medida Liminar

Há certas situações que rendem ensejo à *tutela de urgência*: para evitar um dano irreparável, cumpre paralisar os efeitos do ato violador do direito líquido e certo.

A Lei nº 12.016/2009 manteve o sistema da lei anterior e permite que o juiz, ao despachar a inicial, suspenda o ato impugnado quando houver *fundamento relevante* e desse mesmo ato possa resultar a *ineficácia da segurança*, caso seja deferida ao final.

[2879] Esses elementos legais valem como condições para a concessão da medida liminar, uma indicando que o pedido tem plausibilidade jurídica, ou seja, fundamento razoável e presumidamente verídico (*fumus boni iuris*) e a outra destacando que a demora na solução final pode não assegurar o direito do impetrante, ou seja, mesmo que o impetrante vença a demanda, de nada terá adiantado promovê-la (*periculum in mora*), o que viola o princípio da efetividade do processo.[2880]

Essa providência judicial, que tem a natureza de *medida cautelar*[2881] e se reveste de caráter preventivo, pode ser concedida *inaudita altera parte*, ou seja, de modo imediato, liminar, sem manifestação da parte contrária.[2882] Em determinadas situações, o juiz, antes de decidir sobre a liminar, poderá aguardar as informações do impetrado. A cautela nesse caso decorre de alguma situação de risco quanto à concessão imediata, gerando o que a doutrina denomina de "*periculum in mora in rem verso*" , ou seja, a probabilidade de que a concessão imediata possa trazer efeitos extremamente danosos para o Poder Público. Seja como for, o objeto da liminar deve coincidir, total ou parcialmente, com o objeto da impetração.[2883]

Semelhante situação, na verdade, acabou por causar o acréscimo de um dado no texto legal que o anterior não continha: a faculdade de o juiz exigir do impetrante *caução, fiança* ou *depósito*, visando a assegurar eventual ressarcimento à pessoa jurídica do impetrado (art. 7º, III). Embora tenha sofrido duras críticas, parece-nos que a exigência é constitucional, porquanto o patrimônio público também é objeto de proteção.[2884] Defendemos, porém, a necessidade de o juiz mitigar a exigência em certas hipóteses específicas, como a do impetrante sem recursos ou bens;[2885] muito valerão aqui o equilíbrio e a sensibilidade do julgador.

A concessão da medida liminar encontra *restrições* na lei, reproduzindo alguns casos contemplados pela legislação anterior extravagante. São cinco os casos de *vedação* à liminar: a) compensação de créditos tributários; b) entrega de mercadorias e bens oriundos do exterior; c) reclassificação ou equiparação de servidores; d) concessão de aumento; e) extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º).

A medida liminar pode ser objeto de *cassação* ou de *revogação* diante de elementos supervenientes ocorridos no processo.[2886] A *revogação* ocorre quando

o juiz forma nova convicção em virtude de dados posteriores vindos ao processo, passando a entender ausente algum dos pressupostos que o mobilizaram à concessão da medida. Por outro lado, a *cassação* decorre de ato produzido por diverso órgão jurisdicional, que, por convencimento antagônico ao do juiz, julga indevido o deferimento da liminar.[2887] Não havendo tais atos de desfazimento, a medida liminar produzirá os seus efeitos até a prolação da sentença: significa que, até a decisão, ficará o ato impugnado com a eficácia suspensa.

Para evitar que o impetrante, desonestamente, se socorra dos efeitos da concessão da liminar, dispõe a lei que será decretada a *perempção* ou *caducidade* se ele: a) criar obstáculo à tramitação regular do feito; ou b) deixar de promover, por mais de 3 dias úteis, os atos e as diligências que lhe incumbem (art. 8º, LMS). Com a perempção, o ato estatal que fora suspenso volta a ter eficácia.

8.9. Competência

Conquanto se caracterize como ação, o mandado de segurança constitui remédio especial e garantia fundamental com amparo na Constituição. Desse modo, em matéria de *competência*, a Lei Maior oferece algumas regras que levam em consideração a *posição da autoridade coatora* na estrutura funcional do Estado.

Na esfera federal, têm competência para processar e julgar mandado de segurança:

a) o *STF*, quando se tratar de ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, "d", CF); não lhe compete, porém, conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros Tribunais;[2888] o mesmo se passa com atos de Turmas Recursais;[2889]

b) o *STJ,* quando se tratar de ato de Ministro de Estado ou do próprio STJ (art. 105, I, "b", CF); não é competente o STJ no caso de atos de outros Tribunais;[2890] se o ato é de Ministro de Estado como presidente de órgão colegiado, como, v.g., um Conselho administrativo, competente é a Justiça Federal de 1ª instância;[2891]

c) os *Tribunais Regionais Federais*, no caso de atos dos próprios Tribunais ou de juiz federal (art. 108, I, "c", CF);

d) os *juízes federais*, quando se cuida de atos de outras autoridades federais (art. 109, VIII, CF); idêntica é a competência quando se trata de atos estaduais praticados por delegação da União;[2892] é da Justiça Federal, e não da Estadual, a competência para mandado de segurança impetrado por autarquia federal, mesmo sendo coatora autoridade estadual ou municipal: aplica-se no caso o art. 109, I, CF.[2893]

Além das hipóteses contempladas pela Constituição Federal, as Constituições Estaduais, os regimentos internos de Tribunais e os códigos de organização judiciária podem demarcar outras regras sobre competência para processar e julgar mandado de segurança, sendo ela atribuída a diversos órgãos jurisdicionais, sempre considerada a posição da autoridade coatora no cenário estrutural da pessoa jurídica a que pertence. Regimentos internos, por exemplo, definem a competência dos órgãos internos dos Tribunais, como Câmaras, Grupos de Câmaras, Seções, Órgão Especial, Pleno etc.

Não raramente surgem conflitos sobre matéria de competência para processar e julgar o *mandamus*. Uma delas é a competência quando se trata de atos de *juizado especial*: já se pacificou o entendimento de que a competência é da respectiva *turma recursal*.[2894]

Há interessante questão sobre competência, que continua a merecer comentário, vez que foi vetado o dispositivo da nova lei que a enfrentava.[2895] Se o *writ* é impetrado contra ato de determinada autoridade e o órgão judicial a que é dirigido não tem competência para processá-lo e julgá-lo, esse caso de *incompetência absoluta* ensejava, segundo clássico entendimento do STF, o arquivamento do processo, alegando-se que não caberia ao citado órgão apontar qual seria a correta autoridade coatora. A mais alta Corte, porém, modificou seu entendimento e agora admite seja aplicado o art. 113, § 2º, do CPC, segundo o qual, declarada a incompetência absoluta, devem os autos ser remetidos ao juiz competente, aproveitando-se todos os atos não decisórios. Semelhante orientação, em nosso entender, se coaduna perfeitamente com os princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo.[2896] Sendo assim, pode o juiz determinar a emenda da inicial para a correção do órgão judicial.[2897]

8.10. Prazo

O prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 dias contados da data em que o interessado tomou ciência do ato impugnado, conforme averba o art. 23 da LMS.

Conquanto haja algumas divergências sobre o tema, domina o entendimento de que o referido prazo é de *decadência*, e não de prescrição, e, por isso, não se suspende nem se interrompe. O fundamento consiste em que o prazo atinge a relação processual, e não a pretensão de direito material. Esta persiste ainda que o titular tenha perdido o prazo para o mandado de segurança; por tal motivo, pode recorrer à via processual ordinária para a defesa do mesmo direito.[2898]

Clássica é a controvérsia a respeito da constitucionalidade, ou não, da fixação do prazo para o *mandamus*. Há autores que o consideram inconstitucional pelo fato de ter criado restrição não prevista na Constituição.[2899] Prevalece, contudo, o pensamento de que o legislador federal pode fixar prazo extintivo para ajuizamento de ação judicial.[2900] Esse nos parece o melhor entendimento, que, a propósito, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.[2901]

A nova lei não alterou o já consolidado entendimento de que o pedido de reconsideração na via administrativa, por não ter efeito suspensivo, não interrompe o prazo para a impetração do mandado de segurança.[2902] Se o interessado formula esse recurso administrativo e fica aguardando a resposta da Administração até depois do prazo de 120 dias, perderá o direito à impetração. Para não perdê-lo, deve ajuizar a ação mesmo que a Administração não se pronuncie sobre o recurso.

No caso de haver decisão que não tenha apreciado o mérito, pode o interessado renovar o pedido dentro do prazo decadencial (art. 6º, § 6º, LMS). A hipótese não é usual, mas, se surgir, permite nova impetração com o mesmo pedido, oferecendo-se nova oportunidade para o interessado.

8.11. Sentença e Coisa julgada

A *sentença* que julga o mandado de segurança pode decidir a causa em três sentidos.

Primeiramente, a sentença pode julgar no sentido da *procedência do pedido*: o juiz *concede a segurança*. Nesse caso, o juiz reconhece a lesão ao direito líquido e certo e pode tomar uma de duas decisões: a) anulação do ato lesivo; b) determinação à autoridade coatora para que faça, deixe de fazer ou tolere alguma coisa *(facere, non*

facere ou *pati*).[2903]

A sentença pode decidir pela *improcedência do pedido*: nessa hipótese, o juiz *denega a segurança*. O julgamento decide o próprio mérito da controvérsia, reconhecendo que o impetrante não tem o direito subjetivo de que supõe ser titular. A sentença, então, é declaratória negativa.

Por fim, a sentença pode *extinguir o processo sem resolução do mérito*. O art. 6º, § 5º, da LMS, faz remissão ao art. 267 do CPC, que relaciona os casos de extinção do processo sem resolução do mérito, sendo tais casos, portanto, aplicáveis ao mandado de segurança. Ocorre que a nova lei, ao fazer a remissão, usa a expressão "*Denega-se o mandado de segurança...*", que, a nosso ver, é adequada à decisão com exame de mérito.[2904]

Semelhante situação sucede com a sentença que conclui não haver *certeza e liquidez* do direito, pressuposto inafastável do mandado de segurança. Discrepam os estudiosos sobre o tema. Alguns entendem que há julgamento com resolução do mérito.[2905] Outros, ao contrário, advogam o entendimento de que se trata de extinção do processo sem resolução do mérito, até porque nesse caso pode o interessado socorrer-se da via ordinária e formular idêntico pedido (art. 19, LMS). [2906] Perfilhamos este último entendimento, de resto adotado por vários juristas, e isso porque se nos afigura mais consentâneo com o sistema processual em vigor. [2907]

A sentença que decidir a demanda com resolução do mérito, concedendo ou denegando a segurança, faz *coisa julgada material* e, em consequência, não mais poderá ser reapreciada a lide em outro juízo (art. 471, CPC). Se a extinção se der sem resolução do mérito, haverá *coisa julgada formal*, tendo o interessado a oportunidade de promover outra ação (art. 19, LMS) ou, como visto, impetrar novo MS, neste caso desde que, obviamente, dentro do prazo decadencial (art. 6º, § 6º, LMS). Inocorrendo direito líquido e certo, o interessado também terá o direito de renovar o pedido na via comum.[2908]

8.12. Mandado de Segurança Coletivo

Já antecipamos no início deste tópico que o mandado de segurança coletivo, contemplado desde a promulgação da vigente Constituição (art. 5º, LXX), só passou a ter disciplina própria pela Lei nº 12.016/2009.

Neste tópico serão apresentados, em síntese, comentários específicos sobre esse instrumento.

IMPETRANTES – No *mandado de segurança coletivo*, o *impetrante* pode ser: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical; c) entidade de classe; d) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 21, LMS). Trata-se, pois, de legitimidade *plúrima e concorrente*, embora voltada à tutela de interesses diversos.

A legitimidade atribuída ao partido político direciona-se à defesa dos interesses legítimos concernentes a seus integrantes, ou à finalidade partidária. Por exemplo: a defesa de seus filiados contra ato de Casa Legislativa que os exclua das comissões temáticas. Os demais legitimados estão habilitados à defesa de direito líquido e certo de todos ou de alguns de seus membros ou associados, desde que pertinentes às suas finalidades. Ex.: a proteção a direito de associados contra ato de indevida imposição tributária.

Os três últimos impetrantes não precisam de autorização especial, porquanto atuam como substitutos processuais de seus membros ou associados, situação que se distingue da prevista no art. 5º, XXI, da CF, que cuida apenas da representação judicial. Por outro lado, a legitimidade pode alcançar apenas parte dos associados, e não necessariamente sua totalidade.[2909]

TUTELA – No *mandado de segurança coletivo* são suscetíveis de proteção os *direitos coletivos* e os *direitos individuais homogêneos*. As definições de tais categorias jurídicas são praticamente as mesmas consignadas no Código de Defesa do Consumidor.[2910]

Direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por meio de relação jurídica básica. De outro lado, *direitos individuais homogêneos* são os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros da entidade impetrante.[2911]

Avulta notar que tanto os direitos individuais como os individuais homogêneos se qualificam como *direitos individuais*. Mas, enquanto aqueles pertencem a pessoas dispersas, estes últimos são da titularidade de pessoas que

integram associação, entidade de classe ou organização sindical. Por essa razão é que no mandado de segurança coletivo tais entidades têm legitimidade para a ação, embora na defesa de direito alheio, isto é, do direito de seus membros ou associados.

LIMINAR – Diversamente do que ocorre no mandado de segurança individual, *a medida liminar*, no mandado de segurança coletivo, somente pode ser concedida depois de audiência do representante judicial da pessoa de direito público, devendo este, no entanto, manifestar-se no prazo de 72 horas (art. 22, § 2º).

O dispositivo não elide a antecipação da tutela; indica tão somente que o juiz não pode conceder a medida ao momento em que despacha a inicial, como ocorre com o *mandamus* individual. A exigência protelatória da lei tem suporte no fato de que qualquer decisão proferida na ação coletiva terá maior repercussão e abrangência.[2912]

Em nosso entender, porém, para considerar-se constitucional o dispositivo urge interpretá-lo em conformidade com o art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o direito de acesso à Justiça. Como esse mandamento protege a lesão e *a ameaça*, a audiência do representante só deverá efetivar-se caso não haja risco para o direito dos interessados; se houver, a medida cautelar terá que ser mesmo liminar e imediata. Contudo, sendo concedida a medida *in limine* sem a referida audiência, deve o juiz declinar a *motivação* expressa em que se inspirou. Essa é que nos parece a melhor interpretação considerando os interesses em jogo na ação coletiva.[2913]

SENTENÇA E COISA JULGADA – Singularidade do mandado de segurança coletivo é que a sentença faz *coisa julgada limitadamente* aos membros do grupo ou categoria substituídos pela entidade impetrante, como reza o art. 22 da LMS.

A norma se compatibiliza com a do art. 21, parág.único, I e II: de fato, se a lei destina a proteção aos titulares de *direitos coletivos* e de *direitos individuais homogêneos*, a coisa julgada deve ter a extensão dos beneficiados pela sentença, isto é, deve limitar-se àqueles que compõem os respectivos grupos.

Lavra funda controvérsia sobre a possibilidade, ou não, de impetração de

mandado de segurança coletivo para a defesa de *interesses difusos*. Para alguns autores, a tutela é impossível juridicamente.[2914] Segundo outros, a tutela tem viabilidade jurídica.[2915] Partilhamos do primeiro pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque o texto constitucional (e também o da lei) não alude aos interesses difusos; a duas, porque tal proteção é incompatível com o mandado de segurança coletivo, sabido que os referidos interesses pertencem a destinatários *indeterminados* (e não *determináveis* como são os interesses coletivos), o que, a nosso ver, não constitui objeto da ação; e a três, porque tais interesses já são tutelados por outros instrumentos com expressa previsão legal.

LITISPENDÊNCIA – Dita o art. 22, § 1º da LMS que o mandado de segurança coletivo não induz *litispendência* relativamente às ações individuais. Entretanto, os efeitos da coisa julgada não beneficiam o impetrante individual se este não requerer a desistência de seu *writ* no prazo de 30 dias a contar da efetiva ciência da impetração da ação coletiva.[2916]

Como se sabe, litispendência é a situação na qual nova ação é proposta com as mesmas partes, causa de pedir e pedido; ou seja, repete-se ação que está em curso.[2917] Sendo inaceitável a nova demanda, cabe seja extinto o processo *sem resolução de mérito*.[2918] O que a norma acima quer indicar é que no caso não haverá litispendência se já estiver em curso mandado de segurança individual e posteriormente for impetrado mandado de segurança coletivo. Nada impedirá que ambas as ações prossigam em seu curso, mas o impetrante individual não poderá receber o influxo de decisão favorável no mandado de segurança coletivo. Para tanto, terá que desistir de sua ação.

A *desistência* do impetrante individual encontra justas críticas dos estudiosos, porque essa exigência se afastou da prevista no art. 104 do Cód. Defesa do Consumidor, pelo qual o autor postula apenas a *suspensão* do processo, e não a sua desistência. Suponha-se a seguinte hipótese: o impetrante individual desiste de seu mandado e o mandado de segurança coletivo é denegado no mérito; se isso ocorrer, terá ele, com a desistência, perdido a oportunidade de tentar nova decisão, já que o processo terá sido extinto, fato esse que não aconteceria com a suspensão, com a qual se admite o prosseguimento do feito. Parece-nos, pois, deva interpretar-se o dispositivo com o sentido de ser o impetrante compelido apenas a suspender o

curso do processo enquanto aguarda o desfecho da ação coletiva; tratar-se-ia, pois, de *desistência fática e transitória*.[2919]

8.13. Aspectos Especiais

ATOS OMISSIVOS – A despeito de ser mais usual a impetração de mandado de segurança contra *atos comissivos*, vale dizer, atos administrativos que são efetivamente praticados, é pacífico o entendimento de que o instrumento é cabível também contra *atos omissivos* (ou *omissões administrativas*).

O remédio constitucional protege o indivíduo contra ilegalidade ou abuso de poder, e tais situações podem caracterizar atos omissivos da Administração ou de pessoas com funções delegadas.

Por conseguinte, tais omissões equiparam-se a atos de autoridade, *"ensejando mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante"*, como já acentuou autorizada doutrina,[2920] confirmada pela jurisprudência.[2921]

NOTIFICAÇÃO E CIÊNCIA – Sob o império da revogada Lei nº 1.533/51, o procedimento do MS implicava apenas a notificação da autoridade coatora para prestar as devidas informações no prazo de 10 dias (art. 7º, I).

A Lei nº 12.016/2009, todavia, suprindo omissão que tantas controvérsias gerou anteriormente, previu não somente essa *notificação* ao coator (art. 7º, I), mas também a *ciência*, através de cópia da inicial, ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para ingresso no feito se lhe convier (art. 7º, II).

A exigência revela-se salutar e resolve situação anterior pela qual autoridades públicas deixavam de comunicar a impetração do mandado aos dirigentes de suas pessoas jurídicas ou a seus órgãos de representação judicial - postura que bem caracteriza a desorganização e falta de coordenação de alguns órgãos administrativos. Essa omissão era inaceitável na medida em que eventuais ônus patrimoniais decorrentes do mandado são suportados pelas pessoas jurídicas.[2922]

Agora a lei deixa clara a exigência de conhecimento da causa por ambos os interessados – a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence. Além disso, obriga o coator, no caso de liminar concedida, a cientificar em 48 horas o órgão de representação da pessoa jurídica (art. 9º, LMS).

MINISTÉRIO PÚBLICO – Dispõe a lei que, após as informações, seja ouvido o representante do Ministério Público, que deverá manifestar-se no prazo improrrogável de 10 dias (art. 12), devendo a decisão do juiz, com ou sem parecer do Ministério Público, ser proferida em 30 dias (art. 12, parágrafo único).

Trata-se de hipótese de *intervenção obrigatória* do MP, vez que o legislador impôs o pronunciamento de seu representante no curso da tramitação do mandado de segurança. Entretanto, se houver qualquer inércia para essa manifestação, o juiz profere a sentença, não havendo qualquer nulidade no caso da ausência do parecer.

O que a lei exige é que seja aberta vista para a manifestação, não que haja obrigatoriamente essa manifestação como condição de prolação do *decisum*. Sem a referida vista, o processo estará eivado de vício de nulidade.[2923] Apesar de alguns entendimentos em contrário, parece-nos errônea a interpretação segundo a qual poderia convalidar-se a nulidade no caso de ausência do MP quando a lei exige sua intervenção; tal postura não só desprestigia a instituição como ofende dispositivo de lei.[2924] Surpreende, também, que, contrariando expressa previsão legal, o CNMP tenha expedido recomendação, considerando dispensável a intervenção do *Parquet* – ato que, em nosso entender, e com a devida vênia, carece de fundamento legal.[2925]

Diante do novo texto, tem o juiz o direito de requisitar o processo ao órgão ministerial quando for constatado o término do prazo de 10 dias para seu parecer. Aqui prevalece o princípio da razoável duração do processo sobre casual omissão do pronunciamento.

PRIORIDADE – Em razão da natureza dos direitos que tutela, o mandado de segurança foi instituído como instrumento processual de maior celeridade e tramitação de menor complexidade. Usualmente, no entanto, a ação tem igual ou superior demora em comparação com os processos comuns, o que se mostra incompatível com o perfil dentro do qual foi criado.

A lei, para tentar solver tal problema, estabeleceu quatro regras: a) processos de mandado de segurança e seus recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, ressalvado o *habeas corpus*; b) nos Tribunais, o julgamento deve ser feito na sessão seguinte àquela em que os autos forem conclusos ao relator; c) o prazo

máximo para a conclusão do processo é de 5 dias; d) o deferimento da liminar acarreta a prioridade de julgamento.[2926]

Em nosso entender, porém, não bastam as imposições legais e nem mesmo a constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF). O que é necessário é que o sistema judicial do Estado se aperfeiçoe tecnicamente e se adapte às reais demandas da sociedade. Só assim o indivíduo exercerá sua verdadeira cidadania quando necessitar dos serviços judiciários.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – A lei, no art. 25, confirmou o entendimento jurisprudencial no sentido do não cabimento de honorários em mandado de segurança.

Esse tema sempre provocou polêmica entre os estudiosos.

Sob o fundamento de que o diploma que regulava o mandado de segurança se caracterizava como *lei especial*, vicejou o entendimento de que as regras sobre honorários advocatícios, previstas no Código de Processo Civil, lei geral, não incidiam sobre aquela ação. Além do mais, criar-se-ia restrição ao acesso à Justiça, devendo, assim, tratar-se o *mandamus* como se trata o *habeas corpus*. Foi a base da posição adotada na jurisprudência dos Tribunais Superiores.[2927] Outros estudiosos perfilham diverso fundamento, qual seja o de que a condenação em honorários pode incentivar o impetrante a buscar a tutela jurisdicional contra o Estado.[2928] Mais modernamente, alguns admitiriam a condenação apenas quando fosse acolhido o pedido do impetrante.[2929]

Todavia, os doutrinadores, em geral, sempre criticaram a isenção dos honorários, invocando o argumento de que o mandado de segurança se caracterizava como *causa*, situação que ensejaria a aplicação das normas do estatuto processual.[2930] Em nosso entender, essa é realmente a melhor posição. Embora o mandado de segurança seja realmente ação especial e verdadeira garantia constitucional, configura-se como causa, devendo assim fixar-se os ônus da sucumbência. Por outro lado, tal isenção pode provocar abuso do direito de ação por parte de administrados, cientes de que eventual derrota judicial não lhes trará prejuízo algum.

Seja como for, o que era súmula se converteu em lei. Destarte, não cabem honorários advocatícios em mandado de segurança.

9. Habeas Corpus

9.1. Conceito e Fontes Normativas

Habeas Corpus é a ação de fundamento constitucional que protege o direito líquido e certo de locomoção contra atos inquinados de vício de legalidade.

É uma das mais antigas garantias do indivíduo, tendo-se originado da Magna Carta de 1215 e formando seu atual desenho no *Habeas Corpus Act* de 1679. Na Constituição americana o instrumento está no art. 1º, Seção IX, "a".

Trata-se de ação judicial porque o impetrante busca a tutela jurisdicional do direito seu ou daquele que esteja sofrendo a ilegalidade, formando-se um litígio entre o postulante e o responsável pela ilegalidade, a ser decidido pelo juiz no exercício da função jurisdicional.[2931]

A fonte constitucional desse importante instrumento jurídico é o art. 5º, LXVIII, da CF. Apesar do embasamento constitucional, o *habeas corpus* é disciplinado nos arts. 647 a 667 do CPP. O capítulo pertinente está situado no título dos recursos, mas houve erronia técnica no sistema protetivo, já que o remédio se caracteriza como *ação* pela presença dos elementos que a compõem.

Na ação, há o impetrante, que formula a postulação ao órgão judicial; o paciente, que está sofrendo a violação de seu direito; e o coator, aquele responsável pela ofensa ao direito do paciente. Diversamente do que ocorre com o mandado de segurança, o coator nem sempre será um agente público ou delegado de função pública. A Constituição não o qualificou como tal, assim como fez com o mandado de segurança. Desse modo, mesmo o particular pode ser sujeito passivo do litígio, quando responsável pela ilegalidade.

9.2. Pressupostos Constitucionais

A fisionomia constitucional do instituto do *habeas corpus* apresenta dois pressupostos.

O primeiro é a ilegalidade da conduta do coator. O texto, tal como no mandado de seguranca, refere-se à ilegalidade ou abuso de poder, mas já vimos que há no caso impropriedade redacional, já que este é sempre uma forma de conduta ilegal. Se o ato for lícito, não é cabível o *habeas corpus*.

O outro pressuposto é a violação ou ameaça de violação ao direito de

locomoção, ou direito de ir e vir, como preferem alguns. O texto alude à situação em que o indivíduo sofra *violência ou coação em sua liberdade de locomoção*. Novamente aqui encontramos alternativa duvidosa. Com efeito, toda coação é uma forma de violência, seja física ou psíquica, de modo que melhor se interpreta o mandamento considerando que o autor da ilegalidade constrange a liberdade de ir e vir do indivíduo. É esse constrangimento ilegal contra uma das liberdades constitucionais que se configura como pressuposto do instituto.

9.3. Espécies

Empregando o texto constitucional as expressões *sofrer ou se achar ameaçado de sofrer* o constrangimento, é de se reconhecer, também para o instituto, duas espécies: o *habeas corpus* preventivo e o *habeas corpus* repressivo.

A diferença é a mesma que apontamos para o mandado de segurança. No *habeas corpus* preventivo, não existe ainda o ato ilegal do coator, mas a só ameaça de ser praticado. A ameaça é que justifica a tutela preventiva. O *habeas corpus* repressivo pressupõe que a ilegalidade já se tenha perpetrado, gerando então o direito à obtenção da providência judicial para o fim de invalidar a conduta ilegítima e restaurar a situação de legalidade.

9.4. Constrangimento Ilegal

Vários são os casos que a lei considera como de constrangimento ilegal, suscetíveis de amparar a admissibilidade do *habeas corpus*.

A coação é ilegal, por exemplo, quando não tiver justa causa. Há ilegalidade também quando já tiver cessado o motivo que gerou a coação. Permitir que o indivíduo fique preso por mais tempo do que o exige a lei e decretar a coação sem competência legal são, da mesma forma, hipóteses de constrangimento ilegal. O mesmo se diga quando a coação emane de processo manifestamente nulo e quando já extinta a punibilidade.

Na verdade, o *habeas corpus* é quase sempre a proteção contra prisões ilegais. Essa é que é a prática do emprego do instrumento em foco. E, quando se fala em prisão, temos que entender tanto a prisão criminal como a prisão civil, desde que, é óbvio, esteja havendo violação no direito de ir e vir.[2932]

9.5. Competência

O *habeas corpus,* assim como mandado de segurança, se configura como garantia constitucional específica e permite a tutela do direito de locomoção contra atos de autoridades públicas. Desse modo, a Constituição traça também em relação a ele normas de competência.

Compete o processamento e julgamento do *habeas corpus*:

a) ao STF, quando: 1º) são pacientes o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, "d", CF); [2933] 2º) for coator Tribunal Superior, ou coator ou paciente, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou for o caso de crime sujeito à jurisdição do mesmo STF em única instância (art. 102, I, "i", CF, com a redação dada pela EC nº 22/99);[2934]

b) ao STJ (ressalvada a competência da Justiça Eleitoral), quando: 1º) for coator ou paciente for Governador de Estado ou do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante os Tribunais; 2º) for coator tribunal sujeito a essa jurisdição; 3º) for coator Ministro de Estado (art. 105, I, "c", CF, com a redação dada pela EC nº 22/99);

c) aos Tribunais Regionais Federais, quando o coator for juiz federal (art. 108, I, "d", CF);

d) aos juízes federais, em matéria criminal de sua competência ou quando a coação for exercida por autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (art. 109, VII, CF).[2935]

Em se tratando de autoridades diversas, caberá às Constituições Estaduais, aos Regimentos Internos e aos Códigos de Organização Judiciária estabelecerem a competência dos diversos órgãos jurisdicionais.

10. Ação Popular

10.1. Conceito e Fontes Normativas

Ação popular é a garantia de nível constitucional que visa à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.

Como as anteriores, cuida-se de *ação*, já que a tutela é requerida através de processo com partes ativa e passiva, a ser decidido pelo órgão jurisdicional. O procedimento é contencioso e especial, neste caso porque a tramitação do feito obedece a regras especiais para a ação.

A vigente Constituição contempla a ação popular no art. 5º, LXXIII, sendo a disciplina infraconstitucional regulada pela Lei nº 4.717, de 29/6/1965.

10.2. Bens Tutelados

As Cartas anteriores que previram a ação popular a vinculavam apenas à proteção do patrimônio público. A vigente Constituição, porém, alargou o universo de bens a serem tutelados pela mesma ação.

Refere-se o dispositivo constitucional à proteção contra atos lesivos *"ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural"*.

É evidente que o texto apresenta algumas impropriedades. Em primeiro lugar, a noção de *patrimônio público* tem amplitude suficiente para alojar os demais aspectos mencionados na Carta. Ninguém pode negar, de plano, que o patrimônio histórico e cultural se inserem no sentido de patrimônio público.[2936] Por outro lado, a moralidade administrativa e o meio ambiente também se integram, em sentido lato, na mesma noção.

Para fins didáticos, todavia, preferimos considerar como sendo três os bens tutelados:

1) o patrimônio público, inclusive o histórico e cultural;
2) a moralidade administrativa; e
3) o meio ambiente.

10.3. Competência

Em relação à ação popular, não há, como nos casos do mandado de

segurança, *habeas corpus, habeas data* e mandado de injunção, regras de competência traçadas na Constituição.

É que, mesmo que o ato lesivo emane de alguma das autoridades sujeitas à jurisdição de Tribunais, sempre será parte na ação a própria pessoa jurídica a que pertence o autor do ato. Desse modo, a ação deverá ser deflagrada nos juízos de primeira instância da Justiça Federal ou da Justiça Estadual, conforme o foro apropriado para a pessoa jurídica.

10.4. Legitimação Ativa e Passiva

A legitimação ativa para a ação popular tem início pela própria Constituição ao consignar que *qualquer cidadão é parte legítima* para promover a demanda. Trata-se, portanto, de legitimação *restrita e condicionada*, porque, de um lado, não é estendida a todas as pessoas, mas somente aos cidadãos e, de outro, porque somente comprovada essa condição é que admissível será a legitimidade.

A qualidade de cidadão tem que ser demonstrada já na inicial. A prova será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele seja equivalente.[2937]

A legitimação passiva será sempre múltipla. Vale dizer: formar-se-á litisconsórcio necessário no pólo passivo da relação processual aquele que exige a presença de todos os litisconsortes na lide.

De acordo com a lei reguladora, *"a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo".*[2938]

É fácil notar que o legislador pretendeu introduzir no pólo passivo do processo todos aqueles que, de alguma forma, tenham interesse no desfecho da causa e na apuração da lesão aos bens tutelados. Poderíamos, por questão de método, agrupá-las em três categorias:

1) a pessoa jurídica de onde promanou o ato;
2) os servidores, de qualquer nível, que de algum modo tenham contribuído para a lesão; e
3) os terceiros beneficiários diretos do ato lesivo.

A peculiaridade no rito da ação popular, quanto à legitimação passiva, reside na possibilidade de a pessoa jurídica ré deixar de contestar a ação e atuar ao lado do autor, quando tal posição atender ao interesse público.[2939]

O Ministério Público intervém obrigatoriamente na ação popular e, em sua função de *custos legis,* cabe-lhe: a) apressar a produção da prova; b) promover a responsabilidade civil ou criminal dos autores da lesão (art. 6º, § 4º). No primeiro caso, deve interpretar-se o texto legal no sentido de que tem legitimidade para produzir provas que constituam matéria de ordem pública, mesmo que, em tese, de iniciativa do autor popular.[2940] O mesmo dispositivo veda ao MP *"assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores"*. Trata-se de evidente erronia técnica da lei, absolutamente dispensável, aliás, já que o MP nem assume defesa de ato algum, nem de quem o tenha praticado; compete-lhe tão somente a fiscalização da lei, podendo sua convicção ser favorável, ou não, ao autor ou à sua conduta.

10.5. Objeto da Ação

O objeto fundamental da ação popular é o de *anular* atos lesivos aos bens sob tutela, como ecoa no texto constitucional.

A questão, porém, merece rápida e necessária observação. A Lei nº 4.717/65 adota a clássica divisão do direito privado no que concerne aos vícios dos atos, admitindo a existência de atos nulos (art. 2º) ao lado dos atos anuláveis (art. 3º). Sem a crítica de maior análise a respeito dessa dicotomia e dos casos que a lei relacionou como integrantes de uma ou de outra das categorias, o certo é que o autor tem a pretensão de invalidar a conduta lesiva ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente.

A respeito da natureza do ato impugnado, tem lavrado controvérsia a respeito da necessidade, ou não, de comprovar-se a *lesividade* do ato, além de sua ilegalidade. Tanto a Constituição como a Lei 4.717/65 aludem à anulação de *atos lesivos*, mas o diploma regulador inclui hipóteses em que, sem embargo da ilegalidade, não há propriamente lesividade. Por tal razão, entendem alguns que, ocorrida a hipótese de ilegalidade prevista na lei, haverá *lesividade concreta* ou *presumida*; o que não se pode é relegar a segundo plano o requisito da lesividade, sobretudo porque a lei não contém palavras inúteis.[2941] Para outros, porém, não basta a ilegalidade formal do ato, exigindo-se que a lesividade seja demonstrada sob o aspecto material ou

moral, o que exclui, em consequência, a presunção de lesividade.[2942] Para outros, ainda, pode haver ilegalidade *ou* lesividade.[2943]

Em nosso entender, melhor é o primeiro entendimento. Se o legislador considerou passíveis de ação popular atos nulos e anuláveis, ao mesmo tempo em que se preocupou em proceder à enumeração de várias hipóteses consideradas como de nulidade (art. 4º), com certeza as reputou sempre *concreta* ou *presumivelmente lesivas*, seja material seja moralmente. Ocorrendo qualquer delas, portanto, à sentença caberá anular o ato. Permitimo-nos, contudo, distinguir: se a lesão não for aferida pecuniariamente, a decisão limitar-se-á à anulação do ato; caso possível essa aferição, aí sim, a sentença, além do conteúdo anulatório, terá também *conteúdo condenatório*, em ordem a responsabilizar os agentes e terceiros que deram ensejo à lesão, o que é expressamente autorizado pelo art. 11, da Lei 4.717/65.

No caso de ser procedente o pedido, e reconhecida a ilegalidade, o bem jurídico a ser obtido é o da restauração da legalidade rompida com a prática do ato lesivo. Como exemplo, se o ato de uma autarquia ofende o princípio da moralidade administrativa, o autor popular formula a pretensão de invalidar esse ato e de ver restabelecida a situação de legalidade existente antes da prática do ato.

Podemos averbar, por isso, que o objeto da ação é de caráter desconstitutivo, porque visa a desconstituir o ato lesivo a um dos bens sob tutela.

10.6. Liminar

É de todo concebível que um ato lesivo possa produzir dano irreversível se não for imediatamente suspenso. Como é evidente, a demora do desfecho da ação não permitiria a atuação da tutela preventiva, normalmente processada pela medida liminar.

Originariamente, a lei da ação popular não previa a medida liminar, mas a Lei nº 6.513, de 20/11/1977, introduziu, no art. 5º, o § 4º, que dispôs: *Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.* A finalidade, como ocorre com medidas dessa natureza, consiste na suspensão dos efeitos do ato impugnado para evitar a consumação de dano irreparável.[2944]

Embora a lei só se tenha referido à proteção do patrimônio público, e isso porque a Constituição de 1946 em que se baseou só aludia a esse bem jurídico, é de se entender que a medida *initio litis* seja concedida ainda que a pretensão se dirija à

tutela dos demais bens jurídicos mencionados na vigente Constituição, bastando apenas que estejam presentes os pressupostos necessários à concessão da medida. Essa é a interpretação que decorre do sentido lógico da providência cautelar em conjugação com a tutela jurisdicional hoje vigorante.

10.7. Sentença e Coisa Julgada

A lei da ação popular apresenta interessante peculiaridade quanto à sentença. Embora a pretensão do autor popular seja a de obter a anulação de um ato lesivo aos valores tutelados, a lei admite que a sentença tenha também conteúdo de condenação.

Com efeito, dispõe o art. 11:

> *"A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa".*

Em outras palavras, o legislador admitiu que a sentença tenha conteúdo *simultaneamente constitutivo e condenatório*, ainda que o pedido formulado pelo autor tenha sido apenas o de desconstituir a relação jurídica decorrente do ato lesivo. A disposição legal pretendeu, por economia processual, admitir logo a condenação dos responsáveis, na medida em que no próprio processo restou comprovada sua culpa em relação ao ato inválido.

Se a sentença julgar improcedente a ação, estará reconhecendo que inexistiu ato lesivo e ilegal a ser desconstituído, gerando, em consequência, decisão de caráter *declaratório.*

A matéria relativa à coisa julgada foi vista como verdadeira inovação no sistema processual. A esse respeito, reza o art. 18 que *"a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível* erga omnes, *exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".*

Podemos extrair do texto três conclusões:

1) se o juiz julgar a causa com convicção quanto à prova, a coisa julgada é

erga omnes, seja procedente ou improcedente o pedido;

2) se o juiz julga procedente o pedido por deficiência de prova *por parte do réu*, a decisão também fará coisa julgada *erga omnes*, porque a produção de prova é ônus do próprio réu; e
3) se o juiz julga improcedente o pedido, por deficiência de prova *por parte do autor,* a decisão fará coisa julgada somente *inter partes*, ou seja, nada impedirá que outra ação idêntica seja ajuizada, desde que o autor se socorra de nova prova.

Há razões para tal solução legislativa. O fato de a coisa julgada poder ser oponível *erga omnes* decorre da circunstância de que, se o ato for reconhecido como válido ou lesivo, o será não só para as partes do processo, como também para as demais pessoas. O ato ou é válido ou é lesivo para todos. Não pode sê-lo para alguns e não o ser para outros.

Quanto à questão da deficiência da prova por parte do autor popular, o legislador se preocupou com a repercussão do julgado como fator de dependência dessa prova. Poderia ocorrer que o autor popular fosse desidioso ou tivesse má-fé e deixasse de produzir a prova adequada para demonstrar a ilegalidade e a lesividade. Poderia até mesmo o autor firmar conluio com os réus para oferecer prova deficiente e ver o ato considerado válido na decisão, quando, na verdade, não o é. Resguardou-se, por isso, e admitiu que a coisa julgada não se estendesse *erga omnes*, o que permite que outro cidadão (ou até o mesmo), com nova prova, ajuíze idêntica ação. Ficou assim mais fortalecida a tutela aos bens mencionados na Constituição como objeto da ação popular.

11. Mandado de Injunção

11.1. Conceito e Fonte Normativa

Mandado de injunção é a ação, de fundamento constitucional, pela qual, mesmo diante da ausência da norma regulamentadora, se viabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Como nos demais casos, o mandado de injunção também se caracteriza por ser ação, porque presentes as partes, a causa de pedir e o pedido. Sendo meio específico de controle da Administração, seu procedimento é *contencioso,* vez que o

processo contém controvérsia em forma de lide, e *especial*, tendo em vista que obedece a um rito próprio, que a jurisprudência entendeu fosse o do mandado de segurança e a lei acabou por definir-se no mesmo sentido.[2945]

O embasamento constitucional da ação é o art. 5º, LXXI, da vigente Constituição, que estabelece:

> *"Conceder-se-á 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".*

Como inexiste, ainda, lei que regulamente especificamente o mandado de injunção, todos os aspectos particulares que apresenta devem ser analisados somente a partir do texto constitucional.

11.2. Pressupostos

São dois os pressupostos do mandado de injunção:

1) a ausência de norma regulamentadora; e
2) a inviabilidade de exercer o direito contemplado na Constituição.

Há normas jurídicas que, embora vigentes, não têm eficácia porque dependem de outras normas que as regulamentem, de forma a possibilitar a sua execução. A importância, pois, da norma regulamentadora consiste, frequentemente, na viabilização do exercício do direito, de modo que sem ela este deixará de ser exercido. Por isso é que a ausência da norma regulamentadora que tenha esse efeito é combatida pelo mandado de injunção. Significa, por outro lado, que, se já existe, por exemplo, lei reguladora do direito previsto na Constituição, faltante estará o pressuposto para o instrumento.[2946]

A inviabilidade do exercício do direito indica que o titular tem o direito e apenas não está podendo exercê-lo por causa da ausência da norma regulamentadora. O mandado de injunção vem, então, para permitir que o titular do direito possa efetivamente exercê-lo e usufruir os efeitos dele decorrentes. Se o direito, porém, está contemplado em norma autoaplicável, ou seja, aquela que

independe de regulamentação, não se tornará cabível o mandado de injunção por falta desse pressuposto.[2947]

11.3. Bens Tutelados

Bens tutelados, no mandado de injunção, são as espécies de direito que a Carta contempla. Alude a Constituição ao exercício *"dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"*.

O texto não é um primor de clareza, primeiramente porque menciona três vocábulos que têm sentido idêntico ou aproximado: *direitos, liberdades e prerrogativas*. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, com razão, averba que a prerrogativa é um direito excepcional conferido a agente político no interesse público, distinguindo-se do privilégio, que é o direito excepcional conferido a alguém em seu próprio interesse.[2948] No texto, entretanto, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania são efetivamente direitos relacionados a esses mesmos valores.

Com relação a *direitos e liberdades*, o mesmo se pode dizer. A despeito de alguns estudiosos procurarem encontrar a linha demarcatória entre ambos,[2949] a verdade é que a própria liberdade constitui um direito fundamental. Aliás, a própria Constituição, no art. 5º, *caput,* assegura a inviolabilidade do *direito à vida,* à liberdade, *à igualdade etc.* Em outras palavras, reconhece que a liberdade é também um direito.

Desse modo, poderíamos concluir que os bens sob tutela no mandado de injunção são os *direitos de embasamento constitucional*, inclusive os inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

11.4. Competência

O mandado de injunção sujeita-se a regras especiais de competência previstas na Constituição, a símile de outras ações que retratam controle específico dos atos estatais.

Quando a falta de norma regulamentadora for atribuída ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados e ao Senado, às Mesas destas Casas, ao Tribunal de Contas da União, aos Tribunais Superiores ou ao próprio STF, a competência para decidir o mandado de injunção é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "q", CF). Se a inércia for de órgão, entidade ou

autoridade federal (excetuada a competência do STF, da Justiça Militar, da Eleitoral, do Trabalho e da Justiça Federal), caberá o processamento e julgamento da ação ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "h", CF).

Não há previsão constitucional expressa para competência dos Tribunais Regionais Federais e para os juízes federais; a única referência constitucional, feita à *Justiça Federal,* consta do citado art. 105, I, "h", da CF, como exceção à competência do STJ. Por essa razão, alguns estudiosos entendem que houve descuido do Constituinte, porque a competência daqueles órgãos está inteiramente posta na Constituição, e, dessa maneira, não poderia a lei atribuir-lhes competência para julgarem mandados de injunção em caso algum.[2950] Coerente com tal posição, o STF já decidiu que mandado de injunção contra entidade federal da administração indireta deve ser processado e julgado no STJ, por força do já citado art. 105, I, "h", da CF.[2951]

11.5. Legitimação Ativa e Passiva

Legitimado ativo para o mandado de injunção é o titular do direito instituído e definido na Constituição.[2952] Não é permitido, por conseguinte, que o postulante venha defender direito de outrem, salvo nos casos de substituição processual expressamente previstos na lei. A legitimação se completa com a demonstração de que o titular do direito está impossibilitado de exercê-lo em virtude da mora do órgão a quem incumbe o dever de regulamentação.

O impetrante não possui, contudo, a mesma disponibilidade quanto ao interesse no prosseguimento ou não da ação. Por isso, já se decidiu que, iniciado o julgamento do mandado de injunção por órgão jurisdicional, está o autor impedido de expressar sua *desistência* da causa, porque: a) poderia espelhar uma fraude para frustrar o julgamento do órgão; b) o julgamento é uno, muito embora possa cindir-se de acordo com o advento de incidente processual.[2953]

Legitimado passivo é o órgão ao qual cumpre o dever de instituir a norma regulamentadora que viabilize o exercício do direito por seu titular. A regulamentação a que se refere a Constituição é a *primária*, isto é, aquela que, sendo efetivada, poderia permitir o exercício do direito. Sendo assim, os órgãos responsáveis por regulamentações *secundárias* não têm legitimidade passiva *ad causam* para a ação.[2954]

Outro aspecto a ser comentado é o de que não pode figurar como sujeito passivo do mandado de injunção o órgão que não tem a incumbência de deflagrar o processo de formação do ato regulamentador. Por exemplo, se é a lei que deve regulamentar certo mandamento constitucional, e se essa lei é da iniciativa do Presidente da República, é esta autoridade que deve ser chamada ao processo, e não a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, já que estes só podem atuar se o Presidente der início ao processo legislativo.[2955]

11.6. Liminar

Há grande controvérsia no que toca à admissibilidade, ou não, da medida liminar no mandado de injunção.

Alguns autores sustentam que, presentes os pressupostos da tutela preventiva, pode o órgão jurisdicional conceder a liminar.[2956] Outros, ao contrário, advogam a tese de que a medida é incabível e que a decisão é que vai dar eficácia ao direito, produzindo efeito *ex nunc*.[2957]

Em nosso entendimento, nada impede a concessão da medida. Em primeiro lugar, a Lei nº 8.038/90 atribuiu ao mandado de injunção, como vimos, o rito do mandado de segurança, que admite esse tipo de tutela preventiva. Depois, pode mesmo ocorrer que o não exercício do direito possa provocar dano irreparável ao titular pela demora na solução da demanda; presentes esses pressupostos, cabível se torna a medida liminar. Ressalvamos apenas que não serão comuns tais hipóteses. Ao revés, a regra será a desnecessidade da tutela preventiva pela liminar.[2958]

11.7. Decisão

Grande controvérsia reina entre os intérpretes sobre a decisão a ser proferida pelo órgão jurisdicional, no caso de procedência da ação. Na verdade, existem três posições a respeito.

A primeira corrente é aquela que entende que a decisão deve declarar a omissão do órgão regulamentador e assinar prazo para que a supra. Se o prazo não for respeitado, considerar-se-á em mora o citado órgão e se permitirá que o interessado ajuíze diretamente a ação para obter providência concreta que possibilite o exercício do direito.[2959] A decisão, no caso, é declaratória e condenatória (ou mandamental, para quem o admite).

Para outros estudiosos, a decisão tem caráter constitutivo, porque viabiliza o exercício do direito por seu titular, sem que haja qualquer notificação ao órgão regulamentador. Nesse caso, o órgão jurisdicional cria a regulamentação para o caso concreto para que o titular do direito promova a respectiva ação de conhecimento, se a ordem for descumprida.

Uma terceira posição, e que nos parece a melhor de todas, é a que permite que, constatada a inércia do órgão regulamentador, o órgão jurisdicional possa fazer a imediata regulamentação para o caso concreto e possibilite desde logo o exercício do direito por seu titular.[2960]

Com a devida vênia, entendemos que a aplicação do mandado de injunção, conforme os que perfilham as duas primeiras correntes, retirou muito de sua eficácia e praticidade e, em última instância, dificultou a tutela dos bens jurídicos que a Constituição pretendeu preservar e prejudicou bastante os titulares de direitos constitucionais que não podem exercê-los em razão de inércia do órgão responsável pela regulamentação.[2961]

Na verdade, parece-nos que acabou sendo distorcida a intenção do Constituinte, o que é uma pena diante da inovação introduzida no sistema jurídico pátrio.

Exemplo que deixa clara a posição da mais alta Corte ocorreu mais recentemente no julgamento do MI nº 543-DF, a respeito da falta de regulamentação do art. 8º, § 3º, do ADCT da CF, que prevê reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica em face de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica. A maioria do Tribunal deferiu em parte o pedido *"para assegurar, nos termos do direito comum, a possibilidade de imediata ação de liquidação do direito assegurado*, ao passo que nos votos vencidos havia deferimento integral do pedido, em ordem a *condenar a União à reparação econômica conforme requerida na inicial, ou seja, ao pagamento do valor correspondente ao maior salário de piloto de linha aérea de aviação comercial brasileira de 1º nível, multiplicado pelo número de meses que decorreram entre a data em que foram proibidos de exercerem sua profissão e o mês em que completaram 60 anos".*[2962]

Comparando-se os elementos decisórios, logo se encontram os dados diferenciais. Enquanto a corrente majoritária sustenta o deferimento em parte do pedido, mas impõe que o interessado ajuíze nova ação para liquidar o direito, a

minoria advoga a tese de decidir inteiramente a questão, diligenciando na própria decisão a condenação do sujeito passivo responsável pela inércia regulamentadora.

A despeito da tese então vencedora, nunca desapareceram as críticas da doutrina e dos próprios integrantes de Tribunais à orientação nela consagrada. Assim, é justo destacar que algumas vozes eminentes do STF vieram a adotar, posteriormente, entendimento diverso. Foi o que ocorreu em mandado de injunção no qual se assegurou a servidora pública, com vinte e cinco anos de serviço em atividade insalubre (enfermeira de fundação hospitalar), o direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da CF, direito esse que não podia exercer pela inércia do Poder Público em regulamentar o dispositivo através de lei complementar, tal como nele previsto. A decisão, como se pode observar, atendeu ao expressivo pleito da classe jurídica e aplicou a norma constitucional *in concreto*, abandonando, portanto, os demais entendimentos quanto à natureza da decisão no mandado de injunção. Trata-se de inegável avanço na aplicação do instituto, sem dúvida digno de aplausos.[2963]

12. Habeas Data

12.1. Conceito e Fonte Normativa

Habeas Data é o instrumento jurídico constitucional que se destina à proteção do direito de informação. Da mesma forma que os instrumentos já estudados, o *habeas data* configura-se como ação judicial, visto que nele estão presentes os componentes normais das ações – partes, causa de pedir e pedido.

A fonte constitucional do *habeas data* está no art. 5º, LXXII, da CF, pelo qual se assegura o conhecimento de informações relativas ao interessado, inscritas em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou a retificação de dados, nos casos em que o interessado não prefira utilizar processo sigiloso, na via judicial ou administrativa.

O remédio constitucional ficou longos anos sem lei reguladora, tendo-se entendido que, por sua similitude, o rito a ser adotado deveria ser o do mandado de segurança, onde cabível. Finalmente, veio a lume a Lei nº 9.507, de 12/11/1997, que atualmente disciplina o procedimento da ação.

12.2. Bem Tutelado

No próprio art. 5º, a Constituição tutela o direito ao acesso à informação em geral (inc. XIV) e à informação dos órgãos públicos (inc. XXXIII). O *habeas data* é o instrumento apropriado para a defesa de tais direitos.

Repita-se, entretanto, que, no caso do *habeas data,* o direito à informação se subdivide em dois aspectos: o conhecimento da informação e a retificação da informação. Ambos, contudo, são facetas específicas do direito substantivo. Na verdade, o que se pretende é a salvaguarda do registro correto dos dados relativos à pessoa, eis que a incorreção neles pode acarretar prejuízos graves e muitas vezes irreversíveis.

12.3. Partes

Autor da ação deve ser, necessariamente, o titular do direito ao conhecimento ou à retificação da informação. Esse direito, aliás, é personalíssimo, não se transferindo a terceiros, como têm entendido os Tribunais.[2964]

O sujeito passivo da ação é a entidade responsável pelo registro das informações. Essa entidade pode ser pública ou privada, neste último caso caracterizando-se, como diz a Constituição, como tendo caráter público. Enquadram-se nessa categoria aquelas entidades que, por exemplo, mantêm cadastro de devedores, ao qual pode o público ter acesso normal.

No entanto, se a entidade é detentora de dados em caráter privado e reservado, não tem a obrigação de fornecê-los ao interessado, já que no caso se trata de julgamento pessoal, não divulgado a terceiros.[2965]

O STF indeferiu *habeas data,* conhecendo e dando provimento a recurso extraordinário, em hipótese na qual ex-empregada do Banco do Brasil pedia informações sobre sua ficha funcional, tendo em vista ter sido negado seu pedido de readmissão. A Corte entendeu que a entidade não se enquadra na expressão *entidades governamentais*, já que destinada à exploração de atividade econômica. Além disso, as fichas de empregado não permitiam acesso ao público, sendo, assim, consideradas como arquivo de natureza privada.[2966]

12.4. Competência

O *habeas data,* como ocorre com outras garantias constitucionais, tem disciplina constitucional básica quanto à competência judicial, variando esta em

função da maior ou menor estatura dos agentes responsáveis pelas condutas impugnadas.

Assim, a competência para processar e julgar a causa será:

a) do STF, quando se tratar de atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República ou do próprio STF (art. 102, I, "d", CF);
b) do STJ, quando o ato for praticado por Ministro de Estado ou pelo próprio STJ (art. 105, I, "b", CF);
c) dos Tribunais Regionais Federais, quando se tratar de ato desses mesmos Tribunais ou de juiz federal (art. 108, I, "c", CF); e
d) dos juízes federais, quando o ato provier de autoridade federal (art. 109, VIII, CF).[2967]

Fora dessas autoridades, o foro competente é o da Justiça Estadual, definido nas Constituições Estaduais e nos respectivos Códigos de Organização Judiciária.

12.5. Interesse de Agir

No início da vigência da atual Constituição, quando ainda se esboçava o desenho interpretativo do *habeas data*, ocorreram alguns abusos quanto ao uso desse instrumento.

Uma dessas formas foi a impetração da ação para obter ou corrigir dados pessoais, sem que a entidade detentora do registro das informações tenha sido comunicada sobre o interesse em sua obtenção ou correção.

Decidiram, então, os Tribunais que o interesse de agir somente nasce quando há a sonegação das informações ou de sua retificação. É que nesse caso a denegação do pedido é que ofenderia o direito, dando ensejo à propositura da ação. Desse modo, se o interessado não postular previamente a informação ou a correção, será carecedor da ação do *habeas data*, por falta da condição pertinente ao interesse de agir.[2968] O STJ, inclusive, deixou pacificado em súmula o referido pensamento.[2969]

A Lei nº 9.507/97 contemplou procedimento prévio, estabelecendo que o interessado deve dirigir seu requerimento à pessoa depositária do registro ou banco

de dados (a lei fala em *órgão* ou *entidade*, mas aquele logicamente será sempre integrante desta). Será obrigatório decidir o pedido em 48 horas, deferindo-o ou não, bem como comunicar ao requerente a decisão no prazo de 24 horas (art. 2º e parágrafo único). No caso de deferimento, deve ser marcado dia e hora para que o interessado conheça as informações.

Havendo inexatidão nos dados, o requerente, com documentos comprobatórios, postulará a retificação, cabendo à entidade destinatária dar ciência da correção ao interessado no prazo de dez dias, contados a partir da protocolização do requerimento. Se o registro estiver correto, pode o interessado apresentar explicação ou contestação sobre ele, motivado por possível pendência do fato; nessa hipótese, os dados explicativos ou contestatórios invocados pelo requerente serão anotados em seu cadastro (art. 4º e §§ 1º e 2º).

12.6. Pedido

Na Constituição Federal, vislumbram-se nitidamente dois pedidos suscetíveis de serem formulados:

1) o conhecimento dos dados; e
2) a retificação dos dados.

Não obstante, a Lei nº 9.507 aditou um terceiro:

> *"o de ser anotada, nos assentamentos do interessado, contestação ou explicação sobre os dados registrados"* (art. 7º, III).

Não há dúvida de que *anotar contestação ou explicação* não é o mesmo que *pedir informação* ou *pedir retificação* de dados. A lei, portanto, ampliou a margem fixada na Constituição. Sobre esse aspecto, josé carlos barbosa moreira, com razão, sustenta que não há incompatibilidade constitucional, pois que vedado seria que a lei reduzisse o âmbito da garantia constitucional. E remata que, *"apesar da diferença ontológica, se o remédio se presta à consecução de providência mais intensa (retificação de dados), é razoável admitir,* a fortiori, *que se preste à de providência* menos intensa *(simples anotação de*

explicações fornecidas pelo requerente, sem alteração dos assentamentos existentes)" ("O *Habeas Data* Brasileiro e sua Lei Regulamentadora", *in RDA* 211, 1998, p. 55; grifo do autor).

12.7. Procedimento

O rito do *habeas data* é realmente semelhante ao do mandado de segurança e, como a tutela de ambos consiste na proteção a direito líquido e certo, pode surgir alguma dúvida quanto à ação a ser proposta. O STJ indeferiu mandado de segurança em que se solicitava, por certidão, a identidade dos autores de denúncias contra o impetrante, ao argumento de que seria o *habeas data* a via idônea. O STF, entretanto, e a nosso ver acertadamente, reformou o julgado em nome do princípio da efetividade da Constituição, acentuando, ainda, que já se havia pacificado o entendimento de que o mandado de segurança se configurava também como remédio adequado à tutela dos direitos em questão.[2970]

A ação é gratuita; não há, pois, despesas processuais para o impetrante (art. 5º, LXXVII, CF, e art. 21 da Lei nº 9.507). A competência básica é sediada na Constituição Federal (ordinária nos arts. 102, I, "d", 105, I, "b", 108, I, "c", e 109, VIII, e recursal nos arts. 102, II, "a", 102, III, 105, III, e 108, II). A Lei nº 9.507 reproduz essa competência e a completa com a da Justiça Estadual (art. 20).

A petição inicial, em duas vias e com os respectivos documentos (inclusive o da recusa da entidade ao pedido extrajudicial do interessado), deve obedecer aos requisitos gerais dos arts. 282 e 283 do CPC. O juiz, despachando a inicial, deverá fixar prazo de 10 dias para que a entidade ré preste informações (art. 9º). Diferentemente do que ocorre com o mandado de segurança, e pela natureza diversa da pretensão do impetrante, seguida do silêncio da lei a respeito, não cabe pedido de concessão de medida liminar.

O Ministério Público intervém obrigatoriamente como *custos legis,* manifestando-se logo após a prestação de informações ou o término do prazo *in albis* (art. 12). A seguir, os autos são conclusos para sentença.

12.8. Decisão e Recursos

Reconhecido o direito do impetrante, com a procedência do pedido, a decisão *ordenará* à entidade ré que preste a informação, providencie a correção ou anote a

explicação ou contestação, designando dia e hora para tanto (art. 13). Na teoria processual clássica, a decisão tem caráter condenatório, porque a ré é condenada à obrigação de fazer. Para os que a aceitam, é possível caracterizar a decisão também como mandamental, visto que o juiz expede uma ordem a ser cumprida pelo réu. Denegada a concessão do *habeas data,* a decisão estará reconhecendo que o impetrante não tinha o direito à informação ou à correção, como havia requerido. Nesse caso, a decisão tem conteúdo declaratório negativo.

O recurso cabível é o de apelação, seja a sentença concessiva ou denegatória (art. 15). Se for concessiva, o recurso terá efeito somente devolutivo. À semelhança do que já ocorre nas Leis nºs 12.016/2009 (relativa ao mandado de segurança), 7.347/85 (reguladora da ação civil pública) e 8.437/92 (suspensão de liminares contra atos do Poder Público), a Lei nº 9.507 também previu a hipótese, quando o *habeas data* é concedido, de o réu postular ao Presidente do Tribunal, competente para apreciar os recursos, a suspensão da execução da sentença. Em caso de deferimento do pedido, cabe agravo contra essa decisão (art. 16). Observe-se, contudo, que naqueles casos o legislador só legitimou esse requerimento recursal quando houvesse grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A Lei nº 9.507, porém, silenciou a respeito desses pressupostos. Ainda assim, é de entender-se, em interpretação sistemática, que são eles necessários para a decisão do Presidente do Tribunal. No mesmo sentido, josé carlos barbosa moreira (ob. cit.).

A sentença que decidir a ação com resolução do mérito fará coisa julgada material. Se extinguir o processo sem julgar o mérito, poderá o interessado renovar o pedido, impetrando novo *habeas data* com idênticos pedido e fundamento (art. 18). É o princípio da renovabilidade da ação, de resto adotado também no mandado de segurança (art. 6º, § 6º da Lei nº 12.016/2009).

13. Ação Civil Pública

13.1. Conceito e Fontes Normativas

Ação civil pública é o instrumento judicial adequado à proteção dos interesses coletivos e difusos.

Sua natureza jurídica é a de *ação*, de rito *especial* e preordenado à tutela específica. Por outro lado, ao contrário do que ocorre com as ações já estudadas, não se trata de meio específico e exclusivo de controle da Administração, já que

pode ser intentada contra qualquer pessoa pública ou privada. Entretanto, pela peculiaridade dos bens tutelados é conveniente deixar assentados os seus contornos principais.

A Constituição Federal prevê a ação civil pública no art. 129, III, quando, entre as funções atribuídas ao Ministério Público, menciona 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"*. O inquérito civil a que se refere o dispositivo é o procedimento administrativo a cargo do Ministério Público que se configura como preparatório da ação civil pública, ensejando a colheita de elementos para sua propositura, à semelhança do que ocorre com o inquérito policial, também preparatório da ação penal.[2971]

O diploma básico que contém a disciplina da ação é a Lei nº 7.347, de 24/7/1985, que sofreu algumas alterações posteriores.[2972] A referida lei, embora nascida sob a égide da Carta anterior, foi recepcionada pela vigente Constituição, que, inclusive, passou a referir-se expressamente à ação civil pública, fato que não ocorria anteriormente.

13.2. Bens Tutelados

A Constituição deu expressa destinação à ação civil pública: a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos e difusos. Nota-se, de plano, que a relação contida no dispositivo é meramente exemplificativa, devendo-se emprestar a interpretação de que o objetivo é a tutela dos interesses difusos e coletivos, dentre os quais estão os relativos ao patrimônio público e social e ao meio ambiente.

A Lei nº 7.347/85 menciona como bens tutelados o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a proteção contra infrações à ordem econômica e à economia popular, bem como à ordem urbanística, e também fez referência a qualquer outro interesse coletivo ou difuso.[2973] Mais recentemente, foi também incluída a ordem urbanística como objeto de tutela pela ação.[2974] De todo o quadro regulador da matéria, pode concluir-se que a ação visa a tutelar os interesses coletivos e difusos, entre eles os relativos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor etc. Há, aliás, vários diplomas legais que tratam

especificamente desses interesses.[2975]

A expressão *interesses difusos e coletivos* assumia anteriormente noção eminentemente doutrinária. Como a Constituição a eles se referiu, era preciso demarcar com maior precisão o sentido de tais interesses. Fê-lo o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), definindo os interesses ou direitos difusos como *"os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"*, e os interesses ou direitos coletivos como *"os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"*.[2976]

Além desses interesses, o Código do Consumidor também definiu uma terceira categoria de direitos – os interesses ou direitos individuais homogêneos – definidos na lei como aqueles que decorrem de origem comum. Esses direitos são marcadamente individuais, e o aspecto de grupo a eles relativo diz respeito apenas a uma associação de interesses com vistas a um mesmo fim. Não têm, portanto, o caráter transindividual dos interesses coletivos e difusos, nos quais o relevante é o agrupamento em si, e não os indivíduos que o compõem.[2977]

É oportuno lembrar, por último, que a ação popular também objetiva a tutela de alguns dos interesses difusos e coletivos, como, por exemplo, o meio ambiente e o patrimônio público. Por isso, em alguns casos será possível a utilização da ação popular ou da ação civil pública para postular a tutela da mesma espécie de bens jurídicos.[2978]

Quanto à tutela dos *interesses individuais homogêneos*, tem havido alguma oscilação nos Tribunais a respeito da viabilidade, ou não, de serem objeto de ação civil pública. Como já tivemos a oportunidade de assinalar em obra que escrevemos a respeito, o art. 129, III, da CF e a Lei 7.347/85 só se referiram a direitos coletivos ou difusos, mas não aos individuais homogêneos, que formam uma terceira categoria. A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) prevê a *defesa coletiva* para tais direitos, mas não esclarece se se trata de categoria específica de ação ou se é a mesma ação civil pública. Em que pese a confusão que se formou a respeito, parece-nos melhor considerar a ação civil pública como via idônea para a tutela de direitos individuais homogêneos, desde que a defesa seja efetivamente coletiva, vale dizer, abranja grupo com significativo número de integrantes.[2979]

Assinale-se, contudo, que a lei considera incabível a ação para formular

pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS e outros fundos institucionais cujos beneficiários possam ser individualmente determinados. [2980] Nessas matérias, o autor carece da ação por falta de interesse de agir. Apesar disso, há entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando à revisão de benefícios previdenciários.[2981] Ousamos divergir dessa linha de pensamento: a uma, porque os interesses sob tutela não são indisponíveis e a duas, porque a lei é transparente no que toca à impossibilidade jurídica de pedido dessa natureza.

A despeito da relevância da tutela dos interesses transindividuais no sistema jurídico atual, não pode a ação civil pública espelhar mecanismo para a formulação de pretensões visando à ingerência em políticas públicas a cargo da Administração. De um lado, o Judiciário não pode executar funções conferidas aos órgãos administrativos e, de outro, a gestão dos interesses públicos, a fixação de prioridades, a execução dos orçamentos e outras atividades correlatas são da competência privativa da Administração. É preciso, pois, conter eventuais abusos na utilização da ação civil pública, sob pena de seu descrédito e enfraquecimento.

O STJ, por exemplo, rejeitou pretensão do Ministério Público – decisão irreparável, a nosso ver – no sentido de Município ser obrigado a instalar abrigos para crianças e adolescentes. Disse o eminente Relator que a "*municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir*".[2982] Pretensões dessa natureza não são cabíveis no âmbito da ação civil pública.

13.3. Espécies de Tutela

A lei admite dois tipos de tutela dos interesses coletivos e difusos: a *tutela repressiva* e a *tutela preventiva.* A primeira ocorre quando o agente já consumou a conduta ofensiva aos citados interesses. Nesse caso, a ação terá a finalidade de obter a providência judicial que imponha ao agente que não mais se conduza dessa forma e que, se for caso, seja obrigado a reparar o dano causado.

A tutela preventiva é a que pretende evitar a consumação do dano aos interesses transindividuais. Há dois mecanismos preventivos previstos na lei reguladora. O primeiro se dá através de ação cautelar (art. 4º) e o segundo através do que a lei denominou de *"mandado liminar"* (art. 12). Por isso, deixamos

consignado em obra que escrevemos a respeito que *"a lei, todavia, além de admitir, no art. 4º, a concessão de medida liminar dentro da ação cautelar, o que é corolário natural desse tipo de processo, admitiu-a também quando requerida na ação principal, como se vê no texto do art. 12"*.[2983]

O que é importante acentuar é a própria existência da tutela preventiva. Desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris,* poderá o juiz conceder a medida liminar para evitar a consumação do dano ao meio ambiente, aos consumidores, ao patrimônio público, à criança e ao adolescente, aos deficientes etc. E essa medida liminar, como visto, tanto pode ser condedida em ação cautelar específica e preparatória da ação principal ou na própria ação civil pública principal.

13.4. Partes

A legitimidade ativa para a causa não é genérica, como é a regra para as ações em geral. Segundo o art. 5º da Lei nº 7.347/85, podem ajuizar a ação:

a) o Ministério Público;[2984]
b) as pessoas de direito público (pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas);
c) as pessoas da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais de direito privado); e
d) as associações constituídas há no mínimo um ano e que sejam preordenadas, institucionalmente, à proteção dos respectivos interesses difusos e coletivos (como, por exemplo, uma associação de proteção ao meio ambiente ou de proteção a determinada área de preservação ambiental).
e) a Defensoria Pública.

No que concerne ao Ministério Público, se é pacífica a sua legitimidade ativa para a tutela dos interesses transindividuais, incontornáveis divergências são suscitadas a respeito dos interesses individuais homogêneos, parecendo dominar o entendimento de que, nos termos do art. 127, *caput,* da CF, a proteção só pode alcançar tais interesses quando *indisponíveis.*[2985]

A Defensoria Pública passou a constar no art. 5º, II, da Lei 7.347/85, por

força da Lei nº 11.448, de 15.01.2007, integrando, portanto, o rol dos legitimados ativos. Semelhante legitimidade, entretanto, tem que ser interpretada em consonância com os arts. 134 e 5º, LXXIV, da CF, segundo os quais a função institucional da Defensoria Pública é de orientação jurídica e defesa dos *necessitados*. Consequentemente, sem o pressuposto da *necessidade social* não pode haver a legitimidade daquela digna Instituição. Tal *necessidade* impõe, obviamente, que as pessoas merecedoras de tutela sejam identificadas ou, ao menos, identificáveis, e isso para que se possa aferir a observância do pressuposto constitucional. Decorre daí, pois, revelar-se inviável a legitimidade quando se tratar de *interesses difusos*, em relação aos quais inexiste possibilidade de identificação dos integrantes do grupo social sob proteção; como se sabe, tem caráter episódico e eventual a relação fática que vincula os integrantes do grupo entre si. Desse modo, o novo dispositivo exige *interpretação conforme a Constituição*, em ordem a só considerar-se constitucional a *legitimatio ad causam* da Defensoria dentro dos seguintes parâmetros: 1º) a tutela deverá adstringir-se a *interesses coletivos* ou *individuais homogêneos* (porque só neles são, respectivamente, identificáveis e identificados os componentes do grupo); 2º) os grupos sociais sob tutela deverão caracterizar-se como *necessitados*, como o impõe a Constituição.[2986] Não nos parece correta, por tal motivo, a legitimação genérica da Defensoria, sem considerar o pressuposto constitucional da *necessidade*.[2987]

No pólo passivo, não há qualquer especificidade. Quem quer que se conduza de forma ofensiva a tais interesses, seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada, será o demandado na ação civil pública. A legitimação passiva, por conseguinte, é daquele cuja conduta vulnerar os interesses sob tutela.[2988]

13.5. Sentença e Coisa Julgada

A sentença, na ação civil pública, dependerá da natureza do pedido formulado na ação, que pode variar conforme o caso.

Dita o art. 3º da Lei nº 7.347/85 que *"a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"*. No primeiro caso, se procedente a ação, a sentença terá conteúdo *condenatório pecuniário*, já que o réu será condenado a pagar em dinheiro a indenização pelos danos causados por sua conduta ofensiva. No segundo, a sentença terá natureza *condenatória mandamental* (ou simplesmente mandamental), pois que caberá ao réu cumprir obrigação de fazer ou

não fazer determinada pelo juiz. No caso de improcedência, a sentença terá natureza *declaratória negativa*, já que estará declarando que o réu não vulnerou os interesses transindividuais sob tutela.[2989]

A Lei nº 7.347/85 só previu essas duas formas de tutela. Todavia, a Lei nº 8.078/90 (o Código do Consumidor) passou a admitir hipóteses em que o pedido é o de anulação de atos ou de cláusulas contratuais.[2990] A Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), a seu turno, também admite a ação civil pública para invalidação de atos.[2991] Em tais casos, a sentença que acolher a pretensão terá a natureza *constitutiva (*ou *desconstitutiva)*, já que extinguirá relação jurídica anteriormente formada. Se improcedente a decisão, a sentença também será *declaratória negativa.*

Em relação à coisa julgada, repetimos aqui o que dissemos a respeito da ação popular, cujo art. 18 serviu de modelo para o art. 16 da Lei nº 7.347/85. Em termos idênticos, reza o dispositivo que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes,* salvo no caso em que a ação for julgada improcedente por deficiência da prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar nova ação com o mesmo fundamento, socorrendo-se de nova prova.[2992]

A regra será a produção da coisa julgada *erga omnes*. Será, todavia, *inter partes* quando a prova for deficiente, e nesse caso poderá ser ajuizada nova ação para o mesmo fim, recorrendo o autor à nova prova. Mais uma vez o legislador, por questão de política legislativa, preocupou-se em não deixar que o trânsito em julgado da decisão improcedente, por questão de prova, deixasse sem proteção, para o futuro, os interesses coletivos e difusos. Fixando esse efeito limitado, o legislador permite que tais interesses sejam defendidos em ação idêntica, na qual outra (e melhor) prova possa ser produzida para demonstrar a violação por parte do réu. Vigora aqui, mais uma vez, o princípio da renovabilidade da ação, calcado na relevância que merecem os interesses sob tutela.[2993]

14. Ação de Improbidade Administrativa

14.1. Conceito e Fontes Normativas

Ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções

legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade.

A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de *probidade* e de *moralidade*, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade.[2994] Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais.[2995] Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º).[2996] Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas;[2997] de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade.

Não é propósito desta obra o aprofundamento do processo histórico-normativo da tutela da moralidade. Entretanto, à guisa de mero subsídio, vale anotar que foi a Constituição de 1946 (art. 141, § 31), que primeiramente tratou do tema com a fisionomia jurídica adotada na Carta vigente. Secundou-a a Constituição de 1967 (art. 150, § 11), depois modificada pela E.C. nº 1/69 (art. 153, § 11). No plano infraconstitucional, alguns diplomas deram tímido ou incompleto tratamento à matéria, mas, de uma forma ou de outra, aludiam ao sequestro e perdimento de bens de autores de condutas lesivas ao patrimônio do Estado ou geradoras de enriquecimento ilícito.[2998]

Atualmente, é o *art. 37, § 4º, da Constituição*, a fonte normativa principal sobre a matéria. Segundo o dispositivo, os atos de improbidade administrativa provocam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. Trata-se, sem dúvida, de sanções severas e necessárias à tutela jurídica alvejada (embora, lamentavelmente, nem sempre aplicadas). Há, ainda, outros mandamentos dotados

de conteúdo correlato, como, por exemplo, o art. 37, *caput* (que inclui a moralidade como princípio); o art. 37, § 5º (prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário); e o art. 85, V (crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na Administração).

O diploma regulador da improbidade administrativa é a *Lei nº 8.429, de 02.06.92 (LIA)*, cuja estrutura se compõe de cinco pontos principais: 1º) o sujeito passivo; 2º) o sujeito ativo; 3º) a tipologia da improbidade; 4º) as sanções; 5º) os procedimentos administrativo e judicial. Além da referida lei, outros diplomas se destinam à proteção de diversos valores na Administração Pública e preveem medidas e sanções com o intuito de protegê-los.[2999]

Examinaremos, a seguir, de modo conciso, como convém a esta obra, os aspectos principais da citada lei (sem a pretensão de esgotá-los), procurando indicar algumas das controvérsias arguidas pelos estudiosos.

14.2. A Questão da Competência

O art. 37, § 4º, da CF, ao tratar das sanções decorrentes de improbidade, mencionou *"na forma e gradação previstas em lei"*. Tem-se, por isso, suscitado questão a respeito da natureza dessa lei – no caso da Lei nº 8.429/92 – e da competência constitucional para promulgá-la.

Para enfrentar a questão da melhor forma possível, cumpre considerar que a Lei nº 8.429/92 disciplinou aspectos jurídicos de diversa fisionomia, exigindo do intérprete a observância do princípio da adequação quanto ao âmbito de incidência do referido diploma. O ponto nuclear da questão consiste em identificar a matéria como legislativa ou administrativa, e isso porque esta é objeto de regulação pelo próprio ente federativo em virtude de sua autonomia. Importa, ainda, verificar se a competência legislativa é privativa ou concorrente.

Conquanto as sanções da Lei de Improbidade (art. 12) não tenham natureza penal (a Constituição fez a ressalva: *"sem prejuízo da ação penal cabível"*), são elas de natureza política (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos, perda de função pública). Em relação à primeira, a matéria é de direito eleitoral, tendo, pois, a União competência privativa (art. 22, I, CF). A indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário configuram-se como matéria de direito civil, matéria para a qual a União também

tem competência privativa (art. 22, I, CF). A perda da função pública, a seu turno, não revela mera sanção administrativa, (a demissão, tal como prevista nos Estatutos Funcionais), mas, ao contrário, é sanção autônoma com forte conteúdo político-penal, o que mantém a mesma competência federal prevista nos já citados mandamentos. Trata-se, pois, nesses aspectos, de *lei nacional*, e não de lei federal (esta quando destinada somente à União como ente federativo).

Em face da correlação material, idêntica competência se estende à definição dos sujeitos ativo e passivo (arts. 1º, 2º e 3º), à tipologia de improbidade (arts. 9º, 10 e 11), à previsão de tipo penal (art. 19) e à fixação de prescrição de ação judicial (art. 23). A disciplina processual, prevista nos arts. 16 a 18, da mesma forma que as anteriores, é da competência privativa da União (art. 22, I, CF). É possível admitir a competência de Estados e Distrito Federal para legislarem suplementarmente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, CF), mas, ao fazê-lo, devem observar as normas gerais expedidas pela União (art. 24, § 2º, CF).

A Lei nº 8.429/92, entretanto, dispõe, em alguns momentos, sobre matéria administrativa. Nesses pontos, será ela *lei federal*, aquela cujas normas se direcionam apenas à própria União. Em consequência, terão os demais entes federativos suas próprias competências para regular a matéria (*competência concorrente*). É o que ocorre com o art. 13, que exige declaração de bens e valores antes da posse dos servidores, e os respectivos parágrafos.[3000] O mesmo se diga em relação ao art. 14, § 3º, que, obrigando à apuração dos fatos, alude, inclusive, à Lei nº 8.112/90, que é o estatuto dos servidores federais; as providências, portanto, competem a Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme a origem do servidor. O afastamento cautelar do agente, quando necessário à instrução processual (art. 20, parág. único), é providência eminentemente administrativa, razão por que aqui também deverá respeitar-se a autonomia dos demais entes federativos. Por fim, o art. 14 prevê o direito de representação à autoridade competente para apurar a prática de ato de improbidade. Esse dispositivo é ocioso, pois que repete o que se contém no art. 5º, XXXIV, "a", da CF (o direito de representação se insere no direito de petição); desse modo, não há como deixar de reconhecer que, para editar norma de repetição, a competência das pessoas políticas é concorrente.[3001]

14.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a pessoa jurídica que a lei indica como vítima do ato de improbidade administrativa. A despeito do adjetivo *"administrativa"*, nem sempre o sujeito passivo se qualifica como pessoa eminentemente administrativa. A lei, portanto, ampliou a noção, em ordem a alcançar também algumas entidades que, sem integrarem a Administração, guardam algum tipo de conexão com ela.

O art. 1º da Lei nº 8.429/92 enumera os *sujeitos passivos principais*, podendo estes ser divididos em três grupos (embora nele se mencionem quatro grupos): 1º) pessoas da administração direta: são as entidades componentes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; 2º) pessoas da administração indireta: autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista;[3002] 3º) pessoa para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído (criação) ou contribua (custeio) com *mais de cinquenta por cento* do patrimônio ou da receita anual.[3003] As pessoas de cooperação governamental (serviços sociais autônomos) são destinatárias de contribuições parafiscais instituídas por lei.

O dispositivo alude, ainda, a *"empresa incorporada ao patrimônio público"*, mas tal alusão revela grave equívoco do legislador. Na verdade, se a empresa (*rectius*: a pessoa jurídica) já foi incorporada, o efeito evidente é o seu desaparecimento do mundo jurídico. Se a incorporação se deu a uma pessoa de direito público, só esta sobrevive e, sendo assim, se enquadra no primeiro ou no segundo grupo (neste caso, autarquias e fundações); se ela se deu a pessoa de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), o patrimônio incorporado caracteriza-se como privado e só em interpretação extensiva poderia ser considerado público (como o faz o art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular), de modo que o patrimônio afetado será daquelas mesmas entidades, já inseridas, aliás, no segundo grupo.[3004] Seja qual for a pessoa incorporadora, o certo é que a "empresa incorporada" desaparece como pessoa jurídica e seu acervo passa a integrar o da pessoa incorporadora.[3005]

No parágrafo único do art. 1º, a lei aponta os *sujeitos passivos secundários*, divididos em dois grupos: 1º) entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; 2º) entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *menos de cinquenta por cento* do patrimônio ou da receita anual. O núcleo diferencial desse grupo reside em que a tutela incide apenas sobre seu patrimônio *e a sanção patrimonial se limita exclusivamente*

à repercussão do ilícito sobre a parcela oriunda do erário.[3006] Consequentemente, se o prejuízo exceder a tal limite, caberá à entidade pleitear o ressarcimento por outra via, que não pela ação de improbidade. Além disso, se o ato não se relacionar com o patrimônio, o agente não estará sujeito às sanções da Lei nº 8.429/92, mas sim àquelas previstas na lei reguladora adequada. Como a lei se referiu à *"sanção patrimonial"*, as demais sanções do art. 12 serão aplicáveis normalmente conforme a natureza do autor e a extensão dos efeitos do ato.[3007]

Neste passo, cabe atentar para uma impropriedade da lei. O art. 1º, *caput*, refere-se à hipótese em que o erário haja concorrido ou concorra com *mais de cinquenta por cento* do patrimônio ou da receita anual, ao passo que o parágrafo único do mesmo artigo alude ao auxílio público com *menos de cinquenta por cento*. *Quid juris* se o Poder Público concorrer com *cinquenta por cento*, percentual esse não mencionado em nenhum dos dispositivos? Parece-nos que a interpretação deve considerar a maior ou menor gravidade das situações previstas na lei. Os efeitos decorrentes da aplicação do art. 1º, *caput*, são mais gravosos para as pessoas que nele estiverem enquadradas; como o texto fala em *"mais de cinquenta por cento"*, não podem nele enquadrar-se as entidades que percebam auxílio de exatos *cinquenta por cento*. Destarte, se o auxílio alcançar esse percentual, deverá considerar-se que a pessoa está sob incidência do art. 1º, parágrafo único, a despeito da expressão "*menos de cinquenta por cento"*, e tal conclusão decorre do fato de que são menores os gravames desse dispositivo quando em confronto com os do *caput* do mesmo artigo.

As pessoas de cooperação governamental (serviços sociais autônomos) são destinatárias de contribuições parafiscais instituídas por lei. Nada obstante seja forma de contribuição indireta (mas relevante e fundamental, porque tais contribuições têm suporte em lei e natureza compulsória), podem referidas entidades ser sujeitos passivos de conduta de improbidade, visto que praticamente todo o seu custeio é coberto pelo montante arrecadado com as ditas contribuições. Enquadram-se, por conseguinte, no art. 1º, *caput*, da Lei de Improbidade.[3008]

Organizações não governamentais e as demais entidades do terceiro setor com regulação própria – as organizações sociais (Lei nº 9.637/98) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/99) – poderão, ou não, ser sujeitos passivos de improbidade, dependendo de eventuais benefícios que lhes sejam dispensados pelo Poder Público. E, caso sejam destinatários de tais benefícios,

serão enquadrados no art. 1º, *caput*, ou no parágrafo único, conforme a extensão das vantagens.

14.4. Sujeito Ativo

Denomina-se de *sujeito ativo* aquele que pratica o ato de improbidade, concorre para sua prática ou dele extrai vantagens indevidas. É o autor ímprobo da conduta. Em alguns casos, não pratica o ato em si, mas oferece sua colaboração, ciente da desonestidade do comportamento. Em outros, obtém benefícios do ato de improbidade, muito embora sabedor de sua origem escusa.

No sistema adotado pela Lei de Improbidade, podem identificar-se dois grupos de sujeitos ativos: 1º) os agentes públicos; 2º) terceiros. Para melhor enfoque, cada um desses grupos será analisado separadamente a seguir.

AGENTES PÚBLICOS – A noção conceitual de *agentes públicos* é delineada no art. 2º da Lei nº 8.429/92. Diga-se, preliminarmente, que, como expressa o próprio dispositivo, a noção serve *"para os efeitos desta lei"*, o que significa que poderá não ser (e, de fato, não o é) adequada para enfoques diversos. De qualquer modo, é justo reconhecer que a fisionomia conceitual tem bastante amplitude, além de serem seus termos básicos os adotados, como regra, no estudo sobre os agentes do Estado.

Segundo o dispositivo, agente público é *"todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior"*.

De acordo com tal mandamento, com ampla carga de densidade, o fundamental é que o agente público integre qualquer das pessoas mencionadas no art. 1º e parágrafo único da lei. Observe-se, no entanto, que a noção comum de agente público é mais restrita, indicando aquele que mantenha *vínculo jurídico formal* com o Estado, como já tivemos a oportunidade de assinalar. Com esta última fisionomia, abrangem a categoria: 1º) os agentes políticos; 2º) os agentes colaboradores; 3º) os servidores públicos em geral.[3009] Sujeitam-se, portanto, à Lei de Improbidade os Chefes do Executivo, Ministros e Secretários; os integrantes das Casas legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os magistrados e membros do Ministério Público; os servidores públicos de qualquer regime

(estatutário, trabalhista e especial). No que concerne, porém, a agentes políticos, há ressalvas quanto à aplicação da Lei nº 8.429/92, como veremos adiante.

Ressalve-se, todavia, que empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como das entidades beneficiadas por auxílio ou subvenção estatal (estas mencionadas no art. 1º e seu parágrafo único), não se qualificam tecnicamente como agentes públicos, mas sim como empregados privados. Entretanto, para os fins da lei, serão considerados como tais, podendo, então, ser-lhe atribuída a autoria de condutas de improbidade, o que demonstra que a noção nela fixada tem extensão maior do que a adotada para os agentes do Estado em geral. Desse modo, um dirigente de entidade privada subvencionada pelo setor público pode ser sujeito ativo do ato de improbidade se praticar um dos atos relacionados na lei.[3010]

A responsabilização dos dirigentes das pessoas privadas, porém, inclusive das paraestatais, não deve ser indiscriminado, mas, ao contrário, dependerá da aferição de sua conduta, ou seja, do dolo como elemento subjetivo de sua ação, de sua contribuição efetiva para o resultado e, enfim, da comprovação de que agiu intencionalmente com improbidade.[3011]

Não se sujeitam à Lei de Improbidade os empregados e dirigentes de concessionários e permissionários de serviços públicos. A despeito de tais pessoas prestarem serviço público por delegação, não se enquadram no modelo da lei: as tarifas que auferem dos usuários são o preço pelo uso do serviço e resultam de contrato administrativo firmado com o concedente ou permitente. Desse modo, o Estado, como regra, não lhes destina benefícios, auxílios ou subvenções.[3012]

Desde já, porém, é oportuno consignar que, dada a grande variedade de agentes públicos e de seus regimes jurídicos, a Lei nº 8.429/92 não lhes é aplicável integralmente no que tange a algumas das sanções previstas no art. 12. Estas terão que ser interpretadas mediante a compatibilização de sua natureza com o *status* funcional do agente. Para evitar repetições inúteis, teceremos os devidos comentários mais adiante, no tópico referente às sanções.

Tem sido suscitada a questão sobre a legitimidade ou não de o agente público valer-se do corpo jurídico do órgão ou, não havendo este, contratar advogado para sua defesa às expensas do erário, no caso de ser acusado de ato de improbidade. Em nosso entender, é preciso distinguir, até porque frequentemente são

desfechadas acusações levianas ou por retaliação. Se o ato foi praticado pelo agente como representante do órgão público, é lícito que se socorra daquelas providências, porque sua defesa será a do próprio órgão estatal. É o caso, por exemplo, em que o agente é acusado de contratação com dispensa indevida de licitação (art. 10, VIII, Lei 8.429) ou do Promotor de Justiça acusado de violar princípio da legalidade ou imparcialidade (art. 11, *caput*). Se a improbidade decorrer de ato do agente em benefício próprio, não poderá provocar gastos ao erário, devendo então arcar com as despesas efetuadas com sua defesa.[3013] É o caso em que agente usa, em proveito próprio, bens e valores do acervo público (art. 9º, XII). Na verdade, não há como generalizar; cada fato deve ser examinado *per se*. Assim, evitam-se os extremos: nem o agente, de um lado, pode locupletar-se de valores públicos quando se trata de ato de benefício próprio, nem é justo, de outro, que, no exercício da função pública, esteja sempre sujeito aos riscos de acusações despidas de fundamento.[3014] Como se trata de assunto que a cada dia mais se expande, torna-se conveniente que o ente federativo o discipline minuciosamente através de lei própria, garantindo os acusados ou indiciados e o próprio Estado.[3015]

Em relação aos agentes públicos com atribuição consultiva, responsáveis pela elaboração de *pareceres*, indaga-se: são eles sujeitos ativos dos atos de improbidade? Conforme já averbamos anteriormente, pareceres são atos enunciativos, em cujo conteúdo se consigna apenas a opinião pessoal e técnica do parecerista, e ninguém desconhece que podem variar amplamente as soluções apontadas em tais opinamentos. Por tal motivo, o parecer por si só não contém, como regra, densidade para a produção de efeitos externos; ao contrário, depende sempre do *ato administrativo decisório*, ou seja, do ato final da autoridade a quem incumbe aprovar ou não o parecer, valendo observar que a aludida autoridade não está vinculada aos termos do opinamento. Depreende-se, por via de consequência, que, como regra, o agente parecerista não se qualifica como sujeito ativo de improbidade.[3016] Não obstante, se sua atuação for calcada em dolo, culpa intensa, erro grave ou inescusável, servindo como suporte para o ato final, será ela caracterizada como ato de improbidade; nesse caso, pode também a autoridade que aprova o parecer ser enquadrada como ímproba, se agir em conluio com o parecerista, ou não o ser, quando demonstrar que se limitou a chancelar opinião de nível técnico. As provas é que indicarão aqueles sobre os quais incidirá a responsabilidade funcional.

AGENTES POLÍTICOS – Questão que tem suscitado funda polêmica é a que diz respeito à responsabilidade dos *agentes políticos,* no que tange a atos de improbidade. Sem dúvida, a discussão sobre o tema revela-se de grande complexidade em virtude dos efeitos que o reconhecimento da improbidade pode produzir. Na verdade, a questão originou-se de ações de improbidade ajuizadas em face de Ministros de Estado, nas quais foi ventilada também a incompetência de juízos de primeiro grau.

Sobre a matéria, podem encontrar-se três entendimentos.

Pelo primeiro, entendem os que o perfilham que a ação de improbidade prevista na Lei nº 8.429/92 é independente das ações que apuram crimes comuns e crimes de responsabilidade (ou infrações político-administrativas), estes regulados pela Lei nº 1.079/50, sendo, portanto, admissível a concomitância das ações.[3017]

Um segundo entendimento exclui a admissibilidade da ação de improbidade quando o sujeito passivo é agente político. Argumenta-se com o fato de que tais agentes se sujeitam a regime próprio de responsabilidade, diverso do que incide sobre os demais agentes públicos, além de haver sanções na lei de improbidade que já têm previsão no Código Penal e na lei reguladora dos crimes de responsabilidade. Por outro lado, tem-se reconhecido que as sanções de improbidade, a despeito de caracterizadas como de natureza civil, são dotadas de "*forte conteúdo penal*", como já declarou autorizada doutrina.[3018] Desse modo, a sentença condenatória na ação de improbidade seria dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, fato que poderá provocar efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal.[3019] A conclusão é a de que estão excluídos da Lei nº 8.429/92 todos aqueles agentes aos quais a Constituição atribuiu expressamente a prática de crimes de responsabilidade, aplicando-se-lhes apenas a Lei nº 1.079/50.[3020] Em outras palavras, não se admitiria *"concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos".*[3021]

Nessa linha de entendimento, já se decidiu que é o STF, e não o juízo de 1º grau, que tem competência para processar e julgar ação de improbidade contra Ministro da própria Corte.[3022] Por outro lado, já se proclamou que a mesma ação promovida contra Governador de Estado é da competência do STJ, por

inevitável simetria com o art. 105, I, da CF.[3023] Em relação a prefeitos e vereadores, no entanto, por não serem contemplados na referida Lei nº 1.079/50, a jurisprudência os tem submetido ao foro de primeiro grau no caso da ação de improbidade.[3024]

Por fim, advoga-se o entendimento de que as Leis nºs 1.079/50 e 8.429/92 convivem harmoniosamente no sistema, sendo independentes as vias respectivas, mas será incabível formular na ação de improbidade pedido de aplicação de sanções de natureza política (perda do cargo, suspensão de direitos políticos), já que elas emanam naturalmente da ação penal de apuração de crime de responsabilidade. Em compensação, subsistiriam outras sanções sem tal natureza (como, v.g., multa civil, reparação de danos, proibição de benefícios creditícios ou fiscais etc). Tais sanções não decorreriam de crime de responsabilidade, regulado por lei especial, mas sim de conduta de improbidade sem caracterização delituosa. De fato, examinando-se o elenco de sanções contemplado no art. 12 da Lei nº 8.429/92, é possível vislumbrar a existência, lado a lado, de sanções político-administrativas e exclusivamente administrativas. Daí a distinção feita por alguns intérpretes e que, em nosso entender, melhor se harmoniza com o sistema atualmente em vigor e com o princípio da moralidade administrativa.[3025]

TERCEIROS – Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/92, *terceiros* são aqueles que, não se qualificando como agentes públicos, induzem ou concorrem para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiam direta ou indiretamente. O terceiro somente recebe o influxo da Lei de Improbidade se estiver de algum modo vinculado ao agente; sem vinculação com este, sujeitar-se-á a sanções previstas na respectiva lei de incidência. Significa dizer, por via de consequência, que o terceiro jamais poderá figurar sozinho no pólo passivo da ação de improbidade, sendo exigível necessariamente a presença de um agente público na relação processual. [3026]

A conduta ímproba não é genericamente a de *prestar auxílio* ao agente, mas sim a de *induzir* ou *concorrer*. O sentido de *induzir* é o de instilar, plantar, incutir em outrem a ideia do ilícito (que antes não existia); *concorrer*, por sua vez, significa participar do ilícito, prestando auxílio material ao agente. Tendo-se referido apenas a tais condutas, não constitui ato de improbidade o fato de o terceiro *instigar* o

agente à prática do ilícito; *instigar*, como se sabe, tem o sentido de incentivar, fomentar, estimular o agente (que já se preordenara ao ilícito). Tratando-se de condutas suscetíveis de punição, não podem os termos que as expressam ser objeto de interpretação ampliativa.[3027]

O terceiro, quando beneficiário direto ou indireto do ato de improbidade, só pode ser responsabilizado por *ação dolosa*, ou seja, quando tiver ciência da origem ilícita da vantagem.[3028] Comportamento culposo não se compatibiliza com a percepção de vantagem indevida; muito menos a conduta sem culpa alguma.

De qualquer forma, o terceiro *jamais poderá ser pessoa jurídica.* As condutas de indução e colaboração para a improbidade são próprias de pessoas físicas. Quanto à obtenção de benefícios indevidos, em que pese a possibilidade de pessoa jurídica ser destinatária deles (como, por exemplo, no caso de certo bem público móvel ser desviado para seu patrimônio), terceiro será o dirigente ou responsável que eventualmente coonestar com o ato dilapidatório do agente público. Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização de pessoa jurídica.[3029] A propósito, já se decidiu, a nosso ver corretamente, que empresas beneficiárias de ato de improbidade não devem figurar em litisconsórcio com o agente que o praticou; podem sujeitar-se à responsabilidade civil e ao dever de indenizar, mas não à responsabilidade pela conduta em si de improbidade.[3030]

14.5. Tipologia de improbidade

A Lei nº 8.429/92 agrupou os atos de improbidade em três categorias distintas, considerando os valores jurídicos afetados pela conduta e suscetíveis de tutela: 1ª) atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); 2ª) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10); 3ª) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), todavia, no art. 52, considerou como de improbidade certos atos ou omissões relativos à ordem urbanística, determinando a aplicação das normas da Lei nº 8.429/92. Com isso, criou uma quarta categoria.

Naquelas três primeiras categorias, o legislador optou por referir no *caput* dos dispositivos a *conduta genérica* configuradora da improbidade e nos diversos incisos as

condutas específicas, que nada mais são – diga-se a bem da verdade – do que situações jurídicas exemplificadoras da conduta genérica estabelecida no *caput*. Portanto, as condutas específicas constituem *relação meramente exemplificativa* (*numerus apertus*), de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo.[3031]

Quanto ao *elemento subjetivo* das condutas, antecipamos que algumas delas reclamam exclusivamente o dolo, ao passo que outras admitem a tipicidade também em virtude de culpa – tema de que nos ocuparemos adiante. Entretanto, é sempre indispensável a presença dos elementos subjetivos dolo ou culpa: sem eles ocorreria a responsabilidade objetiva, não admissível em nosso sistema jurídico. Desse modo, não se pode imputar conduta de improbidade a quem não tenha agido por mobilização dolosa ou culposa.[3032]

Vejamos, a seguir, os elementos principais que dão a configuração jurídica à tipologia de improbidade, levando em conta as categorias nas quais foram agrupadas.

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – Segundo o art. 9º, a conduta de improbidade gera enriquecimento ilícito quando o autor aufere *"qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º"* da lei. Essa é a conduta genérica, constando dos incisos I a XII as condutas específicas.

Constitui *objeto da tutela* o *enriquecimento legítimo*, justo e moral. Não há objeção a que o indivíduo se enriqueça, desde que o faça por meios lícitos. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, ou seja, aquele que ofende os princípios da moralidade e da probidade.

O *pressuposto exigível* do tipo é a percepção da vantagem patrimonial ilícita obtida pelo exercício da função pública em geral. *Pressuposto dispensável* é o dano ao erário. Significa que a conduta de improbidade no caso pode perfazer-se sem que haja lesão aos cofres públicos. É o que ocorre, por exemplo, quando servidor recebe propina de terceiro para conferir-lhe alguma vantagem.[3033]

O *elemento subjetivo* da conduta, embora omisso o dispositivo, restringe-se ao *dolo*; a culpa não se compadece com a fisionomia do tipo. Realmente, não se pode conceber que algum servidor receba vantagem indevida por imprudência, imperícia

e negligência. Por outro lado, o tipo não admite tentativa, como na esfera penal, seja quando *meramente formal* a conduta (ex.: aceitar emprego), seja quando *material* (recebimento da vantagem). Consequentemente, só haverá improbidade ante a consumação da conduta.

O *sujeito ativo*, em algumas situações, pode ser o agente público e o terceiro, cada um deles necessariamente numa face da conduta e animados do mesmo propósito de ilicitude (coautoria). É o que ocorre na corrupção, em que o terceiro oferece a vantagem (corruptor) e o agente a recebe para si (corrupto). Noutras situações, contudo, pode ser sujeito ativo apenas o agente, quando, por exemplo, adquire bens cujo valor se afigura desproporcional à sua renda.[3034]

Quanto à *natureza* do tipo, tratar-se-á sempre de conduta *comissiva*. De fato, a conduta genérica do *caput* e as específicas dos incisos não comportam condutas omissivas. Ninguém pode ser omisso para receber vantagem indevida, aceitar emprego ou comissão ou utilizar em seu favor utensílio pertencente ao patrimônio público.

DANOS AO ERÁRIO – Os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário estão previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92. Representam eles *"qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º"* da mesma lei. Além da conduta genérica do *caput*, a lei relaciona as condutas específicas nos incisos I a XV. [3035]

Numa interpretação sistemática da lei, deve considerar-se que o termo *"erário"*, constante da tipologia do art. 10, não foi usado em seu sentido estrito, ou *sentido objetivo* – o montante de recursos financeiros de uma pessoa pública (o tesouro). [3036] O sentido adotado foi o *subjetivo*, em ordem a indicar as *pessoas jurídicas* aludidas no art. 1º. Anote-se, ainda, que o sentido de *patrimônio* na expressão *perda patrimonial* tem ampla densidade, a mesma que provém da expressão *patrimônio público*.[3037] Vai, portanto, muito além do patrimônio econômico-financeiro, embora se reconheça que este é o mais usualmente passível de violações.

A *perda patrimonial* consiste em qualquer lesão que afete o patrimônio, este em seu sentido amplo. *Desvio* indica direcionamento indevido de bens ou haveres; *apropriação* é a transferência indevida da propriedade; *malbaratamento* significa

desperdiçar, dissipar, vender com prejuízo; e *dilapidação* equivale a destruição, estrago. Na verdade, estas quatro últimas ações são exemplos de meios que conduzem à perda patrimonial; esta é o gênero, do qual aquelas são espécies.

O *objeto da tutela* reside na preservação do patrimônio público. Não somente é de proteger-se o erário em si, com suas dotações e recursos, como outros bens e valores jurídicos de que se compõe o patrimônio público. Esse é o intuito da lei no que toca a tal aspecto.

Pressuposto exigível é a ocorrência do dano ao patrimônio das pessoas referidas no art. 1º da lei. Nesta há a menção a *prejuízo* ao erário, termo que transmite o sentido de perda patrimonial em sentido estrito, mas a ideia é mais ampla, significando *dano*, indicativo de qualquer tipo de lesão. Sendo o dano pressuposto exigível, não vislumbramos qualquer impropriedade nos incisos acrescentados pela Lei nº 11.107/2005, que regula os consórcios – o XIV ("*celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas em lei*") e o XV (*"celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas em lei"*): somente se caracterizará o ato de improbidade nessas condutas se houver dano ao erário; se não houver, incidirá, conforme o caso, o art. 11, que trata da violação de princípios.[3038]

Pressuposto dispensável é a ocorrência de enriquecimento ilícito. A conduta pode provocar dano ao erário sem que alguém se locuplete indevidamente. É o caso em que o agente público realiza operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares (art. 10, inc. VI).

O *elemento subjetivo* é o *dolo ou culpa*, como consta do *caput* do dispositivo. Neste ponto o legislador adotou critério diverso em relação ao enriquecimento ilícito. É verdade que há autores que excluem a culpa, chegando mesmo a considerar inconstitucional tal referência no mandamento legal.[3039] Não lhes assiste razão, entretanto. O legislador teve realmente o desiderato de punir condutas culposas de agentes, que causem danos ao erário. Aliás, para não deixar dúvida, referiu-se ao dolo e à culpa também no art. 5º, que, da mesma forma, dispõe sobre prejuízos ao erário. Em nosso entender, não colhe o argumento de que a conduta culposa não tem gravidade suficiente para propiciar a aplicação de penalidade. Com toda a certeza, há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm

maior densidade que algumas condutas dolosas. Além disso, o princípio da proporcionalidade permite a perfeita adequação da sanção à maior ou menor gravidade do ato de improbidade.[3040] O que se exige, isto sim, é que haja comprovada demonstração do elemento subjetivo e também do dano causado ao erário.[3041] Tanto quanto na improbidade que importa em enriquecimento ilícito, não há ensejo para a tentativa.

No que tange ao *sujeito ativo*, repetimos o comentário já feito anteriormente a propósito do enriquecimento ilícito: tanto pode a improbidade ser cometida apenas pelo agente público (quando, p. ex., age negligentemente na arrecadação de tributo, como previsto no art. 10, X), quanto pelo agente em coautoria com o terceiro (como ocorre quando o agente indevidamente faz doação de bem público a terceiro, nos termos do art. 10, III).

A *natureza* dos tipos admite condutas *comissivas* e *omissivas*, o que nesse aspecto se diferencia dos atos que importam enriquecimento ilícito, só perpetrados, como vimos, por atos comissivos. Se o agente concorre para que bem público seja incorporado ao patrimônio de pessoa privada (art. 10, I), sua conduta é comissiva; quando permite a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento (art. 10, IX), sua conduta é normalmente omissiva.

VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS – Diz o art. 11 da Lei nº 8.429/92 que se configura como ato de improbidade administrativa *"que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições"*. Essa é a conduta genérica; os incisos I a VII relacionam as condutas específicas.

Na análise do dispositivo, merece destaque o fato de a ofensa a princípios caracterizar-se como ato de improbidade administrativa, com o que se refugiu à clássica noção de que somente o enriquecimento ilícito e os atos danosos ao erário seriam idôneos para caracterizá-la.[3042]

Outro comentário que se faz necessário é o de que bem maior deve ser a prudência do aplicador da lei à ocasião em que for enquadrada a conduta como de improbidade e também quando tiver que ser aplicada a penalidade. Mais do que nunca aqui será inevitável o recurso aos princípios da razoabilidade, para aferir-se a real gravidade do comportamento, e da proporcionalidade, a fim de proceder-se à

dosimetria punitiva. Fora de semelhantes parâmetros, a atuação da autoridade refletirá abuso de poder.

O texto referiu-se aos deveres de *honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*, mas tal relação é nitidamente aleatória. Na verdade, o legislador disse menos do que queria. O intuito é o da preservação dos princípios gerais da administração pública, como consta do título da seção III. A honestidade e a lealdade às instituições são associadas à moralidade e à probidade; a imparcialidade tem elo com a impessoalidade; e a legalidade já preexiste por si própria. Não houve na conduta genérica a referência à *publicidade*, mas a conduta específica prevista no inciso IV (*"negar publicidade aos atos oficiais"*) a contempla.

No dispositivo em foco, constitui *objeto da tutela* a observância dos princípios constitucionais. Com a positivação dos princípios, criaram-se tipos legais conformadores de improbidade administrativa. Assim, a violação de princípio configura-se fatalmente como violação do princípio da legalidade.

O *pressuposto exigível* é somente a vulneração em si dos princípios administrativos. Consequentemente, são *pressupostos dispensáveis* o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. A improbidade, portanto, cometida com base no art. 11 pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no art. 1º nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É o caso em que o agente retarda a prática de ato de ofício (art. 11, II). Não obstante, essa improbidade pode caracterizar-se como gravíssima, permitindo até mesmo a aplicação das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos.[3043]

O *elemento subjetivo* é exclusivamente o *dolo*; não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia.[3044] Poderá, é óbvio, constituir infração funcional e gerar a aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência, mas de improbidade não se cuidará.[3045]

Quanto ao *sujeito ativo*, a regra é que somente o agente público assim se qualifique. O terceiro somente será coautor se induzir ou concorrer para a improbidade praticada pelo agente, ou locupletar-se da prática do ato. Para exemplificar, é concebível que terceiro, representante de empresa, induza o agente a frustrar a licitude de concurso público (art. 11, inc. V); se o fizer, será autor de ato

de improbidade (art. 3º).

Finalmente, a *natureza* dos tipos implica *condutas comissivas* e *omissivas*. Como exemplo das primeiras, cite-se a revelação pelo agente de fato de que tenha ciência em virtude de sua competência administrativa (art. 11, III); já omissiva é a conduta em que o agente *"deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício"* (art. 11, II).

ORDEM URBANÍSTICA – O art. 52 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade), estabeleceu que, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429/92 em várias situações em que desrespeita obrigações impostas pelo referido Estatuto.

Ao contrário, porém, do sistema adotado na Lei de Improbidade, o Estatuto da Cidade relacionou apenas condutas específicas na tipologia de improbidade, todas contempladas nos incisos II a VIII do art. 52 (o inc. I foi vetado). Assim, apenas para exemplificar, o Prefeito sujeitar-se-á à Lei nº 8.429/92 quando não providencia, em cinco anos, o aproveitamento de imóvel objeto de desapropriação urbanística sancionatória (inc. II), ou quando aplica indevidamente recursos obtidos com outorga onerosa do direito de construir ou alteração de uso do solo (inc. IV). Enfim, todos os tipos guardam correlação com a política de desenvolvimento urbano do Município.

Nas hipóteses do Estatuto, o *objeto da tutela* é a ordem urbanística do Município, ou, se assim se preferir, a observância das diretrizes gerais de política urbana definidas no plano diretor do ente municipal.

O *pressuposto exigível* é a conduta expressamente definida no tipo. Diga-se, a propósito, que no rol do Estatuto há menor grau de generalidade (ou maior precisão) na definição dos comportamentos de improbidade do que nos tipos previstos na Lei nº 8.429/92. *Pressupostos dispensáveis* são o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. Mas é certo que as condutas mencionadas no Estatuto sempre serão ofensivas a algum princípio administrativo, no mínimo o da legalidade, já que se trata de obrigações legais não cumpridas pelo Prefeito. Tal ofensa, pois, é pressuposto exigível por consequência.

O *elemento subjetivo* é o *dolo*, e aqui se integram os mesmos fundamentos já alinhados nas hipóteses anteriores.

A figura do *sujeito ativo* resume-se, pelo Estatuto, ao Prefeito. Aqui, entretanto, se impõe observar que a conduta do Prefeito pode enquadrar-se diretamente na Lei nº 8.429/92, se, por exemplo, perceber vantagem indevida para a prática dos atos previstos no Estatuto. Por outro lado, outros agentes, embora não possam ser sujeitos ativos das condutas previstas no Estatuto, poderão sê-lo em relação à Lei de Improbidade, como é o caso, por exemplo, em que Secretário aceita doação indevida de bem móvel para obstar ao processo de elaboração do plano diretor. [3046]

Quanto à *natureza* da conduta, pode esta ser *comissiva*, quando, para exemplificar, o Prefeito aplica indevidamente recursos obtidos em operações urbanas consorciadas (art. 52, V, Estatuto da Cidade), ou *omissiva*, na hipótese em que deixa de tomar providências para a aprovação do plano diretor no prazo de cinco anos (art. 52, VII).

14.6. Sanções

BASE LEGAL E MODALIDADES – O elenco das sanções está previsto no *art. 12, I a III*, da Lei nº 8.429/92. Cada inciso contém relação própria para uma determinada espécie de improbidade, de modo que o inc. I relaciona as sanções aplicáveis no caso de enriquecimento ilícito; o inc. II, as que incidem quando se trata de atos que provoquem danos ao erário; e o inc. III, as que se aplicam no caso de vulneração a princípios administrativos.

As *modalidades* são praticamente as mesmas para cada um dos tipos de improbidade, variando, porém, algumas em função de tempo ou de valores. São elas: 1ª) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; 2ª) ressarcimento integral do dano; 3ª) perda da função pública; 4ª) suspensão dos direitos políticos; 4ª) pagamento de multa civil; 5ª) proibição de contratar com o Poder Público; 6ª) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.[3047]

NATUREZA JURÍDICA – As sanções da Lei de Improbidade são de *natureza extrapenal* e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título "Das Penas" atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar a

falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem.

Para alguns estudiosos, nem todas as sanções relacionadas no art. 12 teriam essa natureza, caracterizando-se, ao contrário, como *medidas* ou *providências*.[3048] Discordamos desse entendimento. A uma, porque a lei a elas se refere como sanções e, a duas, porque representam medidas realmente punitivas aos autores de atos de improbidade. Não se trata de meras providências de administração, mas de consequências aplicáveis por força de atos ilícitos.[3049]

CONSTITUCIONALIDADE DA RELAÇÃO DE SANÇÕES – O art. 37, § 4º, da Constituição, aludiu apenas às seguintes sanções para os casos de improbidade: a) suspensão de direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade dos bens; d) ressarcimento do erário. Suscita-se, por isso, discussão sobre o elenco de sanções da Lei nº 8.429/92, no qual se inserem outras penalidades.

Não há qualquer inconstitucionalidade na relação instituída na lei. Primeiramente, porque a Constituição não limitou as sanções àquelas que relacionou e, em segundo lugar, porque a lei é o instrumento idôneo para sua instituição. Assim, a Carta apenas apontou a *relação mínima* das penalidades, tendo-se incumbido a lei de ampliá-la para incluir outras adequadas à punição dos autores de atos de improbidade. Idêntica situação, aliás, poderia ocorrer com a sanção penal: se a Constituição prevê determinada sanção reclusiva para a prática de crime, nada impediria que o legislador acrescentasse, em aplicação cumulativa, também a pena de multa.[3050]

APLICABILIDADE – O primeiro aspecto a considerar quanto à aplicabilidade é o da *escala de gravidade*, isso porque as sanções do art. 9º, aplicáveis em caso de enriquecimento ilícito, são mais severas do que as do art. 10, destinadas a atos que causam danos ao erário, e este, por sua vez, fixa sanções mais severas do que as do art. 11, para a violação de princípios.[3051] Significa, portanto, que o legislador considerou o enriquecimento ilícito como conduta de maior gravidade do

que a lesão ao erário, e esta mais grave do que a ofensa a princípios. Não foi feliz o legislador na comparação inicial: embora seja condenável o enriquecimento ilícito, mais grave é a lesão ao erário; afinal, aquele pode favorecer apenas o interesse privado, ao passo que esta sempre afetará o interesse público, tendo em vista as pessoas que figuram como sujeitos passivos da improbidade.

A aplicação das sanções pressupõe, como adiantamos, a observância do *princípio da proporcionalidade*, exigindo-se correlação entre a natureza da conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta ao autor. A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar *tipos abertos*, dando margem a interpretações abusivas. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de sanções mais severas do que exige a natureza da conduta. O oposto também viola o princípio: se a conduta se enquadrou no tipo da lei, é de considerar-se a prática do ato de improbidade. Apesar disso, deve considerar-se que o elemento objetivo da conduta se revela acessório, exigindo-se sempre a presença do elemento subjetivo.[3052]

Por outro lado, a aplicação do mencionado princípio permite que os órgãos jurisdicionais de instâncias superiores procedam à *revisão das sanções* aplicadas, quer para o efeito de agravá-las *qualitativamente,* acrescentando outra sanção incluída no art. 12, ou *quantitativamente,* ampliando prazos ou elevando valores, quer para atenuá-las, no caso de rigor excessivo e desproporcional na punição aplicada pelo órgão recorrido.[3053]

Quanto à *oportunidade* de aplicação da penalidade, diz o art. 20 que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. A menção apenas a tais penalidades, contudo, tem que ser interpretada em consonância com o parágrafo único do mesmo dispositivo: como este admite o afastamento cautelar do servidor, quando necessário à instrução processual, quis a lei realçar que a perda definitiva da função pública só poderia ocorrer com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Entretanto, *todas as sanções* só podem ser realmente aplicadas quando a decisão transitar em julgado, pois que antes disso a Constituição assegura ao acusado a presunção de inocência (art. 5º, LVII).[3054]

O art. 12, parág. único, da Lei nº 8.429/92, pretende indicar os *elementos valorativos* para a imposição da penalidade: deve o juiz considerar a extensão do dano

causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. A lei aqui disse menos do que queria, porque, a ser assim, não se poderiam aplicar sanções nas hipóteses do art. 11, que pune apenas a violação de princípios. Se é certo que tais elementos devem ser valorados, sempre existirão outros que poderão servir como parâmetros para a dosimetria da sanção, como a intensidade do dolo, a reincidência, a natureza da participação dos agentes, as circunstâncias do fato etc. É lícito, pois, ao juiz socorrer-se dos elementos de valoração previstos no art. 59, do Cód. Penal, inteiramente adequados à fixação das sanções de improbidade.[3055]

É de considerar-se, ainda, o *princípio da adequação punitiva*. Segundo este, a sanção só comporta aplicabilidade se houver adequação com a natureza do autor do fato. Assim, a sanção de perda de função pública só incide sobre agentes públicos, mas nunca sobre terceiros. O ressarcimento do dano e a perda de bens só comportam aplicação se tiver ocorrido dano ou incorporação de bens públicos ao patrimônio privado. A sanção de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente só pode ser aplicada se o agente tiver remuneração; como se sabe, alguns agentes colaboradores honoríficos não percebem remuneração, sendo, pois, insuscetíveis de receber tal penalidade.

Havia funda controvérsia quanto à *limitação sancionatória:* esta consistia em saber se a punição deveria abranger *todas* as sanções[3056] ou se, ao contrário, poderia o juiz *aplicar algumas e excluir outras*, dependendo da natureza da conduta. [3057] Sempre abonamos este último pensamento, fundando-nos na certeza de que a obrigação de aplicar todo o elenco de sanções ofenderia frequentemente o *princípio da proporcionalidade punitiva*, isso porque é variadíssima a relação de ilícitos de improbidade, tanto quanto são os elementos de maior ou menor gravidade de que se reveste a conduta. Aliás, a jurisprudência já vinha adotando esse entendimento. [3058] O legislador, em bom momento e com absoluto acerto, pôs uma pá de cal na controvérsia, admitindo que as sanções do art. 12 sejam "*aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*".*[3059]*

Ainda outra discussão sobre a aplicabilidade das sanções, que concerne à *extensão punitiva* do julgado: deve o juiz ater-se às sanções postuladas pelo autor em seu pedido inicial, ou poderia aplicar alguma outra não mencionada no pedido? Segundo alguns, o juiz deve restringir-se à pretensão do autor, pena de julgar *extra* ou *ultra petita*.[3060] Dissentimos de semelhante posição. A pretensão do autor é a

de que o juiz, julgando procedente o pedido, reconheça a prática do ato de improbidade e a consequente submissão à Lei nº 8.429/92. As sanções são mero corolário da procedência do pedido e, por esse motivo, sua dosimetria compete ao julgador, considerando os elementos que cercam cada caso.[3061]

A indicação errônea ou inadequada do dispositivo concernente à conduta do réu não impede que o juiz profira sentença fundada em dispositivo diverso. O réu defende-se dos fatos que lhe são imputados, independentemente da norma em que se fundou o autor da ação. Não haverá, pois, na espécie, qualquer violação ao princípio da *congruência* entre pedido e decisão.[3062]

Pode ocorrer que uma só conduta ofenda simultaneamente os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade: é a hipótese das *ofensas simultâneas* a tais mandamentos. Se *uma só* for a conduta que ofenda ao mesmo tempo mais de um dispositivo, o aplicador deverá valer-se do *princípio da subsunção*, em que a conduta e a sanção mais graves absorvem as de menor gravidade.[3063] Se forem *várias* as condutas, cada uma delas, por exemplo, violando um daqueles preceitos, as sanções poderão cumular-se desde que haja compatibilidade para tanto. É o caso do ressarcimento do dano e da multa civil. Em certos casos, porém, inviável será a cumulação: ninguém poderá ser condenado a várias sanções de suspensão de direitos políticos, mediante a soma dos diversos períodos desse tipo de sanção; aqui deve o julgador valer-se do método de *absorção* das menores pela sanção mais grave, visto que, a não ser assim, se estaria praticamente *cassando*, e não simplesmente *suspendendo,* o exercício daquele direito, o que não teria suporte constitucional. Idêntica hipótese sucede com a perda de função pública, que só pode ser aplicada uma vez.

Por fim, vale a pena tecer breve comentário sobre a *independência de instâncias*. Não se desconhece que as instâncias civil, penal e administrativa são independentes, porquanto o ato pode violar preceito de apenas uma natureza (por exemplo: a desobediência do servidor vulnera somente preceito administrativo, mas não transgride preceitos penal e civil). Nesse caso, só será aplicada a respectiva sanção. Se houver ofensas concomitantes a normas de diversa natureza, sofrerá o autor tantas sanções quantas forem as transgressões. A Lei nº 8.429/92 deixa claro esse postulado, ao dispor, no art. 12, *caput*, que as cominações de improbidade independem das sanções penais, civis e administrativas. Resulta daí, primeiramente, que a ação de improbidade pode ser deflagrada sem subserviência a outros

procedimentos e, em segundo lugar, que, tendo sido aplicada certa sanção de outra esfera, idêntica à da Lei de Improbidade, terá que respeitar-se o princípio do *"ne bis in idem"*. Assim, se em processo administrativo o servidor já sofreu a pena de demissão, a sanção de perda do cargo não poderá (e nem mesmo o poderia) ser aplicada novamente na sentença de improbidade.[3064] -[3065]

PARTICULARIDADE DAS SANÇÕES – Tendo em vista a variada natureza das sanções de improbidade, vale a pena fazer, em apertada síntese, algumas observações sobre cada uma das espécies.

a) *Perda de bens e valores* – A sanção de *perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio* é prevista no art. 12, I e II, da Lei nº 8.429/92, mas não tem previsão no inc. III do mesmo mandamento. A perda de bens tem suporte constitucional (art. 5º, XLVI, "b") e, por isso, é passível de previsão em lei ordinária.[3066] Trata-se de punição que procura inibir o enriquecimento ilícito. Como é intuitivo, somente é cabível se a conduta gerar acréscimo de bens ou valores.

Tal punição só incide sobre os bens acrescidos após a prática do ato de improbidade. Se alcançasse anteriores, ocorreria confisco, o que restaria sem escora constitucional.[3067] Além disso, o acréscimo deve derivar de origem ilícita; desse modo, não abrangeria, por exemplo, imóvel legitimamente adquirido por herança.

Estando o bem ainda em poder do autor da improbidade, deve ser objeto de *reversão* ao patrimônio público; deste, na verdade, nunca deveria ter sido retirado. Se há impossibilidade de devolução do bem, a obrigação converter-se-á em pecúnia, de modo que a sanção de perda do bem será substituída pela de ressarcimento do dano, sendo, então, recomposto o patrimônio público. Podem ambas, no entanto, ser cumuladas se, além do bem a ser devolvido, houver outros danos causados à entidade prejudicada.

b) *Ressarcimento integral do dano* – Esta sanção está relacionada em todos os incisos do art. 12. Assim como a anterior, nem sempre terá aplicação; para que tenha aplicabilidade, urge que o autor da improbidade tenha causado danos ao erário.

A indenizabilidade por *dano moral* no caso de improbidade é admitida quase à

unanimidade pela doutrina, inclusive em favor de pessoa jurídica.[3068] No entendimento de alguns, porém, a multa civil e a perda de bens já refletem e englobam esse tipo de indenização.[3069] Segundo outros, o autor do dano tanto se sujeita à reparação por dano moral, como às demais sanções, posição que nos parece mais congruente com o sistema punitivo da Lei de Improbidade.[3070]

A condenação ao ressarcimento integral do dano deve implicar o acréscimo de juros de mora e de atualização monetária, contada esta a partir da data em que se consumou o ilícito.[3071]

De acordo com o art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções de improbidade independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. O dispositivo, porém, veio a sofrer alteração, inserindo-se a ressalva "*salvo quanto à pena de ressarcimento*".[3072] A modificação traduz a ideia de que a sanção de ressarcimento, por sua própria natureza, tem como pressuposto de aplicabilidade a ocorrência de dano ao patrimônio público. Estando ausente o dano, tal penalidade não pode ser imposta. Na verdade, cuida-se de reforço do legislador, porquanto o sentido de "*ressarcir*" implica, obviamente, a existência de prévio dano.

Pode ocorrer que, durante a ação de improbidade, ou até mesmo antes da propositura, o réu, reconhecendo o dano que causou, diligencie, *motu proprio,* o ressarcimento ao erário. Tal providência por si só, no entanto, não enseja a extinção da ação nem impede a sua propositura. Ademais, não exclui a aplicação das demais sanções do art. 12. Desse modo, se a natureza do ato de improbidade o permitir, outras penalidades podem ser aplicadas. Se já estiver em curso, a ação prosseguirá normalmente, só se excluindo, no caso de procedência, a sanção de ressarcimento do dano por ter sido cumprida anteriormente.[3073]

Há uma particularidade em relação à penalidade em foco: a ação (*rectius:* pretensão) de ressarcimento de prejuízos ao erário é *imprescritível,* como assinala o art. 37, § 5º, *in fine,* da Constituição. Esse dispositivo admitiu que a lei fixasse prazos de prescrição para outros ilícitos, mas ressalvou a ação de ressarcimento do dano. Desse modo, não incide, para esse fim, o art. 23 da LIA, que regula a prescrição, nem o clássico Decreto 20.910/32, que trata da prescrição geral contra a Fazenda.[3074] Por conseguinte, se o inquérito civil apurou a existência de dano ao erário e na ação de improbidade o autor postula tal sanção, não pode o juiz, em relação a esta, decretar a extinção do processo pela ocorrência da prescrição.[3075]

c) *Perda da função pública* – A sanção de *perda da função pública* está contemplada em todos os casos do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Trata-se de punição rigorosa, que enseja a extinção do vínculo jurídico que liga o servidor à entidade vitimada pela improbidade. O primeiro ponto, então, a considerar é o de que a punição se aplica exclusivamente a agentes públicos, não se estendendo ao terceiro, que nenhum vínculo mantém com o Estado.

A noção de perda da função pública reclama interpretação ampla. Não se trata de extinção do vínculo apenas dos servidores públicos (os que integram os entes federativos, autarquias e fundações de direito público), mas também daqueles que se encontram no quadro de empregados de todas as entidades referidas no art. 1º da lei, inclusive das do setor privado que recebem ou receberam apoio do Estado acima dos limites nela fixados. No regime estatutário, a perda da função pública espelha a penalidade de demissão, que, embora possa originar-se da sentença condenatória, pode também ser aplicada pela própria Administração, observando as normas do respectivo estatuto funcional; como antecipamos, a LIA não revogou a Lei nº 8.112/90, o estatuto federal.[3076]

A sanção não, todavia, os empregados de pessoas jurídicas meramente contratadas pelo Estado, como os executores de obras e serviços, os fornecedores e os concessionários e permissionários de serviços públicos. Também não incide sobre aposentados, cuja vinculação jurídica já sofreu prévia extinção; o vínculo previdenciário só se extingue por outro tipo de punição, a *cassação de aposentadoria*, que, entretanto, não tem previsão na Lei de Improbidade, além de não confundir-se com a perda de função pública (afinal, esta nem mais existe com o advento da aposentadoria).[3077]

Se o agente é titular de mandato, a perda se processa pelo instrumento da *cassação*. Sendo servidor estatutário, sujeitar-se-á à *demissão* do serviço público. Havendo contrato de trabalho (servidores trabalhistas e temporários), a perda da função pública se consubstancia pela *rescisão do contrato* com culpa do empregado. No caso de exercer apenas uma função pública, fora de tais situações, a perda se dará pela *revogação* da designação.

A sanção de perda da função pública não é irrestrita; ao contrário, exige adequação ao *regime jurídico-político* ao qual estão sujeitos certos agentes públicos.

O *Presidente da República* pratica crime de responsabilidade se pratica ato atentatório à probidade administrativa (art. 85, V, CF). O processo de perda do cargo, nessa hipótese, tem caráter especial: a Câmara dos Deputados autoriza a instauração (art. 51, I) e o Senado Federal processa e julga (art. 52, I), aplicando, se for o caso, a sanção de perda do cargo (art. 52, parág. único); o procedimento é o previsto na Lei nº 1.079/50. Desse modo, não cabe o procedimento fixado na Lei nº 8.429/92 e, em consequência, inviável se torna a aplicação da sanção de perda da função pública pelo julgador comum.[3078]

Idêntica solução deve aplicar-se a outras autoridades que mereceram tratamento especial na Constituição. Em relação a elas – *Vice-Presidente, Ministros do STF, membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União e Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica* (estes dois últimos grupos, nos crimes conexos com os do Presidente) – o processamento e julgamento por crimes de responsabilidade compete ao Senado Federal (art. 52, I e II). Embora não haja perfeita identidade entre atos de improbidade e crimes de responsabilidade, é de considerar-se que, em tais hipóteses, a Carta preferiu adotar regime de caráter mais político que jurídico, razão por que, recorrendo-se a uma interpretação sistemática, não devem aquelas autoridades sujeitar-se à perda de função pública decretada pelo juiz singular.[3079] Advirta-se, por oportuno, que outras autoridades, como Governadores e Prefeitos, e seus respectivos Vices, por ausência de norma constitucional expressa, não se inserem na mesma prerrogativa.[3080]

Sujeitos a regime especial são ainda os *Deputados Federais e Senadores*. Os casos de perda de mandato têm previsão no art. 55, da CF, e, de acordo com o art. 55, § 2º, resultam: a) de decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado (inc. I, II e VI do art. 55); b) de declaração da Mesa da Casa respectiva (inc. III a V do art. 55). Aos *Deputados Estaduais* foi conferida, por extensão, a mesma prerrogativa quanto à perda de mandato (art. 27, § 1º, CF). Por conseguinte, não podem sofrer a sanção de perda da função pública em ação de improbidade ajuizada perante o juiz singular. Como os Vereadores não receberam a extensão da citada prerrogativa, pode o juiz aplicar-lhes a sanção normalmente.

A questão da perda de função pública também merece acurada análise quanto a sua aplicabilidade a agentes dotados de vitaliciedade – *magistrados, membros dos*

Tribunais de Contas e membros do Ministério Público. Quanto aos magistrados, dispõe a Lei Orgânica da Magistratura sobre as hipóteses de perda do cargo e sobre a exigência de que tal procedimento seja instaurado perante o tribunal a que pertença.[3081] Os membros dos Tribunais de Contas têm idêntica prerrogativa (art. 73, § 3º, CF). No que tange aos membros do Ministério Público, dispõem seus diplomas reguladores que tais agentes também só podem perder seus cargos em ação civil processada perante os Tribunais a que estejam vinculados.[3082] Trata-se, pois, de agentes sujeitos a regime jurídico especial. Embora haja entendimento de que poderiam perder seus cargos por juízo monocrático,[3083] pensamos, contrariamente, que constituiu escopo da Constituição e das leis reguladoras dispensar-lhes regime próprio, com o qual se afigura incompatível a aplicação da referida sanção por juízo de primeira instância.[3084]

Ressalve-se, não obstante, que a vedação atinge especificamente a sanção de que nos estamos ocupando – a perda da função pública – e, por conseguinte, nada obsta a que a ação de improbidade seja proposta para a aplicação de outras sanções previstas na Lei nº 8.429/92.[3085]

d) *Suspensão de direitos políticos* – A Constituição veda a cassação de direitos políticos, mas admite a sua suspensão diante de algumas hipóteses que enumera (art. 15). Uma delas é exatamente a improbidade administrativa (art. 15, V, CF).

Verifica-se, assim, que a Constituição, contrariamente à hipótese de perda da função pública, estabeleceu norma geral sobre a suspensão de direitos políticos, exigindo apenas que o fato gerador seja a prática do ato de improbidade. Em consequência, tal punição poderá ser naturalmente aplicada na ação de improbidade. Claro que tal sanção poderá vir a gerar a perda do cargo ou função, mas, nesse caso, esta não ocorrerá diretamente, e sim como efeito derivado daquela. A consumação da perda da função, porém, atenderá, aí sim, ao procedimento especial decorrente da especificidade do regime, como visto acima.[3086]

A sentença, na ação de improbidade, tem que ser expressa quanto à aplicação da suspensão de direitos políticos, contrariamente ao que ocorre na sentença penal, cujo efeito é imediato e independe de menção (art. 15, III, CF). A mesma definição se exige quanto ao período em que se dará a suspensão; não havendo menção, é de considerar-se o período mínimo fixado no dispositivo. Por outro lado, a decisão há

que ser comunicada à Justiça eleitoral para o cancelamento do registro.[3087] Sem essa providência, a sanção não terá a mínima operatividade. Findo o prazo da sanção, a reaquisição dos direitos políticos é automática, mas o interessado deve diligenciar no sentido de ser novamente realistado, para voltar a figurar na relação dos habilitados ao exercício daqueles direitos.

Reiterando o que já antecipamos, revela-se impossível juridicamente somar sanções de suspensão dos direitos políticos no caso de mais de uma condenação por improbidade administrativa. Impõe-se, no caso, a aplicação do *princípio da detração*, como corolário do *princípio da razoabilidade*. Significa que a sanção mais grave (ou seja, a de maior extensão temporal), por efeito lógico, absorve as mais leves. A não ser assim, poder-se-ia alcançar, por via oblíqua, verdadeira cassação dos direitos políticos.[3088] Não obstante, tal solução deve ser adotada – é mister distinguir – quando as sanções são contemporâneas. Entretanto, se já foi cumprido o interstício de suspensão após sentença condenatória transitada em julgado e, posteriormente, for o mesmo réu condenado em outra sentença, deverá ele cumprir o novo período de suspensão após o trânsito em julgado da decisão mais recente. É que, não sendo assim, teria que considerar-se que o ímprobo, após cumprir o primeiro período da sanção, estaria imune a qualquer outra condenação de suspensão dos direitos políticos, ainda que cometesse novo ato de improbidade, conclusão que, obviamente, malfere o princípio da probidade administrativa.

e) *Multa civil* – Esta sanção também encontra previsão nos três incisos do art. 12 da Lei de Improbidade. Como multa que é, implica uma imposição pecuniária sobre o patrimônio, característica, aliás, de qualquer tipo de multa.

A sanção apresenta-se com dois aspectos diferenciados quanto à sua aplicação. Primeiramente, há *inflexibilidade* quanto a seu *limite*: em todos os casos a lei o estabelece (a lei usa o termo "*até*"). Dentro do limite, contudo, a aplicação observa o caráter de *flexibilidade*, cabendo ao julgador eleger o valor mais adequado; de qualquer modo, reclama-se a observância da proporcionalidade entre a sanção e a conduta, bem como a devida justificação para o valor fixado.

A lei indica, ainda, *variabilidade de base de cálculo*: no caso de enriquecimento, é de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial (art. 12, I); no de lesão ao erário, de até duas vezes o valor do dano (art. 12, II); e no caso de violação a princípio, de

até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente (art. 12, III).[3089]

A *natureza* da multa civil é a de *sanção civil* (não penal) e não tem natureza indenizatória; a indenização, como vimos, consuma-se pela sanção de reparação integral do dano. O produto da multa civil deve ser destinado à pessoa jurídica que sofreu a lesão patrimonial.[3090] Não havendo adimplemento espontâneo por parte do ímprobo, deverá a pessoa interessada promover a liquidação da sentença e o cumprimento do julgado, na forma das novas regras processuais.[3091]

f) *Proibição de contratar e receber benefícios* – Dispõe a Lei nº 8.429/92, também nos três incisos do art. 12, que ao ímprobo poderá ser aplicada a sanção de *proibição de contratar com o Poder Público* ou *receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*, variando o prazo de dez anos (art. 12, I), cinco anos (art. 12, II) e três anos (art. 12, III).

Em relação a tais penalidades, deve-se destacar, de um lado, que não há ensejo para excluir os benefícios genéricos (ex.: as isenções gerais), o que violaria o princípio da impessoalidade tributária e, de outro, que a pessoa jurídica atingida tenha o ímprobo como sócio *majoritário*, excluindo-se, pois, aquelas em que o condenado tenha ações ou cotas em percentual minoritário.[3092]

No que concerne à proibição de contratar, registre-se que a sanção implica, *ipso facto*, a do impedimento de participar de licitações, estas verdadeiro pressuposto para a celebração de contratos.[3093] Como a sanção se restringe à vedação de benefícios e incentivos fiscais ou creditícios de *natureza pessoal*, pode alcançar anistia fiscal, remissão tributária, isenção restrita, subvenções e subsídios pessoais e outras benesses do gênero.[3094]

14.7. Procedimentos administrativo e judicial

Tendo em vista que a Lei de Improbidade traça, em capítulo próprio, normas sobre os procedimentos na via administrativa e judicial, mediante os quais se busca apurar condutas de improbidade, é de bom alvitre tecer, de modo resumido, alguns comentários sobre a matéria.

De logo, porém, é preciso relembrar que o procedimento na via administrativa não tem idoneidade para ensejar a aplicação das sanções de improbidade. Resulta,

por conseguinte, que, mesmo após seu encerramento, deverá ser ajuizada a competente ação de improbidade para que o juiz sentencie no sentido da imposição das punições.

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – O *procedimento administrativo* é o conjunto de atos e atividades que, ordenados em sequência lógica e encadeada, objetiva apurar a prática de ato de improbidade. Como qualquer procedimento, sua formalização implica a instauração de *processo administrativo* – este a relação jurídica firmada entre órgãos do Estado e pessoas do setor privado em busca daquela finalidade.

A disciplina, que se encontra nos arts. 14 a 16 da Lei nº 8.429/92, não apresenta nenhuma particularidade de relevo. O art. 14 limita-se a autorizar que qualquer pessoa possa representar à autoridade administrativa competente para instaurar processo de investigação sobre condutas de improbidade. Na verdade, o dispositivo é inócuo e nada mais faz do que repetir, com outro modelo, o direito assegurado na Constituição. O denominado *direito de representação* inclui-se no âmbito do *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, "a"), e por este fica assegurado a qualquer pessoa o direito de denunciar ao Poder Público a ocorrência de ilegalidades em geral e de solicitar a adoção das medidas cabíveis.

Impõe-se que a representação seja escrita ou reduzida a termo (art. 14, § 1º), devendo o denunciante qualificar-se, prestar as informações sobre o fato e sua autoria e comunicar as provas pertinentes, se as conhecer. Diz a lei que, sem tais formalidades, o pedido será rejeitado (art. 14, § 2º), embora seja sempre possível representar ao Ministério Público. O intuito da lei foi o de evitar o denuncismo irresponsável ou coibir as acusações levianas, o que realmente já reflete verdadeira condenação.[3095] Neste aspecto, entretanto, a autoridade não deverá agir com radicalismos; cumpre proceder com bom senso e equilíbrio, até mesmo para não desprezar denúncias de fatos graves em nome do excesso de formalismo. Por isso mesmo, a jurisprudência tem admitido a instauração de procedimento investigatório até mesmo em caso de denúncia anônima, quando esta oferecer indícios de veracidade e seriedade, argumentando-se com a circunstância de que, se o Poder Público pode fazê-lo *ex officio*, poderá aceitar a investigação provocada, ainda que o denunciante não tenha observado a formalização de maneira ortodoxa.[3096]

O art. 14, § 3º, da Lei nº 8.429/92, é somente aplicável a agentes e servidores *federais*, eis que no dispositivo foi feita remissão à Lei nº 8.112/90, que instituiu o Estatuto daqueles servidores. Para os demais entes da federação, incidem as próprias regras relativas ao processo administrativo disciplinar, e isso por respeito à autonomia que lhes assegura a Constituição. Já tivemos a oportunidade de observar que, na esfera federal, a remissão ao Estatuto corresponde ao processo administrativo disciplinar; assim, a apuração não será apenas inquisitória, mas também *acusatória,* assegurando-se o contraditório e a ampla defesa. Já no Ministério Público, o inquérito civil será somente de investigação, não sendo exigível aquela garantia.[3097]

O órgão encarregado do processo de investigação (a lei fala em *"comissão processante"*, mas é preciso verificar o sistema funcional de cada entidade) deve comunicar ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas, conforme estatui o art. 15, podendo tais órgãos designar representante para acompanhar o procedimento investigatório (art. 15, parág. único). É intuitivo que o objetivo da lei foi o de permitir que tais órgãos, sobretudo o Ministério Público, já adiantem sua convicção sobre o fato, com base no inquérito que acompanham, isso sem contar o controle exercido sobre os próprios órgãos apuradores.[3098]

Por fim, se houver no processo indícios veementes da prática de atos de improbidade, o órgão de apuração representará ao Ministério Público ou ao órgão jurídico da pessoa interessada para o fim de ser requerido no juízo competente a decretação do *arresto* dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado danos ao patrimônio público. O dispositivo refere-se a *sequestro*, (arts. 822 e 825, do Cód. Proc. Civil), mas esta medida se direciona a bens *previamente determinados*, o que não é o caso, sobretudo quando o agente não se enriqueceu ilicitamente, embora tenha causado danos ao erário. Assim, para haver garantia do ressarcimento do dano ou devolução das vantagens indevidas, a medida cautelar deve ser a de *arresto* (arts. 813 a 821, do Cód. Proc. Civil), que reflete uma garantia geral para os credores.[3099]

Poderá também ser decretada a indisponibilidade de bens (art. 7º). Observe-se, entretanto, que essa tutela cautelar só pode ser reconhecida se presentes os seus inafastáveis pressupostos – o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* – e houver fundados indícios de lesão ao patrimônio público ou do enriquecimento ilícito;

[3100] a não ser assim, poderia ser cometido arbítrio contra o acusado.[3101] Como se trata de medida assecuratória em favor do erário ou para a devolução de valores auferidos ilicitamente, pode a indisponibilidade recair sobre bens adquiridos anteriormente ao ato de improbidade.[3102] Pode, ainda, garantir o pagamento de multa civil, quando a sentença a fixar.[3103] Por outro lado, a medida só cabe em relação aos sócios com função de direção e execução à época do fato ofensivo; no caso de desligamento anterior do sócio, não incide sobre seus bens a decretação de indisponibilidade, eis que, na verdade, sequer tem legitimidade passiva para a causa. [3104]

Convém observar que tais medidas cautelares são assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, visando a garantir o juízo para o caso de reparação de dano ou devolução de bens ao erário. Assim, não se aplicam, como regra, para as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos, as quais somente incidem após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, Lei 8.429/92). Além disso, o afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, pelas graves consequências que dele advêm, só se legitima em situações excepcionais, quando houver risco de prejuízo para a instrução processual.[3105]

PROCEDIMENTO JUDICIAL – O procedimento judicial é regulado pelos arts. 17 e 18 da Lei nº 8.429/92, tendo o primeiro dos dispositivos sofrido algumas alterações.[3106] Vejamos, em síntese, os principais aspectos relativos ao processo judicial.

Primeiramente, uma rápida consideração sobre a *tipologia* da ação. O art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade, alude a *"ação principal"*, e o faz apenas para distingui-la da ação cautelar de arresto, que, por ser normalmente de caráter preparatório, a antecede. Tendo em conta que a pretensão consiste no reconhecimento da improbidade e na subsequente aplicação das sanções, melhor nos parece denominá-la simplesmente de *"ação de improbidade"* ou *"ação civil de improbidade"*. Há autores e decisões judiciais que admitem qualificá-la como *"ação civil pública"*, instrumento de tutela dos interesses difusos e coletivos e regulada, como vimos, pela Lei nº 7.347/85.[3107]

Embora seja imperioso reconhecer a grande confusão que reina hoje no aspecto das tutelas coletivas, trata-se, em nosso entender, de ações diversas e, o que

é mais importante, de *procedimentos diversos*, sendo aquelas regidas, inclusive, por leis próprias. A não ser assim, aliás, teríamos que admitir a mesma ação – a ação civil pública – com procedimentos diversos, um delineado na Lei nº 7.347/85 e outro na Lei nº 8.429/92, fato que não condiz com as técnicas de direito processual civil. [3108] De qualquer modo, a questão em foco é suscitada à guisa apenas de critérios técnicos, vez que os autores reconhecem que o *nomen juris* da ação não afeta seu procedimento, nem a pretensão que nela se formula, nem a decisão a ser proferida. [3109] Levando-se em conta o propósito de proteção à probidade na Administração, domina o entendimento de que a ação de improbidade se enquadra como *ação coletiva,* dentro do microssistema do processo coletivo.[3110]

A *legitimidade ativa* é concorrente: tanto pode propor a ação o Ministério Público, como a pessoa jurídica interessada. A *legitimidade passiva* é atribuída àquele que cometeu o ato de improbidade. Havendo coautoria entre agentes públicos, ou entre agente público e terceiro, formar-se-á litisconsórcio passivo. No caso de haver necessidade de complementar o ressarcimento do patrimônio público, caberá à Fazenda Pública o ajuizamento da demanda (art. 17, § 2º); tal fato ocorrerá, como é óbvio, quando não tiver sido recomposto o patrimônio público na ação de improbidade. Em face da proteção ao patrimônio público e social, é amplo o *interesse de agir,* alcançando, inclusive, condutas perpetradas antes da vigente Constituição.[3111]

O *pedido* na ação de improbidade, como vimos, comporta duas formulações: primeiramente, o pedido de que o juiz reconheça a conduta de improbidade (*pedido originário*, de natureza *declaratória*); depois, o pedido de que, sendo procedente a ação, sejam aplicadas ao réu as respectivas sanções (*pedido subsequente*, de natureza *condenatória*).

A atuação do *Ministério Público* tem inegável importância na ação em tela. Além da condição de *parte* na demanda, tem intervenção obrigatória como *custos legis*, se outra for a parte.[3112] Semelhante atuação – diga-se de passagem – é a mesma prevista na Lei nº 7.347/85 para a ação civil pública. Estando na qualidade de parte, desnecessária será a presença de outro representante do *Parquet* no processo; a despeito de figurar como parte, o Ministério Público não defende qualquer interesse privado, sendo imparcial na fiscalização da Constituição e das leis. Portanto, mesmo como parte lhe caberá exercer a custódia do direito positivo.

Diz a Lei nº 8.429/92 que, sendo parte o Ministério Público, será aplicável, no que couber, o sistema adotado no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 (que regula a ação popular), segundo o qual se permite à pessoa jurídica cujo ato seja objeto de impugnação abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, desde que tal providência atenda ao interesse público.[3113] Trata-se, pois, como já observamos antes, de *inversão da legitimidade*, em que a pessoa jurídica inicia o processo com legitimidade passiva, mas que, invertido o interesse processual, inverte-se também a legitimidade, passando a mesma pessoa a integrar o pólo ativo da relação processual. O sistema adotado na lei da ação popular, contudo, tem que adequar-se à ação de improbidade; daí a expressão *"no que couber"* prevista na Lei de Improbidade. Assim, não haverá ensejo para a "abstenção de contestar o pedido", já que na ação de improbidade apenas a pessoa física pode figurar como ré. Restar-lhe-á, pois, atuar ao lado do Ministério Público para reforçar o pedido de reconhecimento da improbidade e de aplicação das sanções.[3114]

Quanto à *competência*, a ação será proposta na Justiça Federal se houver interesse da União, autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, I, CF); caso contrário, competente será a Justiça Estadual.[3115] Tramitando mais de uma ação de improbidade com a mesma causa de pedir ou com o mesmo pedido, ocorre a *conexão*, devendo ser as causas julgadas simultaneamente num só juízo (arts. 103 e 105, do Cód. Proc. Civil). O critério de *prevenção* foi fixado no art. 17, § 5º, da Lei nº 8.429/92 (com a redação da MP nº 2.180-35, de 24.8.2001): a propositura da ação. [3116] O momento deste fato processual está previsto no art. 263, do CPC: *despacho* do juiz ou simples *distribuição* onde houver mais de uma vara. Em nosso entender, a reunião de processos, no caso de conexão, é obrigatória, para evitar o risco de decisões contraditórias sobre probidade ou improbidade do réu.

Questão polêmica sobreveio com a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, que, inserindo o § 2º ao art. 84, do Código de Processo Penal, instituiu *foro especial por prerrogativa de função*, enunciando que a ação de improbidade deveria ser proposta perante o *tribunal* competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública. Desse modo, se, para exemplificar, acusado de improbidade fosse Ministro de Estado, a ação deveria ser proposta perante o STF, já que a este compete julgá-lo pela prática de crimes comuns (art. 102, I, "b", CF). O STF, no entanto, declarou a

inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que cabe exclusivamente à Constituição a instituição de foro especial por prerrogativa de função.[3117] Em consequência, a ação de improbidade será proposta no juízo de primeiro grau de jurisdição,[3118] ressalvadas, é óbvio, as hipóteses de exceção já mencionadas anteriormente. consequentemente, as ações que tramitavam em Tribunais como decorrência do foro especial terão que ser remetidas aos juízos competentes.[3119]

Pelas peculiaridades que apresenta, o *procedimento* é *especial* de jurisdição contenciosa. Instaurado o processo, o juiz determina a *notificação* do *requerido* para, em quinze dias, oferecer *manifestação escrita* e apresentar documentos, se o desejar. [3120] Note-se que essa fase é prévia e nela ainda não há ensejo para a formação integral da relação processual litigiosa, que se consuma com a citação. Diante da manifestação do requerido, o juiz adota uma de duas providências: a) *extingue o processo*, com resolução ou não do mérito (a lei, impropriamente, diz que o juiz *"rejeitará"* a ação, expressão atécnica e sem conteúdo processual específico), incluindo-se na hipótese a formulação de pedido sem mínimo suporte probatório ou de verossimilhança;[3121] ou b) *recebe a petição inicial* (decisão contra a qual cabe agravo de instrumento) e ordena a citação do réu para apresentar contestação. [3122] Semelhante apreciação preliminar constitui *juízo de delibação,* e é exigível exclusivamente na ação de improbidade *típica,* não o sendo, todavia, na ação civil pública regida pela Lei nº 7.347/85.[3123]

Além da notificação prévia ao requerido, é viável que, a pedido do autor, seja requerida medida liminar no caso de ser necessária tutela de segurança ou de urgência. As providências não se confundem, como pensam alguns. A Lei nº 8.437/92, que regula a matéria de liminares contra o Poder Público, fixa o prazo de 72 horas para que se pronuncie o representante judicial da pessoa jurídica de direito público sobre o pedido de concessão da liminar (art. 2º), ao passo que a notificação, como já mencionado, visa à prestação de informações e juntada de documentos por parte do requerido, sendo de 15 dias o prazo (art. 17, § 7º, LIA). Ambas as situações podem coexistir normalmente.[3124]

Como regra, o juiz deve receber a petição inicial, bastando, para tanto, que o fato se enquadre, em tese, num dos tipos da Lei 8.429/92 e que haja indícios que fundamentem a prática do ato de improbidade; presentes tais pressupostos, deve o juiz proceder à fase instrutória.[3125] A decisão que recebe a petição inicial é

passível de *agravo de instrumento* (art. 17, § 10), no qual o Tribunal apreciará as questões do contraditório inicial: a existência ou não de ato de improbidade, a improcedência da ação e a adequação ou não da via eleita.[3126]

Após a fase de instrução processual, o juiz profere a *sentença*. Reza o art. 18 que, sendo procedente o pedido de reparação de dano ou decretada a perda dos bens adquiridos de forma ilícita, o juiz determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, favorecendo a pessoa jurídica prejudicada. A norma é inócua, visto que aponta os efeitos evidentes decorrentes da decisão. Além do mais, é incompleta, sendo omissa quanto às demais cominações estabelecidas na Lei de Improbidade. Esses os pontos principais da ação de improbidade.

14.8. Prescrição

A norma sobre *prescrição* está contida no art. 23 da Lei nº 8.429/92. Nos termos desse dispositivo, a ação de improbidade pode ser proposta: a) até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; b) dentro do prazo prescricional contemplado em lei específica para a pena de demissão a bem do serviço público, nos casos de ser o servidor titular de cargo público ou exercente de emprego público. Anote-se que, como se trata de *pretensão punitiva,* o citado prazo extintivo qualifica-se efetivamente como de *prescrição*.

O tema, por sua complexidade, está a merecer algumas reflexões.

De início, deve-se registrar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar *o ressarcimento de danos* que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é *imprescritível*, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade.

O art. 23 dividiu os prazos prescricionais de acordo com a natureza do vínculo entre o agente e o Estado (inc. I e II). Tratando-se de *mandato, cargo em comissão e função de confiança*, o prazo é quinquenal, iniciando-se a contagem a partir da extinção do vínculo (fim de mandato, exoneração e revogação de designação); se o caso é de *servidor efetivo ou emprego público*, a lei faz remissão às leis específicas, fixando o mesmo

prazo prescricional para a demissão a bem do serviço público. Na esfera federal, esse prazo é de cinco anos, contados a partir da data em que o fato se tornou conhecido.[3127] Nas demais pessoas federativas, o prazo será o fixado em seus respectivos estatutos.

A despeito de a lei ter-se referido a exercício em cargo efetivo ou emprego, o dispositivo (art. 23, II) abrange também servidores e empregados de outras categorias, como servidores temporários (regime especial)[3128] e agentes colaboradores (como notários e oficiais de registro). A norma, aliás, tem caráter residual. Quanto aos empregados de pessoas administrativas privadas (empresas públicas e sociedades de economia mista) e de outras entidades referidas no art. 1º da Lei nº 8.429/92, deve aplicar-se o mesmo dispositivo, considerando-se que nele foi feita referência genérica a "*empregos*".[3129]

Quanto à prescrição para a ação de improbidade em face de *terceiro*, quando tiver praticado ato de improbidade, há funda divergência na matéria em razão da omissão na lei. Há entendimento de que se aplica o mesmo prazo prescricional atribuído ao agente público com o qual compactuou.[3130] Outros entendem ser aplicável o prazo previsto no inc. I do art. 23, ou seja, de cinco anos.[3131] Em nosso entender, porém, afigura-se inviável estender ao terceiro prazos prescricionais atribuídos apenas a agentes, de modo que, inexistindo regra especial expressa, deve incidir a norma geral contida no art. 205 do Cód. Civil, pela qual o prazo geral de prescrição é de dez anos. A adotar-se as citadas soluções, reduzido ficaria o prazo dentro do qual os autores da ação – Ministério Público e pessoa jurídica interessada – poderiam exercer seu direito de demandar o reconhecimento da improbidade e a imposição das penalidades.

No caso de *mandato*, impõe-se vislumbrar a possibilidade de o mandatário ser eleito para *períodos sucessivos*. Em razão desse fato, poder-se-ia indagar se a prazo de prescrição se iniciaria a partir do término do mandato dentro do qual foi praticado o ato de improbidade, ou a partir do fim do último mandato. É certo que cada mandato tem por fundamento aspectos específicos próprios de cada processo eletivo. No entanto, a *ratio* do dispositivo foi exatamente a de evitar que, valendo-se do poder que ostenta, pudesse o mandatário influir na decisão de propor a ação de improbidade ou nas provas que devem ampará-la. Dessa maneira, o titular do segundo mandato poderia assim agir em relação a atos praticados durante o

primeiro. Resulta, pois, que a contagem do prazo deve realmente ser iniciada a partir do *término do último mandato*.[3132]

Situação que pode causar alguma dúvida é aquela relativa à *prescrição* quando o servidor, além de seu cargo efetivo, desempenha, *simultaneamente* e ao tempo da prática do ato de improbidade, alguma função de confiança ou ocupa cargo em comissão. A lei foi silente a respeito. No entanto, já se decidiu que a hipótese daria prevalência a essas últimas funções, iniciando-se a contagem do prazo prescricional *a partir do término* de seu exercício (art. 23, I).[3133] Ousamos, com a devida vênia, dissentir desse entendimento. A nosso ver, deve considerar-se prevalente a incidência do art. 23, II, que trata da prescrição no caso de cargo efetivo. O dispositivo, como se viu, remete a matéria à lei específica, indicando o prazo prescricional atribuído à demissão do serviço público. Na esfera federal, por exemplo, o prazo é de cinco anos, contado *a partir da data em que o fato se tornou conhecido*.[3134] Supondo-se que o ato de improbidade só foi conhecido após 4 anos do término do exercício do cargo em comissão ou da função gratificada, só haveria mais um ano de prazo para evitar-se a prescrição e formular-se a pretensão punitiva, se considerado aquele momento como termo *a quo* da contagem. Se este termo, porém, for o momento da ciência do fato, ter-se-á, a partir dele, o prazo integral de cinco anos para as providências sancionatórias antes da ocorrência da prescrição.

Suscita alguma dúvida a questão relativa ao *termo inicial* da prescrição quando há *pluralidade de réus* com mandato ou no exercício de cargo ou função de confiança (art. 23, I). Pode interpretar-se no sentido de que o termo *a quo* varia de acordo com a data do desligamento do agente. Com fundamento, porém, no princípio da efetividade punitiva para a improbidade administrativa, parece-nos que a contagem deve iniciar-se na data do *desligamento do último dos réus*, evitando-se, assim, a impunidade daqueles que se apressaram a fugir de suas responsabilidades.[3135]

VI. O Poder Público em Juízo

1. Capacidade Processual

Alguns autores se têm referido à questão relativa às causas judiciais em que é parte o Poder Público com o emprego da expressão *"A Administração em Juízo"*. *[3136]* Na verdade, somente em sentido lato se pode admitir que a Administração

Pública esteja em juízo, porquanto não tem ela capacidade jurídica própria nem capacidade processual. Administração Pública, como já tivemos a oportunidade de examinar, é o instituto que abriga a noção do conjunto dos diversos órgãos públicos e pessoas administrativas integrantes do Poder Público ou a ele vinculados. Daí por que não se encontra realmente ação movida pela Administração Pública ou em face dela.

A capacidade processual do Poder Público obedece à regra adotada no Código de Processo Civil: *"Toda* pessoa *que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo"* (art. 7º). Toda *pessoa*, diz o Código. Sendo assim, as pessoas que se integram na noção de Poder Público são a União Federal, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais, todos eles dotados de regular personalidade jurídica. Desse modo, diz-se que o Estado ajuíza ação de rescisão de contrato ou que alguém propõe ação de indenização em face deste ou daquele Município etc.[3137]

Em algumas espécies de demanda, as pessoas de direito público têm sido nominadas de *Fazenda Pública*, e daí expressões decorrentes, como *Fazenda Federal, Fazenda Estadual e Fazenda Municipal*. Trata-se de mera praxe forense, usualmente explicada pelo fato de que o dispêndio com a demanda é debitado ao erário da respectiva pessoa. Entretanto, *Fazenda Pública* igualmente não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município e, enfim, a pessoa jurídica a que se referir a Fazenda.

Por fim, vale a pena relembrar que em situações especiais é admitida a capacidade de órgãos públicos, muito embora despidos de personalidade jurídica. [3138]

2. Pessoas Federais

A União Federal, suas autarquias e fundações autárquicas e suas empresas públicas têm foro privilegiado: as ações comuns em que sejam autoras, rés, assistentes ou opoentes têm curso na Justiça Federal (art. 109, I, CF). Lembre-se, porém, que, como já assinalamos anteriormente, algumas situações processuais rendem ensejo a que pessoas da Administração Federal litiguem na Justiça Estadual:

é o caso, por exemplo, da execução nesta última Justiça em que algum ente federal reivindique preferência de crédito.[3139]

As sociedades de economia e as fundações de direito privado (despidas de natureza autárquica) da esfera federal, entretanto, não possuem foro privilegiado. Os processos de que façam parte em qualquer condição devem tramitar normalmente na Justiça Estadual. A exceção corre apenas por conta de haver eventual interesse por parte da União: nesse caso, o foro deslocar-se-á para a Justiça Federal, como registra o art. 109, I, da CF.

O foro para processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho varia de acordo com a natureza da relação funcional. Tratando-se de relação estatutária, o litígio é considerado comum, e o foro é o da Justiça Federal. Se a vinculação for de natureza trabalhista, o processo terá curso perante a Justiça do Trabalho (art. 114, CF). É oportuno consignar que a E.C. 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, nela inserindo litígios antes considerados por grande parte da jurisprudência como sujeitos à justiça comum; é o caso, para exemplificar, das ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (art. 114, VI) e das relativas a sanções administrativas impostas a empregadores por órgãos de fiscalização do vínculo trabalhista (art. 114, VII).

Aos Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal foi conferida competência para processar, conciliar e julgar causas reservadas à Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos, e também para a execução de suas sentenças.[3140] Estão excluídas dos Juizados Especiais demandas sobre: a) mandados de segurança; b) desapropriações; c) divisão e demarcação; d) ações populares; e) execuções fiscais; f) interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; g) bens imóveis federais; h) anulação ou cancelamento de ato administrativo federal;[3141] i) anulação de pena de demissão de servidor civil ou sanções disciplinares aplicadas a militares; j) causas de natureza internacional ou relativas a direitos indígenas.[3142] A competência só alcança a União, autarquias, fundações de direito público e empresas públicas federais; estão, pois, excluídas as sociedades de economia mista.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar litígios entre a União, de um lado, e os Estados ou o Distrito Federal, de outro (art. 102, I, "f", CF). Não importa qual seja a natureza do conflito entre essas entidades: ainda que tenha

caráter patrimonial, será do STF a competência para dirimi-lo (há como que presunção de crise federativa). A restrição que a Corte faz reside na hipótese em que a União litiga contra pessoa da administração indireta de outro ente federativo: somente no caso de o conflito colocar em risco o pacto federativo é que a competência será do STF; caso contrário, a demanda deve seguir as regras regulares de competência. Atualmente, pois, a interpretação do aludido art. 102, I, "f", sujeita-se ao que a Corte denomina de *"redução teleológica*", exatamente para não se dispensar inteligência por demais extensa à norma.[3143]

A competência ainda é do STF quando a União litiga contra Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 102, I, "e", CF). Se o conflito, porém, se der entre autoridades administrativas e judiciárias da União, competente será o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "g", CF). Cabe, igualmente, ao STJ solucionar conflitos entre autoridades administrativas da União e do Distrito Federal, conforme dispõe esse mesmo mandamento.[3144]

3. Pessoas Estaduais e Pessoa Distrital

Os Estados e o Distrito Federal litigam em suas respectivas Capitais. O Juízo das ações é o estabelecido pelos Códigos de Divisão e Organização Judiciárias pertinentes. Normalmente, nas Capitais há Juízos Fazendários, ou de Fazenda Pública, destinados a processar e julgar as causas comuns de interesse do Estado e do Município da Capital. A indicação do Juízo, contudo, será aquela que os referidos códigos fixarem. Quando o Estado figura como réu na ação, o autor, conforme já assentado pelo STJ, pode promover a ação tanto na Capital como nas comarcas do interior, já que nestas sempre haverá juízo que processe e julgue litígios de ordem fazendária.[3145]

A Lei nº 12.153, de 22.12.2009,[3146] previu a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, para conciliação, processo, julgamento e execução das causas de sua competência - que alcançam o limite de 60 salários mínimos.[3147] Entretanto, excluem-se da competência dos referidos órgãos as seguintes ações: a) mandados de segurança; b) desapropriações; c) divisão e demarcação; d) ações populares; e) de improbidade administrativa; f) execuções fiscais; g) sobre interesses difusos ou coletivos; h) sobre bens imóveis estaduais, distritais ou municipais; h) que visem à

impugnação de demissão imposta a servidor civil ou sanções disciplinares aplicadas a militares. Apenas os entes federativos e suas autarquias, fundações e empresas públicas podem figurar como réus no processo.[3148] Os Juizados Especiais em tela deverão ser instalados no prazo de 2 anos a partir da vigência da lei.[3149]

Se se tratar de ação fundada em direito real sobre imóveis, o foro normal é o da situação da coisa. É admissível, porém, que o autor faça opção pelo foro do domicílio ou o de eleição, mas tal opção será vedada se a lide versar sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova.[3150]

No caso de mandado de segurança, é comum que a violação do direito líquido e certo provenha de autoridade estadual lotada em Municípios fora da Capital. Nesse caso, o processo terá curso perante o Juízo da comarca onde estiver localizada a autoridade, já que o mandado de segurança é lei especial e não abriu qualquer exceção relativa a essa hipótese.

As autarquias e as fundações de direito público seguem as regras aplicáveis aos Estados. No tocante às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, é o Código de Organização Judiciária que indicará o foro, podendo este ser, ou não, o privativo para as causas de interesse do Estado.

As causas trabalhistas serão processadas e julgadas normalmente perante a Justiça do Trabalho. Se o litígio decorrer da relação estatutária, será ele apreciado pela Justiça Estadual comum, em Juízo privativo ou não, conforme o que dispuser a lei organizacional do Judiciário.

O litígio entre Estados ou entre Estados ou o Distrito Federal e a União são processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O mesmo foro alcança esse tipo de litígios quando litigante é entidade da administração indireta.[3151] Da mesma forma, é o STF o órgão competente para solver conflitos entre Estado-membro e Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 102, I, "e"). Já o conflito entre autoridade administrativa de um Estado e judiciária de outro é suscetível de deslinde pelo Superior Tribunal de Justiça, como registra o art. 105, I, "g", da CF.

4. Pessoas Municipais

Os Municípios têm seus litígios processados e julgados na respectiva comarca judiciária, cabendo ao Código de Organização Judiciária a indicação do Juízo competente, que pode ser fazendário, ou não.

Causas decorrentes de litígios com servidores trabalhistas correm na Justiça do Trabalho (art. 114, CF). Como nos casos anteriores, litígios funcionais de servidores estatutários têm curso perante a Justiça Estadual comum.

Litígios entre Município e Estado estrangeiro ou organismo internacional são processados e julgados por juízes federais (art. 109, II, CF). Conquanto não haja referência expressa na Constituição Federal, litígios entre Município e a União sujeitam-se a deslinde também por juízes federais, aplicando-se aqui o art. 109, I, da CF; o mesmo ocorre com litígios entre Municípios e autarquias ou empresas públicas federais.[3152] Já os conflitos entre Municípios ou entre Município e o respectivo Estado são da competência da Justiça estadual, como regra, de primeiro grau de jurisdição, em juízo fazendário.[3153]

5. Representação Judicial

De acordo com a Lei Complementar nº 73, de 10/2/1993, a União é representada em Juízo pelo Advogado-Geral da União. A lei, aliás, referiu-se à representação junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 4º, III), mas no § 1º desse mesmo dispositivo a lei mencionou que o Advogado-Geral pode representá-la junto a qualquer juízo ou Tribunal. Significa que, junto ao STF, apenas o Advogado-Geral da União representa a União, e nos demais Juízos tem atribuição para tanto, embora não seja o único. Com efeito, a lei atribuiu à Procuradoria-Geral da União a representação nas causas comuns junto a juízes e Tribunais (art. 9º) e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação da União na execução de sua dívida ativa de caráter tributário e idêntica representação nas causas de natureza fiscal (art. 12, II e V).[3154]

Se a parte processual for autarquia ou fundação pública de direito público, a representação por procuradores de carreira (e não por advogados autônomos) dispensa a apresentação de instrumento de mandato, como já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça (vide ementa no item "Jurisprudência").[3155] No mesmo sentido, o STF já consagrou, em súmula, que "*ao titular do cargo de Procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo*".

[3156] Empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, entretanto, só terão a sua representação processual regular se for apresentada a necessária procuração, como o exige o Estatuto Processual Civil (art. 36).

Nos Estados e no Distrito Federal, a representação judicial é exercida pelos respectivos Procuradores, como dita o art. 132 da CF, que, inclusive, menciona a exigência de carreira própria e de ingresso por concurso público.[3157] Pode eventualmente o Estado contratar advogado especializado para representá-lo judicialmente; nada o impede. Contudo, enquanto os Procuradores titulares de cargos de carreira dispensam a prova do mandato através de procuração, os advogados autônomos contratados devem comprovar a outorga dos poderes para atuar no processo. O mesmo se aplica às autarquias e às fundações autárquicas estaduais. As entidades privadas da Administração Indireta estadual, porém, ainda que tenham carreira interna de advogados, devem comprovar em Juízo o mandato a eles outorgado através do competente instrumento de procuração.

Quase tudo o que se disse em relação aos Estados aplica-se igualmente aos Municípios. São eles representados por seus Procuradores, titulares de cargos efetivos, ou por advogados contratados: aqueles dispensam a procuração e estes precisam apresentá-la no processo para satisfazer os pressupostos da capacidade postulatória.[3158] A particularidade em relação aos Municípios é que seus Prefeitos também podem representá-los judicialmente, como assegura o art. 12, II, do CPC. Para tanto, porém, devem estar habilitados ao legítimo exercício da advocacia.[3159]

Ainda no que concerne à representação judicial, foi objeto de questionamento norma de lei que previa a instituição de Procuradoria-Geral em Casa Legislativa, argumentando-se que o fato ofenderia o citado art. 132, da CF, relativo às Procuradorias dos Estados. Ficou decidido, porém, que o Legislativo tem autonomia para criar seus próprios órgãos internos e que, além disso, nada impede que tenha órgãos de consultoria e assessoria jurídica, podendo, inclusive, ter a representação da Casa quando estiver em juízo em nome próprio – o que se afigura processualmente viável em determinadas hipóteses. Vedado é, então, apenas a atribuição aos órgãos jurídicos internos de poderes para representar judicialmente a própria pessoa federativa tomada como uma só unidade – função essa privativa das

Procuradorias-Gerais das respectivas entidades.[3160]

6. Particularidades Processuais

O Código de Processo Civil estabelece algumas regras especiais para regular a atuação do Poder Público em Juízo. São as particularidades processuais que dão especificidade de tratamento e, usualmente, constituem benesses para o Poder Público.

Essas prerrogativas não são conferidas ao Estado de forma aleatória. É evidente que a complexidade das ações a cargo do Poder Público, a quantidade de litígios em que se envolve e a imensidão das estruturas estatais não podem permitir situação de inteira igualdade entre o Estado e o particular no processo. São particularidades que, de resto, se incluem em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Alguns sustentam, no entanto, que as prerrogativas processuais ofendem os princípios da igualdade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.[3161] Assim não nos parece, entretanto. Ostentando situações jurídicas diversas, não podem Estado e particular sujeitar-se às mesmas regras, porque, aí sim, estaria vulnerada a isonomia. Da mesma forma, não se afigura razoável tal resistência contra o ente público, que, bem ou mal, representa os interesses da coletividade. É certo que o Estado deve buscar maior eficiência na sua atividade, mas o fato de ser rodeado de ineficiências não tem o condão de afastar as particularidades processuais.

Entre as mais importantes particularidades processuais está a dos prazos para contestação e para recurso. Nos termos do art. 188 do CPC, *"computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público"*. A expressão *Fazenda Pública* no texto alcança a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, pessoas federativas, bem como as autarquias e as fundações autárquicas,[3162] mas não se estendem a sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas de direito privado.[3163]

Embora o texto processual faça referência ao prazo em quádruplo para *contestar*, têm os Tribunais emprestado interpretação extensiva a essa particularidade em ordem a considerar que a intenção do legislador teria sido a de alargar o prazo para a *resposta* da Fazenda, e não só para a contestação. Assim, o prazo mais longo há de abranger também a reconvenção e a exceção.[3164]

No procedimento sumário, também é prevista situação diferenciada para a Fazenda Pública. O art. 277 estabelece que o juiz deve designar a audiência de conciliação no prazo de 30 dias e que a citação do réu deve processar-se com antecedência mínima de 10 dias. O mesmo dispositivo, ressalva, porém, *in fine,* que, *"sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro".*[3165]

Outra questão relativa ao dispositivo é a pertinente ao prazo em dobro para recorrer. A lei fala em *recorrer*, ou seja, na interposição de recurso. Interpretando o texto, têm os autores defendido o entendimento de que o prazo em dobro não se estende às contrarrazões.[3166] Em compensação, o Poder Público se beneficia com o prazo em dobro também para o agravo regimental.[3167] Na qualidade de assistente, o Estado, por não se caracterizar como parte, deve sujeitar-se ao prazo normal, já que o intuito da lei foi o de privilegiar sua posição como sujeito direto da lide; ademais o art. 188, do CPC, refere-se expressamente à Fazenda como *parte*. [3168]

É importante destacar, neste passo, que essas regras quanto ao alargamento do prazo nem sempre são aplicáveis em ações regidas por leis especiais. Como bem ensina MONIZ DE ARAGÃO, tais benesses incidem sobre os procedimentos previstos no Código de Processo Civil, mas não se estendem a procedimentos regulados por leis diversas. Nesse caso, porém, é preciso distinguir: se a lei especial fixar prazo específico para resposta e recurso, é esse que prevalecerá, mesmo que interessado seja o Poder Público. Silente a lei a respeito, e fazendo remissão ao Código de Processo Civil, aplicar-se-á ao Poder Público a regalia processual.[3169]

Exemplo bem esclarecedor é o do *mandado de segurança.* A Lei nº 12.016/2009 faz algumas remissões ao CPC, indicando sua aplicabilidade (arts. 6º, § 5º; 7º, §§ 1º e 5º; e 24). Foi silente, portanto, sobre a aplicação de outros dispositivos. Desse modo, o prazo de 10 dias fixado para as informações da autoridade coatora (que normalmente é agente do Poder Público) não tem ampliação (art. 7º, I). Por outro lado, diz a lei, simplesmente, que da sentença caberá apelação, não tendo fixado qualquer prazo. Neste último caso, deve entender-se aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil, sendo então admitido o prazo em dobro para o Poder Público interpor recurso.[3170]

Outro exemplo interessante é o da *ação civil pública,* regulada pela Lei nº 7.347/85. No art. 19, admite a lei a aplicação subsidiária do Código de Processo

Civil naquilo que não contrariar suas disposições. Por outro lado, o art. 12 da Lei 7.347 admite a interposição de agravo contra a decisão que concede medida liminar ao autor, mas não fixa prazo específico para o recurso. Desse modo, incide o CPC, que fixa o prazo normal de 10 dias (art. 522); se recorrente for o Poder Público, o prazo será em dobro, ou seja, de 20 dias, aplicando-se o art. 188 do estatuto processual civil. O mesmo se dará para o recurso de apelação interposto contra a sentença: não tendo a lei fixado prazo especial, incidem as normas do Código de Processo Civil.

No caso da *ação popular,* regulada pela Lei nº 4.717/65, fato diverso se passa. A despeito de admitir a incidência supletiva do CPC no que não contrariar suas disposições (art. 22), a lei fixou prazo específico de 20 dias, prorrogáveis por mais 20, para a contestação (art. 7º, IV). Fixando tal prazo, de modo específico, a lei pretendeu que ele fosse comum e não ampliado a todos os réus, ainda que entre eles estivessem a União, o Estado etc.[3171]

As pessoas jurídicas de direito público são, em regra, beneficiadas pelo duplo grau obrigatório de jurisdição, vale dizer, não produzem efeito senão depois de confirmadas pelo tribunal as sentenças proferidas contra a União, Estados, Distrito Federal e o Município, bem como contra as respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 475, I, CPC, com a redação da Lei nº 10.352, de 26/12/2001). [3172] A mesma garantia é prevista para as sentenças que julgam procedentes embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 475, II, CPC, também com a redação da Lei nº 10.352/2001).

Tais prerrogativas processuais, entretanto, não mais são absolutas, passando a sofrer algumas restrições. Assim é que não se aplica o duplo grau obrigatório quando a condenação, ou o direito em discussão, for de valor certo não excedente de sessenta salários mínimos, ou ainda quando a dívida ativa, na execução fazendária, for de idêntico valor.[3173] Também não se aplica a particularidade no caso de a sentença ter suporte em jurisprudência do Plenário do STF ou em súmula deste Tribunal ou de outro tribunal superior competente.[3174] -[3175]

Por via de consequência, as pessoas públicas privilegiadas, nas causas com tais peculiaridades, deverão interpor recurso voluntário se quiserem ver suas razões apreciadas pelo órgão jurisdicional *ad quem*. No caso da remessa *ex officio* obrigatória, contudo, devolve-se ao Tribunal o reexame de todas as parcelas de condenação a

que se submete a Fazenda Pública, incluindo-se a correspondente aos honorários de advogado.[3176] Entretanto, no caso de a Fazenda não oferecer recurso voluntário, limitando-se a permitir de ofício a subida do processo, descaberá o recurso especial contra decisão do Tribunal de segundo grau de jurisdição: a razão é a existência de preclusão lógica impeditiva da admissibilidade do aludido recurso, além de não ser razoável beneficiar, *a posteriori,* a parte omissa e desinteressada, no caso a Fazenda.[3177] Esse nos parece o melhor entendimento, a despeito de já se ter decidido em sentido oposto.[3178]

Podem as pessoas públicas estabelecer que causas aquém de determinada importância sejam consideradas como *ações de pequeno valor,* ensejando a sua desistência pela respectiva entidade. Tais valores, no entanto, devem ser fixados por lei, já que se trata de renúncia a direito, e, além disso, deve ter como justificativa o fato de ser mais gravosa a continuidade da causa, com prejuízo para a Fazenda. É o caso da Lei nº 9.469/97 (art. 1º), dirigida à Administração federal. Entretanto, cuida-se de faculdade da Administração, sendo vedado ao juiz extinguir a ação *ex officio,* como já pacificado nos Tribunais.[3179]

No que tange ao depósito prévio de 5% sobre o valor da causa quando da propositura de ação rescisória, exigido do autor a título de multa no caso de a ação ser improcedente ou declarada inadmissível por unanimidade de votos (art. 488, II, CPC), a lei processual contempla outra particularidade, dispensando o Poder Público do cumprimento de tal exigência quando forem partes autoras a União, o Estado, o Município e o Ministério Público (art. 488, parágrafo único, CPC). Para uns o privilégio abrange o depósito prévio e a multa, ao passo que para outros se limita apenas ao depósito, sendo devida a multa se ação for unanimemente julgada improcedente ou inadmissível.[3180] Em nossa visão, não há lógica nesta última posição: se é admitida a dispensa do próprio depósito, que vale como multa de acordo com o texto legal, não há como permanecer a multa. Sem a premissa, não incide a conclusão, salvo, é óbvio, se a lei o dissesse clara e expressamente, o que não ocorreu.

Diante do texto do citado art. 488, II, do CPC, que nenhuma referência fez às autarquias e fundações de direito público de natureza autárquica, parece-nos que o privilégio não incide sobre ações rescisórias ajuizadas pelas referidas entidades,[3181] Não obstante, e mediante interpretação extensiva, alguns julgados

estenderam-lhes o benefício processual.[3182] A Lei nº 9.028/95, por outro lado, isentou a União, suas autarquias e fundações de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias.[3183] Por tal motivo, já se pacificou a jurisprudência no sentido da aplicação do benefício a todas as citadas entidades.[3184]

Algumas controvérsias surgiram a respeito da *tutela antecipada* contra a Fazenda Pública, prevista no art. 1º da Lei nº 9.494/97, no qual foram criadas várias restrições para a admissibilidade da medida. Segundo alguns estudiosos, tal dispositivo seria inconstitucional por contemplar prerrogativa ofensiva aos princípios da igualdade das partes no processo e da razoabilidade. O STF, entretanto, adotando, a nosso ver, o melhor entendimento, declarou a constitucionalidade da norma, sob o argumento de que a matéria se insere no campo natural de competência do legislador federal, que, inclusive, já houvera instituído outras particularidades em favor da Fazenda Pública.[3185]

Quanto à *execução* contra a Fazenda Pública, embora seja pacífica a sua admissibilidade quando fundada em título judicial, há algumas divergências quanto à *execução por título extrajudicial*, dada a impossibilidade de ser decretada a penhora de bens públicos. Nenhuma razão, entretanto, justificaria a impossibilidade, até porque inexiste mandamento constitucional em tal sentido. Assim, pode ser instaurada execução contra a Fazenda fundada em título extrajudicial, desde que, é claro, se observe o procedimento estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC, em que a Fazenda é citada para opor embargos, e não para pagamento imediato do débito como ocorre nas execuções contra particulares.[3186]

O prazo para a Fazenda oferecer embargos à execução é atualmente de trinta dias.[3187] -[3188] No caso de não haver oposição de embargos, entretanto, não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda, como registra o art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97.[3189] Quanto à matéria, há entendimento jurisprudencial, inclusive sumulado, de que a norma somente se aplica às execuções individuais reguladas pelo Cód. Proc. Civil, não incidindo, porém, nas execuções decorrentes de *ação civil pública* e de *ação coletiva*, nas quais se faz necessária a contratação de advogado para promover a liquidação do débito, fase em que existe alto conteúdo cognitivo, inclusive para a comprovação da titularidade do direito do exequente.[3190] Em consequência, caberá à Fazenda, nessas hipóteses, arcar com o

pagamento dos honorários.

A garantia do crédito, na execução, não se fará pela penhora, mas sim pelo regime de precatórios previsto naqueles dispositivos e no art. 100 da Carta vigente. [3191] A *execução provisória* contra a Fazenda, no entanto, não tem sido admitida, constituindo fundamento o fato de que somente pode ser incluído no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentença transitada em julgado.[3192]

A Lei nº 11.232, de 22.12.2005 introduziu diversas alterações no Código de Processo Civil, mas teve o escopo principal de estabelecer a fase de *cumprimento das sentenças* no processo de conhecimento e de revogar dispositivos sobre a execução fundada em título judicial. O capítulo relativo ao cumprimento da sentença passou a disciplinar a execução de obrigação por quantia certa, execução que retrata apenas uma fase do processo de cognição – a fase final. Por via de consequência, a execução, nesse caso, não mais reflete um processo autônomo, mas, ao contrário, consiste em mero prolongamento do processo de conhecimento (tal, aliás, como já ocorrera com a execução para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e de dar coisa certa, previstas nos arts. 461 e 461-A, do CPC). De outro lado, foram revogados todos os dispositivos que regulavam a *liquidação* da sentença (arts. 603 a 611), constantes do Livro II (processo de execução), e substituídos pelos arts. 475-A a 475-H, formando estes o novo capítulo destinado à liquidação, agora situado no Livro I (processo de conhecimento).

O novo sistema instituiu a figura da *impugnação* como instrumento de defesa do devedor em algumas situações processuais (arts. 475-J e 475-L) e aboliu a antiga defesa por meio de *embargos do devedor* na execução fundada em sentença. Assim, o capítulo respectivo, que abrange os arts. 741 a 743, passou a ser denominado de *"Embargos à execução contra a Fazenda Pública"* (antes, denominava-se *"Embargos à execução fundada em sentença"*). O efeito de tais alterações está em que, nas execuções por quantia certa, o devedor formaliza sua irresignação por meio de *impugnação*, ao passo que *a Fazenda Pública, quando na qualidade de executada, continuará a utilizar os embargos do devedor para hostilizar a execução*; somente a ela, pois, continuarão aplicáveis os citados arts. 741 a 743 do estatuto processual. A despeito de controvérsia doutrinária, entendemos que a execução contra a Fazenda continua a adotar o sistema anterior, ou seja, o de *processo autônomo*.[3193]

A Fazenda Pública submete-se a normas especiais para o *processo de execução* de

sua dívida ativa. Regula o processo a Lei nº 6.830, de 22/9/80, aplicando-se subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil sobre a matéria. *Dívida ativa*, como prevê o art. 2º do referido diploma, é aquela definida como tributária ou não tributária pela Lei nº 4.320, de 17.3.64, que estabelece normas de direito financeiro. Quanto ao aspecto subjetivo, a dívida ativa alcança a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, incluindo-se nestas as fundações governamentais de direito público por serem consideradas espécie de autarquias. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, todavia, considerada autarquia especial não sujeita a controle estatal (Lei 4.320/64), não tem seus créditos qualificados como de natureza tributária, de modo que sua execução não obedece à disciplina prevista na Lei nº 6.830/80, como já decidiu o STJ.[3194]

Quanto à *penhora*, restou consagrado o entendimento, fundado no CPC e na Lei nº 6.830/80, de que, em *execução* promovida pela Fazenda Pública, é lícito que esta recuse a substituição do bem penhorado por precatórios judiciais, não prevalecendo, por conseguinte, a tese suscitada pela qual a execução deveria ser a menos gravosa para o executado.[3195]

Tem lavrado certa divergência a respeito da *intimação* do representante da Fazenda Pública nas execuções fiscais. Segundo dispõe o art. 25, da Lei nº 6.830/80 (lei de execuções fiscais), a intimação deve ser *pessoal*, não se considerando válida se for processada pela só publicação ou por carta, mesmo registrada.[3196] Entretanto, tem-se considerado que equivale a tal forma a intimação por carta registrada (com o devido aviso de recebimento – AR) dirigida ao Procurador da Fazenda, quando este órgão se situar fora da sede do juízo por onde tramita o processo de execução. Argumenta-se que a interpretação literal do texto não aproveita a ninguém, pois que provoca a paralisação e a eternização das execuções fiscais que têm curso em comarcas do interior, nas quais não esteja situado o órgão de representação fazendária.[3197] Em nosso entendimento, afigura-se correta a interpretação ampliativa do citado dispositivo. Podemos asseverar, aliás, que atualmente essa orientação é obrigatória diante dos termos do art. 5º, LXXVIII, da CF, inserido pela E.C. 45/2004, que assegura a todos o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de seus trâmites.

Outra particularidade processual atinente ao Poder Público diz respeito à *ação monitória*. Estando disciplinada nos arts. 1.102-a a 1.102-c, do Código de Processo

Civil, a ação monitória é adequada àquele que pretende, com fundamento em prova escrita não dotada da eficácia de título executivo, o pagamento de determinada importância ou a entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel. No que toca a tal ação, já foi decidido ser ela incabível para cobrança de débito da Fazenda Pública. Primeiramente, porque o pagamento imediato contraria o sistema de precatórios, previsto no art. 100 da CF. Em segundo lugar, porque se prevê a conversão do mandado inicial em mandado executivo, passível de penhora de bens, o que afronta o postulado da impenhorabilidade dos bens públicos.[3198]

Quando, no Tribunal, o Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, CPC), a parte interessada pode interpor, em cinco dias, *agravo* dessa decisão, dirigido ao órgão competente para julgamento (art. 557, § 1º, CPC). Se esse agravo for manifestamente inadmissível ou infundado, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, sendo que a interposição (*rectius:* o conhecimento) de outro recurso fica condicionada ao depósito do respectivo valor (art. 557, § 2º). Se a multa for aplicada à Fazenda Pública, estará ela, no caso de interpor outro recurso, sujeita à mesma obrigação, ou seja, a de comprovar que efetuou o devido depósito.[3199] Não obstante, há entendimento diverso: como o art. 1º-A da Lei nº 9.494/97 dispensa as pessoas de direito público de efetuar depósito prévio para interposição de recurso, estariam elas dispensadas, da mesma forma, de depositar a citada multa, que também retrata condição para a mesma interposição. Além do mais, o art. 488, parágr.único, do CPC, isenta o Poder Público do depósito prévio para cobrir eventual multa em ação rescisória, sendo que essa multa tem a mesma natureza da prevista no art. 557, § 2º, CPC.[3200] Considerando a interpretação sistemática e lógica da matéria, pela qual onde está a norma também deve estar a sua razão (*"ubi eadem ratio ibi eadem dispositio"*), parece-nos acertada esta última linha de pensamento.

A Lei nº 11.419, de 19.12.2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial, passando a admitir o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais. Entre outras normas, estabelece o art. 9º que no processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, *inclusive da Fazenda Pública*, serão feitas por meio eletrônico. Não haverá, portanto, nessa parte qualquer prerrogativa especial

em favor da Fazenda, distinta do tratamento normalmente dispensado às partes privadas no processo eletrônico.

7. Despesas Judiciais

O Poder Público, ao contrário das partes em geral, não adianta despesas judiciais, inclusive o pagamento de valor relativo à postagem de carta para citação postal.[3201] Se for vencido na ação, deverá pagá-las ao final (art. 27, CPC). Em se tratando, porém, de execução fiscal, processada na Justiça Estadual, é dever da Fazenda Pública antecipar a importância destinada ao custeio das despesas com o transporte dos Oficiais de Justiça, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 190).

Mesmo na hipótese de serem devidas custas processuais, por força de decisão judicial, o pagamento respectivo só pode ser exigido através de precatório judicial, e não diretamente como advogam certos órgãos do Judiciário. Nesse sentido já se definiu o STF em questão que envolvia autarquia, e que, por isso mesmo, deve aplicar-se às demais pessoas públicas.[3202]

A sucumbência na ação, por outro lado, obriga o Poder Público a pagar os honorários advocatícios ao vencedor, e nesse caso incidem normalmente as regras do art. 20 e parágrafos do CPC. Contudo, não são devidos honorários quando a Defensoria Pública litiga contra o próprio ente federativo a que pertence;[3203] não obstante, se o litígio tem como parte adversa outro ente federativo, como, por exemplo, quando litiga contra Município, e há previsão na lei respectiva, é admissível a cobrança de honorários.[3204]

Há exceção para procedimentos especiais. No *habeas corpus* e no *habeas data* não são devidas custas nem honorários advocatícios por força de expresso mandamento constitucional (art. 5º, LXXVII, CF).

Em relação aos honorários periciais, funda discrepância surgiu na hipótese de ser a Fazenda parte no processo. Finalmente, a Súmula nº 232 do STJ definiu a questão, assentando: *"A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito"*.[3205]

De acordo com o art. 1º-A, da Lei 9.494, de 10.09.97, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais estão dispensadas de efetuar *depósito prévio* para a interposição de *recurso*.[3206]

Em qualquer condenação imposta à Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, com vistas à *atualização monetária, remuneração de capital* e *compensação da mora*, incidirão uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à *caderneta de poupança*.[3207] É verdade que há entendimento de que deve prevalecer o art. 406 do Código Civil, que remete ao percentual cobrado no caso de mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, ou seja, de doze por cento ao ano, como prevê o art. 161, § 1º, Cód. Tributário Nacional.[3208] Ousamos dissentir desse entendimento: a Lei nº 9.494/97 é lei especial e, portanto, insuscetível de alteração ou revogação por lei geral superveniente, no caso o Código Civil.[3209]

8. Pagamento dos Créditos de Terceiros

A matéria relativa ao pagamento, por *precatórios judiciais*, dos créditos de terceiros contra a Fazenda Pública, em virtude de decisão judicial, está disciplinada basicamente no art. 100 da Constituição – dispositivo que tem sofrido frequentes alterações, numa demonstração de toda a falta de estabilidade normativa que caracteriza nosso ordenamento. A última modificação adveio com a *Emenda Constitucional nº 62, de 09.12.2009*, com o que concluímos mais conveniente reescrever o presente tópico para melhor compreensão dos leitores.

Segundo dispõe o art. 100, *caput*, da CF, regra básica do sistema, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em face de sentença judicial, devem ser efetuados exclusivamente na *ordem cronológica* de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos. Para a preservação do princípio da impessoalidade, é vedada a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para a referida finalidade.

O sistema visa a substituir o procedimento de execução judicial, adotado pela lei processual para as pessoas de direito privado em geral. Figuras processuais, como a penhora, praça, adjudicação e outras do gênero, não se incluem no procedimento requisitório utilizado para as pessoas públicas. Sendo diverso o procedimento, diversa também será a garantia dos credores, imprescindível à satisfação dos créditos.

As Fazendas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais – todas retratando a *Fazenda Pública* – são representadas pelas *pessoas jurídicas de direito público*: os entes

federativos, as autarquias e as fundações de direito público (estas de natureza autárquica).[3210] *Pessoas administrativas de direito privado*, por outro lado, não se incluem no sistema, sendo sujeitas à execução normal regida pela lei processual civil.[3211] Lei que lhes atribua o privilégio do sistema de precatórios tem a eiva da inconstitucionalidade.[3212]

De acordo com esse procedimento especial, a execução dos créditos de terceiros contra a Fazenda, uma vez transitada em julgado a sentença, materializa-se pelos precatórios, que correspondem a *requisições* do Judiciário ao Executivo, de forma a constituir-se uma relação em *ordem cronológica* de apresentação, conferindo método mais justo para recebimento dos créditos pelos credores fazendários. Além dessa forma regular de recebimento do crédito, foi instituída uma outra: a *faculdade* de o credor utilizar o precatório para *aquisição de imóvel público* da unidade federativa devedora, exigindo-se apenas que haja regulamentação em lei do mesmo ente.[3213]

Anote-se, por oportuno, que a relação de créditos é atribuída a cada ente público, não se entrelaçando com a de outro. Ou seja: são *autônomas* entre si. Assim, não se considera rompida a ordem cronológica relativamente a entes diversos, ainda que referentes à mesma unidade federativa. É o caso, v.g., de débitos de um Estado e de autarquia a ele vinculada.[3214]

Há alguns débitos fazendários especiais, no entanto, que devem ser pagos com preferência sobre os demais e, portanto, não obedecem à ordem cronológica: são os *débitos de natureza alimentícia* – aqueles que se originam de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, com base em responsabilidade civil (art. 100, § 1º, CF). A despeito, porém, da natureza especial desses créditos, o pagamento demanda necessariamente a observância do regime de precatórios, tendo apenas preferência na ordem cronológica em relação aos outros créditos.[3215]

A EC 62/2009 introduziu outra categoria de débitos, passando eles a ostentar maior preferência do que os demais: são os débitos de *natureza alimentícia*, cujos titulares tenham *60 anos de idade* ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de *doença grave*, conforme definição legal. Todavia, nem sempre haverá a preferência: o limite do crédito é o valor equivalente ao triplo do que for fixado em lei para os débitos de pequeno valor. Caso seja superior, o crédito

comporta fracionamento para que parte dele seja pago com preferência, ficando o remanescente para ser pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. [3216]

A Constituição abre exceção no que toca ao sistema de precatórios: a ele não se submetem os pagamentos das *obrigações definidas em lei como de pequeno valor*, devidas pela Fazenda por força de decisão judicial. Significa que o titular de crédito dessa natureza não ingressa na lista dos precatórios, o que lhe permite receber seu crédito de imediato, sem enfrentar a longa fila dos credores da Fazenda (art. 100, § 3º, CF). Podemos citar dois exemplos. Primeiramente, a Lei nº 8.213, de 24.07.91 (Previdência Social), dispensa o precatório quando o crédito, oriundo de reajuste ou concessão de *benefícios previdenciários*, tem por limite o valor de R$ 5.180,25, por autor.[3217] Depois, a Lei nº 10.259, de 12.07.2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, considera de pequeno valor a obrigação de até 60 salários mínimos.[3218] Nesses casos, não há precatório: o juiz expede o mandado requisitório (RPV – Requisição de Pequeno Valor) para pagamento de imediato ou no prazo fixado na lei.

Para a aplicação desse preceito, entretanto, urge considerar as gigantescas diferenças quanto aos recursos financeiros dos diversos entes federativos. Em outras palavras, são abismais as distâncias que separam as *capacidades econômicas* dos entes. Exatamente por tal motivo, foi-lhes autorizada a edição de leis próprias com a indicação de valores distintos para a fixação da obrigação de *pequeno valor*. Contudo, o valor mínimo fixado terá que ser igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.[3219] A não ser assim, a lei poderia indicar valor tão insignificante que, transversamente, lançaria por terra o elemento inspirador do benefício.[3220]

A satisfação de créditos de pequeno valor, por outro lado, reclama algumas cautelas para evitar artifícios fraudulentos. Não cabe a expedição de *precatórios complementares* ou *suplementares* do valor já pago, com o fim de enquadramento como obrigação de pequeno valor. Também não se admite, para o mesmo objetivo, *fracionamento, repartição* ou *quebra* do valor da execução, pois que não foi esse o escopo da norma; o objetivo foi o de afastar do sistema de precatórios o débito de pequeno valor, considerado em sua integralidade. Assim, se o crédito é superior ao limite, deve ser pago normalmente pelo regime de precatórios.[3221] Essa a razão

das mencionadas vedações.[3222] Não obstante, pode o credor *renunciar* à importância excedente ao limite de forma a remanescer apenas o valor suscetível de pagamento direto.[3223]

No que tange ao fracionamento do crédito, já se decidiu não constituir ofensa ao art. 100, § 8º, da CF (antigo art. 100, § 4º), o desmembramento do valor da execução em *parcelas controversa e incontroversa*, hipótese em que não haveria alteração do regime de pagamento, definido pelo valor integral da obrigação. Desse modo, é lícito ao credor prosseguir a execução contra a Fazenda em relação à parte incontroversa, aplicando-se, em consequência, o art. 739-A, § 3º, do CPC, que admite o prosseguimento da execução, independentemente do trânsito em julgado, da parte não contestada na decisão. Deflui daí, pois, que poderão ser expedidas duas ordens judiciais de pagamento, uma imediata relativa à parcela incontroversa e outra *a posteriori*, quando se definir o *quantum* correspondente à parcela controversa. [3224]

Os entes públicos são obrigados a incluir em seu *orçamento* os recursos necessários ao pagamento de seus débitos, fixados em decisão judicial, relativos a precatórios apresentados até 1º de julho, devendo o respectivo pagamento ser efetuado até o final do exercício seguinte, ocasião em que serão atualizados (art. 100, § 5º, CF). Resulta do mandamento que, sendo o precatório apresentado após aquela data, só será incluído o débito no orçamento do ano seguinte, sendo pago no ano subsequente a este.[3225]

Dispõe o art. 100, § 6º, da CF, que as dotações orçamentárias e os créditos abertos são *consignados diretamente ao Poder Judiciário*, de forma a permitir que o Presidente do Tribunal possa determinar o pagamento ao credor fazendário. Veda-se-lhe, no entanto, que, por ação ou omissão, *retarde ou tente frustrar* a liquidação regular dos precatórios. Se o fizer, a conduta configura-se como crime de responsabilidade. A EC 62/2009 acrescentou outro efeito: o Presidente responderá perante o Conselho Nacional de Justiça.[3226] Significa que, comprovada a prática do crime de responsabilidade, poderá o CNJ aplicar-lhe sanção de disponibilidade ou aposentadoria com proventos proporcionais, isso sem prejuízo do poder correicional do próprio Tribunal a que pertence.[3227]

Compete ao Presidente do Tribunal autorizar, a pedido do credor, o *sequestro* da importância correspondente ao débito se houver *preterimento* de seu direito de

precedência. Pode inferir-se, desse modo, que o credor tem direito subjetivo à observância da ordem de inscrição dos créditos. A EC 62/2009 trouxe novo motivo para o sequestro: a *não alocação orçamentária*, pelo ente público, do valor necessário à satisfação de seu débito (art. 100, § 6º, CF). Vale a pena realçar, neste passo, que a medida de sequestro, por sua gravidade, só pode ser aplicada mediante a ocorrência dos referidos suportes fáticos, e não de qualquer outro sem previsão constitucional.[3228]

Algumas inovações, além das já apontadas, foram introduzidas na disciplina dos precatórios judiciais pela EC 62/2009.

Uma delas é o *abatimento* no valor do precatório, para o fim de *compensação*, dos débitos líquidos e certos do credor para com o ente público devedor, sejam eles inscritos ou não na dívida pública. A exceção corre por conta dos débitos cuja execução esteja com seu curso suspenso por força de questionamento administrativo ou judicial.[3229] Para efetivação da norma, deverá o Tribunal solicitar ao ente público devedor a *informação* sobre eventuais débitos de seu credor; se a resposta não ocorrer em no máximo 30 dias, o crédito do ente público permanece, mas ele perde o direito ao abatimento. É a sanção decorrente de sua inércia.[3230]

Inovou-se também em relação à *atualização dos valores*. A partir da EC 62/2009, a atualização dos valores requisitórios, entre o momento da expedição até o efetivo pagamento, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, independentemente da natureza da requisição. No caso de mora, aplicar-se-ão *juros simples* no mesmo percentual dos juros que incidem sobre a caderneta de poupança. Entretanto, não haverá incidência de *juros compensatórios*.[3231]

Outra novidade foi a possibilidade de *cessão*, total ou parcial, *de precatórios* a terceiros, sem ser exigida a anuência do ente devedor; em outras palavras, a intenção deste não interfere na liberdade de o credor efetuar a cessão. Em contraposição, o cessionário não poderá socorrer-se dos benefícios previstos para idosos e para os credores de obrigações de pequeno valor, previstos no art. 100, §§ 2º e 3º, da CF. Por outro lado, a produção de efeitos da cessão fica condicionada à comunicação, por petição, ao tribunal de origem e à entidade devedora.[3232]

Débitos de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios podem ser *assumidos* pela União, na forma que a lei estabelecer; trata-se, entretanto, de mera

faculdade, cabendo ao governo federal a valoração da conveniência na adoção da medida. *Lei complementar* poderá instituir *regime especial* para pagamento de precatórios dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com a previsão, inclusive, de vinculações à receita corrente líquida, forma e prazo de liquidação.[3233]

Além da disciplina que acabamos de comentar, de cunho definitivo e constante do bojo da Constituição, diversas são as *normas transitórias*, incluídas no ADCT da Carta, que dispõem de aspectos especiais sobre os precatórios. Vejam-se, para consulta, os arts. 33, 78, 86, 87 e 97, do ADCT, nos quais se trata de parcelamento de débitos, adiamento de seus pagamentos, fixação de limites para as obrigações de pequeno valor e, conforme a EC 62/2009, regime especial, formas e prazos de pagamento e leilão de precatórios.

A propósito, o *art. 78 do ADCT da CF,* introduzido pela EC 30/2000, teve sua eficácia suspensa, em medida cautelar, por sua aparente inconstitucionalidade. O dispositivo prevê a liquidação, em prestações anuais e no prazo máximo de dez anos, dos precatórios pendentes na data da promulgação da Emenda, desvirtuando o escopo do sistema, de assegurar igualdade aos credores e frustrar tratamentos discriminatórios. Entendeu-se ofendida a Constituição: de um lado, a norma teria agredido as *situações jurídicas definitivamente constituídas,* prejudicando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; de outro, não poderia ter tomado como paradigma o art. 33 do ADCT da CF (que também admite parcelamento), uma vez que este proveio do Constituinte originário e soberano, contrariamente ao que ocorreu com a EC 30, esta sujeita a uma série de limitações constitucionais. Violados foram, ainda, os princípios da separação de Poderes, tendo em vista a ofensa à autoridade da coisa julgada, e da segurança jurídica, por meio do qual o Estado infunde nos administrados presunção de estabilidade de seus atos, como já acentuado anteriormente.[3234]

Em outra vertente, o STF decidiu que, no caso do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT da CF, *não devem incidir juros moratórios e compensatórios* sobre as parcelas a serem pagas pelo ente público. Fundou-se a decisão em que os juros já são calculados à ocasião da formação integral do débito e do precatório, cabendo apenas a atualização monetária das parcelas para preservar o valor real em favor do credor. Além disso, a intenção do parcelamento fora somente a de atenuar a grave situação em que se encontravam os orçamentos de algumas pessoas federativas.

[3235]

Em nosso entender, poucos institutos ofendem tão gravosamente o direito de cidadania quanto o sistema de precatórios judiciais disciplinado na Constituição. Reflete, na verdade, um total desrespeito aos credores dos entes públicos, que, depois de intermináveis demandas judiciais, ainda têm que sujeitar-se à inadimplência do Estado para pagamento de seus débitos. O *leilão de precatórios*, por exemplo, novidade criada pela já citada EC 62/2009, é algo que causa indignação e repúdio por parte da sociedade, sendo, com justiça, alvo de severas críticas: de fato, para evitar a demora no recebimento dos créditos, os credores podem habilitar-se para negociar seus precatórios *com deságio,* numa autêntica fraude oficial contra os titulares de créditos públicos. Estes não dispõem de alternativas: ou recebem os créditos nas calendas (o que é o mesmo que não os receber) ou, se quiserem recebê-los, serão obrigados a aceitar valor inferior ao do crédito original.

A despeito da previsão constitucional do sistema de precatórios, tem crescido na doutrina o entendimento segundo o qual não haverá impedimento à celebração de *acordo judicial* entre a Fazenda e seu credor, mormente quando este se propõe à concessão de descontos em relação ao débito integral. Esse tipo de ajuste guarda consonância com os princípios da *economicidade,* da *eficiência e* da *celeridade* da atividade administrativa. É claro que cada hipótese deve ser analisada em vista de suas particularidades. O que é vedado, obviamente, é o ajuste com o propósito de favorecer determinado credor, em flagrante desvio de finalidade; aqui o acordo se sujeita à invalidação e o administrador à responsabilidade por improbidade administrativa. Avulta observar, ainda, que a quitação consensual do débito permite desfecho imediato para certos litígios, sem que estes se arrastem por anos a fio, muitas vezes com antevisão do resultado desfavorável à Fazenda, sem contar com a imposição de outros ônus em virtude do tempo decorrido.[3236]

Os precatórios, como regra, geram a instauração de *processo administrativo* com trâmite perante órgão administrativo do Tribunal e isso porque, além de retratar o elo de contato entre o Judiciário e o Executivo, pode haver nesse procedimento ensejo para o surgimento de incidente que reclame solução nessa via. Por esse motivo, várias questões esporádicas têm sido suscitadas no que tange ao procedimento.

Numa delas se decidiu que compete ao juiz que proferiu a sentença a decisão

de questões relativas ao cumprimento do precatório, cabendo o Presidente do Tribunal apenas apurar a exatidão dos cálculos e aferir o exato cumprimento da requisição.[3237]

Não se configurando esse processo como *causa*, não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.[3238] Desse modo, os atos do presidente do Tribunal que tratam de processamento e pagamento de precatórios não têm caráter jurisdicional.[3239]

Sobre a questão do reexame de precatórios, a Lei nº 9.494/97 passou a dispor que "*são passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor*".[3240] O intuito do dispositivo foi o de submeter os cálculos efetuados pelo juízo *a quo* a nova aferição, evitando-se pagamento a maior ou a menor. no que tange ao valor realmente devido. O Tribunal deverá estruturar-se e instalar órgão próprio para a referida tarefa. A esse órgão caberá proceder à revisão "*ex officio*", mas o interessado, no caso de omissão do órgão judicial, pode requerer a revisão e até mesmo impugná-la; é que dentro do poder de postular o reexame, como assegura a lei, já se insere a faculdade de rechaçar o resultado da revisão, como efeito do postulado do contraditório e da ampla defesa.

VII. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 101: *O mandado de segurança não substitui a ação popular.*

Súmula 266: *Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.*

Súmula 267: *Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*

Súmula 268: *Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.*

Súmula 269: *O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.*

Súmula 271: *Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.*

Súmula 304: *Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada*

contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.

Súmula 330: *O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos tribunais de justiça dos estados.*

Súmula 346: *A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*

Súmula 347: *O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.*

Súmula 383: *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.*

Súmula 392: *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.*

Súmula 405: *Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.*

Súmula 429: *A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.*

Súmula 430: *Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.*

Súmula 433: *É competente o Tribunal Regional do Trabalho para julgar mandado de segurança contra ato de seu presidente em execução de sentença trabalhista.*

Súmula 473: *A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Súmula 510: *Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.*

Súmula 512: *Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.*

Súmula 597: *Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.*

Súmula 622: *Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.*

Súmula 623: *Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, n, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.*

Súmula 624: *Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais.*

Súmula 625: *Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.*

Súmula 626: *A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.*

Súmula 629: *A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.*

Súmula 630: *A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.*

Súmula 631: *Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.*

Súmula 632: *É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.*

Súmula 644: *Ao titular de cargo de Procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo.*

Súmula 655: *A exceção prevista no art. 100,* caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.*

Súmula 733: *Não cabe Recurso Extraordinário contra decisão proferida no precessamento de precatórios.*

Súmula 735: *Não cabe Recurso Extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.*

SÚMULAS VINCULANTES

Súmula Vinculante nº 3: *Nos processos perante o Tribunal de Contas da União*

asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Súmula Vinculante nº 5: *A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*

Súmula Vinculante nº 21: *É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 2: *Não cabe o Habeas Data se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.*

Súmula 39: *Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.*

Súmula 85: *Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.*

Súmula 105: *Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.*

Súmula 116: *A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.*

Súmula 144: *Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.*

Súmula 169: *São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.*

Súmula 175: *Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.*

Súmula 177: *O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para proceder e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.*

Súmula 183: *Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de Vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.* (O STJ, por sua 1ª Seção, cancelou esta Súmula, ao julgar o EDD no CC 27.676-BA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 8/11/2000; vide *Informativo STJ* nº 77,

nov./2000).

Súmula 190: *Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos Oficiais de Justiça.*

Súmula 213: *O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

Súmula 217: *Não cabe agravo de decisão que indefere pedido de suspensão de execução da liminar ou da sentença em mandado de segurança* (esta Súmula foi cancelada pelo STJ no julgamento do Agr. Regim. na Susp. Seg. nº 1.204-AM, Corte Especial, em 23/10/2003).

Súmula 224: *Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos, e não suscitar conflito.*

Súmula 232: *A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.*

Súmula 270: *O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal.*

Súmula 279: *É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.*

Súmula 311: *Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.*

Súmula 324: *Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada a entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército.*

Súmula 325: *A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.*

Súmula 329: *O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.*

Súmula 333: *Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.*

Súmula 339: *É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública.*

Súmula 343: *É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.*

Súmula 345: *São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferidas em ações coletivas, ainda que não embargadas.*

Súmula 373: *É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.*

Súmula 376: *Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.*

Súmula 398: *A prescrição da ação para pleitear os juros progressivos sobre os saldos de conta vinculada do FGTS não atinge o fundo de direito, limitando-se às parcelas vencidas.*

Súmula 406: *A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatórios.*

Súmula 409: *Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício.*

Súmula 421: *Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.*

Súmula 452: *A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício.*

Súmula 460: *É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.*

Súmula 470: *O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado.* (2010)

Capítulo XVI -

Bens Públicos

I. Introdução

1. Domínio Público

A expressão *domínio público* não tem um sentido preciso e induvidoso, como se extrai da lição dos autores que escreveram sobre o tema. Ao contrário, ela é empregada em sentidos variados, ora sendo dado o enfoque voltado para o Estado, ora sendo considerada a própria coletividade como usuária de alguns bens.

Com efeito, é comum, de um lado, a referência ao domínio público no sentido dos bens que pertencem ao domínio do Estado ou que estejam sob sua administração e regulamentação. Neste caso, o adjetivo *público* fica entrelaçado à noção de Estado, a quem é conferido um poder de dominação geral.[3241] Mas, de outro lado, pode o domínio público ser visto como um conjunto de bens destinados à coletividade, hipótese em que o mesmo adjetivo se estaria referindo *ao público*, de forma direta ou indireta. Neste ângulo, incluir-se-iam não somente os bens próprios do patrimônio do Estado, como aqueles que servissem para a utilização do público em geral, mesmo quando fossem diversos dos bens que normalmente são objeto de propriedade (como as praças públicas, por exemplo) ou quando se caracterizassem pela inapropriabilidade natural (como o ar, por exemplo). Logicamente, este último sentido traduz maior amplitude que o primeiro.

Parece-nos, pois, que, a despeito das dúvidas que o instituto suscita, melhor é considerá-lo em sentido amplo. Em consequência, podemos conceituar domínio público, na esteira de CRETELLA JÚNIOR, como *o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público.*[3242]

2. Domínio Eminente

Quando se pretende fazer referência ao poder político que permite ao Estado,

de forma geral, submeter à sua vontade todos os bens situados em seu território, emprega-se a expressão *domínio eminente.*

Domínio eminente não tem qualquer relação com o domínio de caráter patrimonial. O sentido da expressão alcança o poder geral do Estado sobre tudo quanto esteja em suas linhas territoriais, sendo esse poder decorrente de sua própria soberania. Não quer dizer que o Estado seja proprietário de todos os bens. Claro que não o é. Significa apenas a disponibilidade potencial de que é detentor em razão de seu poder soberano.[3243]

Com esse sentido, o domínio eminente abrange as três categorias de bens, os quais, em tese, se sujeitam ao poder estatal:

1) os bens públicos;
2) os bens privados; e
3) os bens não sujeitos ao regime normal da propriedade, como, por exemplo, o espaço aéreo e as águas.[3244]

Desse aspecto político, que é inerente ao sentido de domínio eminente, defluem todas as formas de investida que o Estado emprega em relação à propriedade privada. Com efeito, pode o Estado transferir a propriedade privada, por meio da desapropriação, quando há utilidade pública ou interesse social; estabelecer limitações administrativas gerais à propriedade; criar regime especial de domínio em relação a algumas espécies de bens, como os situados no subsolo, nas águas, nas florestas etc. Em outras palavras, ainda que não sendo proprietário de todos os bens, o Estado pode instituir regimes jurídicos específicos que afetam fundamente o domínio.[3245]

A noção de domínio eminente, como visto, não pode se confundir com a de *domínio patrimonial*, porque esta importa a inclusão daqueles bens que o Estado possui na qualidade de proprietário, tal como se fora uma pessoa privada.

II. Conceito

A matéria pertinente aos bens jurídicos em geral é tratada no Código Civil, que dedica um capítulo aos bens públicos e particulares. A regra básica está no art. 98, que dispõe:

"São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem".

A redação oferecida pelo Código vigente atualizou e aperfeiçoou a que constava do art. 65 do Código anterior, que só se referia, como titulares de tais bens, à União, aos Estados e aos Municípios. A despeito da relação anacrônica, compatível com a antiguidade do Código (1916), especialistas e órgãos judiciais já tinham o pensamento de que titulares dos bens públicos seriam todas as pessoas de direito público, incluindo-se nelas, portanto, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações autárquicas de direito público.[3246]

Com base no vigente dispositivo do novo Código, podemos, então, conceituar bens públicos como *todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.* Os elementos do conceito que já anteriormente apresentávamos foram sufragados pelo art. 98 do Código Civil, como é fácil concluir.

Referimo-nos a bens *de qualquer natureza*, porque na categoria se inserem os bens corpóreos e incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações.[3247] Por outro lado, a menção à propriedade *a qualquer título* funda-se na especial circunstância de que no conceito tanto se incluem os bens do domínio do Estado na qualidade de proprietário em sentido estrito, quanto aqueles outros que, de utilização pública, se sujeitam ao poder de disciplinamento e regulamentação pelo Poder Público.

É costume encontrar, em alguns textos, a expressão *bens alodiais* como relacionada aos bens públicos. A expressão foi cunhada na Idade Média e significava os bens que constituíam a propriedade definitiva – que, por isso mesmo, não estava sujeita a prazo nem a outras condições, além de beneficiar-se de isenções senhoriais feudais. Verifica-se, pois, ser impróprio o emprego da expressão na atualidade, a menos que para indicar *bens públicos livres* (*alodialidade*), o que, na prática, terá pouco reflexo quanto aos efeitos jurídicos.[3248]

O elenco das pessoas jurídicas de direito público está no art. 41, do Código

Civil. São elas: a) a União Federal; b) os Estados-membros e o Distrito Federal; c) os Municípios; d) os Territórios; e) as autarquias (inclusive as fundações de direito público e as associações públicas);[3249] f) outras pessoas de caráter público criadas por lei. Por conseguinte, deverão qualificar-se como bens públicos todos os que pertencerem a tais pessoas.

A propósito da titularidade dos bens públicos, há uma particularidade a destacar: os titulares são as *pessoas jurídicas públicas,* e não os órgãos que as compõem. Na prática, tem ocorrido o registro de propriedade atribuído a Tribunal de Justiça, Assembléia Legislativa, Ministério Público. A indicação revela apenas que o bem foi adquirido com o orçamento daquele órgão específico, estando, por isso, afetado a suas finalidades institucionais. A propriedade, todavia, é do ente estatal, no caso, o Estado-membro, e não do órgão, que não tem personalidade jurídica e representa mera repartição interna da pessoa jurídica, por mais relevantes que sejam as suas funções. O efeito jurídico exclusivo de semelhante afetação é o de que, somente por exceção, deve o bem ser desvinculado dos fins institucionais do órgão, eis que, afinal, este o adquiriu com recursos próprios.

III. Bens das Pessoas Administrativas Privadas

Segundo clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, os bens das entidades paraestatais também se consideram bens públicos. Eis as palavras do renomado publicista: *"Quanto aos bens das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços autônomos etc.), entendemos que são, também,* bens públicos com destinação especial e administração particular *das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários".*[3250]

Baseia-se o autor no fato de que tais bens são públicos em sua origem e em seus fins, e que apenas a sua administração é que é confiada à entidade paraestatal. Ressalva adiante, porém, que os referidos bens são sujeitos à oneração e sujeitam-se à penhora por dívidas da entidade, podendo, ainda, ser alienados na forma como o dispuserem seus estatutos.[3251]

O ensinamento do grande autor, entretanto, se nos afigura contraditório. Se incide sobre tais bens a normatividade básica atribuída aos bens privados, fica difícil caracterizá-los como bens públicos pela só circunstância de provirem de pessoas de direito público e de terem a finalidade de atender aos fins institucionais da entidade.

Com todo o respeito que merece o grande autor, permitimo-nos discordar de seu entendimento. Parece-nos, ao contrário, que os bens das pessoas administrativas privadas, como é o caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, *devem ser caracterizados como bens privados*, mesmo que em certos casos a extinção dessas entidades possa acarretar o retorno dos bens ao patrimônio da pessoa de direito público de onde se haviam originado.[3252] O fator que deve preponderar na referida classificação é o de que as entidades têm personalidade jurídica de direito privado e, embora vinculadas à Administração Direta, atuam normalmente com a maleabilidade própria das pessoas privadas.

Aliás, não custa lembrar que a Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades anônimas, previa expressamente, no art. 242, que os bens de sociedades de economia mista sujeitavam-se normalmente ao processo de execução e penhora de seus bens, o que indica claramente que não se poderia mesmo tratar de bens públicos, haja vista que uma das características destes é exatamente a impenhorabilidade. Apesar de o dispositivo ter sido revogado pela Lei nº 10.303, de 31/10/2001, o preceito nele contido subsiste normalmente, já que inexiste qualquer comando constitucional que autorize a extensão da qualidade de bens públicos aos referidos bens, como já tivemos a oportunidade de salientar.

O vigente Código Civil resolveu definitivamente a questão. Com efeito, dispõe claramente o art. 98 do novo diploma, conforme destacado *supra*, que bens públicos são apenas os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público interno e que todos os demais são particulares, *"seja qual for a pessoa a que pertencerem"*. Consequentemente, não há mais dúvida de que os bens de sociedades de economia mista e de empresas públicas, como entidades administrativas de direito privado que são, devem qualificar-se como *bens privados*.

Exatamente esse, diga-se de passagem, foi o entendimento do STF, a nosso ver irreparável, em mandados de segurança impetrados pelo Banco do Brasil contra decisões do Tribunal de Contas da União, que determinaram fosse instaurado procedimento de tomada de contas especial visando à apuração de danos a seus próprios cofres. Entendeu o Tribunal que os bens e direitos das sociedades de economia mista não são bens públicos, mas bens privados inconfundíveis com os bens do Estado, não incidindo, desse modo, o art. 71, II, da CF, que fixa a

competência do TCU para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.[3253]

Não obstante, a Corte, em outro julgado, decidiu diametralmente em contrário, considerando aplicável o art. 71, II, da CF, e, consequentemente, legítima a tomada de contas pretendida pelo TCU. Fundou-se a decisão na circunstância de que o prejuízo causado a uma sociedade de economia mista afetaria a parte do capital pertencente ao Poder Público (capital majoritário com direito a voto) e, com isso, causaria lesão ao erário. Além disso, foi invocado o argumento segundo o qual se afigura híbrido o regime jurídico incidente sobre tais entidades.[3254]

Em nosso entender, é preciso distinguir. Os valores e bens oriundos da gestão da empresa pública ou da sociedade de economia mista devem caracterizar-se, em princípio, como *privados,* já que, como temos visto, são elas pessoas jurídicas de direito privado (art. 98, Cód. Civil). Somente os bens e valores oriundos diretamente da pessoa controladora, normalmente a entidade federativa, e ainda não administrados pelo ente paraestatal, é que se qualificam *(si et in quantum)* como *públicos*. Dessa maneira, o controle do Tribunal de Contas executado com base no art. 71, II, da CF (que se refere a *"dinheiros, bens e valores públicos"*), somente tem incidência nestes últimos, ficando os primeiros fora do âmbito de controle.

Por conseguinte, o regime jurídico dos bens das pessoas privadas da Administração será, em princípio, o aplicável às demais pessoas privadas. Pode ocorrer que, excepcionalmente, a lei instituidora da pessoa administrativa disponha de modo diverso, criando alguma regra especial de direito público. Essa norma, é claro, será derrogatória da de direito privado, mas os bens continuarão a ser considerados como privados. Como sucede, em regra, com as pessoas privadas, a alienação e a oneração de seus bens devem atender ao que dispõem os respectivos regulamentos.

Excepcionalmente, a Lei nº 11.284, de 2.3.2006, considerou *florestas públicas*, e, pois, bens públicos (cuja gestão regula), aquelas localizadas nos entes públicos e nas *entidades da administração indireta*, sem fazer distinção entre as de direito público e de direito privado (art. 3º, I). A *ratio legis* no caso é a ampliação protetiva dos ecossistemas e da biodiversidade, sendo de maior relevância sua caracterização em virtude de estar situada em área do domínio de qualquer pessoa administrativa, do que pela natureza em si da entidade. Mas cuida-se – insistimos – de exceção ao

sistema geral adotado para a espécie.

IV. Classificação

1. Quanto à Titularidade

Os bens públicos, quanto à natureza da pessoa titular, classificam-se em *federais, estaduais, distritais e municipais*, conforme pertençam, respectivamente, à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

1.1. Bens Federais

A vigente Constituição enumera os bens da União e dos Estados, mas a enumeração não é taxativa. A enumeração tem mais o aspecto de partilha básica de alguns bens de caráter especial, que, por isso, devem merecer enfoque também especial. Os bens da União estão relacionados no art. 20, e a Carta levou em conta alguns critérios ligados à esfera federal, como a segurança nacional, a proteção à economia do país, o interesse público nacional e a extensão do bem.

Em relação à segurança nacional, são bens federais as terras devolutas necessárias à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares (inc. II); os lagos e rios limítrofes com outros países (inc. III); o mar territorial (inc. VI); e os terrenos de marinha e seus acrescidos (inc. VII).

O art. 20, inc. IV, da Carta, confere à União o domínio sobre as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países, bem como as praias marítimas. Com relação às ilhas oceânicas e costeiras, o dispositivo também as considera bens da União. Anteriormente, a norma ressalvava as ilhas que estivessem no domínio dos Estados, Municípios ou de terceiros, referidas no art. 26, II, da CF. O dispositivo, porém, sofreu alteração pela E.C. nº 46, de 8.5.2005, ampliando a ressalva e consignando serem bens da União *"as ilhas oceânicas e costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal"*.[3255]

Para proteger a economia do país, foram elencados os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (inc. V); os potenciais de energia hidráulica (inc. VIII); e os recursos minerais, inclusive os do subsolo (inc. IX).

O critério de interesse público nacional implicou a inserção das vias federais

de comunicação (inc. II); as terras devolutas necessárias à preservação ambiental (inc. II); as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos (inc. X); e as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (inc. XI).

Por fim, considerando a sua extensão, são bens federais os lagos e rios que banhem mais de um Estado (inc. III).

Deve ser consignado que, em relação aos bens que atualmente pertencem à União e aos que vierem a pertencer (art. 20, I), tanto quanto no que concerne aos recursos minerais, inclusive os do subsolo (art. 20, IX), o STF consagrou o entendimento de que neles não estão incluídas as terras de aldeamentos extintos, mesmo se os indígenas as tiverem ocupado em passado remoto.[3256]

Em relação aos bens imóveis da União, é preciso não esquecer o Decreto-lei nº 9.760, de 5/9/1946, que é o diploma básico a regulamentar os vários aspectos relacionados aos bens federais.

Vale a pena acrescentar que litígios que envolvam bens públicos federais, sejam de natureza penal, sejam de caráter civil, e que encerrem a necessidade de sua preservação, devem ser deslindados na *justiça federal*, mesmo na hipótese em que terceiro tenha a responsabilidade direta pela gestão dos bens.[3257]

1.2. Bens Estaduais e Distritais

No art. 26, a Constituição enumera os bens dos Estados:

a) as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, com a ressalva daquelas que se originem de obras da União;
b) as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio;
c) as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
d) as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Repita-se que a relação não é taxativa. Ao Estado pertencem outros bens, como, por exemplo, os prédios estaduais, a dívida ativa, os valores depositados judicialmente para a Fazenda Estadual e outros.[3258]

Em relação ao Distrito Federal, parece-nos que o rol fixado constitucionalmente a ele também se aplica. Embora a Constituição, no art. 16, se tenha referido apenas aos Estados e no art. 32, que trata do Distrito Federal, não

tenha feito alusão à matéria dos bens públicos, o certo é que não estabeleceu qualquer vedação a que houvesse identidade de tratamento no assunto. Ao contrário, emana do sistema constitucional a aproximação do Distrito Federal com os Estados-membros. Assim, não vemos razão para não lhe estender as regras relativas aos Estados.

1.3. Bens Municipais

Os Municípios não foram contemplados com a partilha constitucional de bens públicos. Todavia, é claro que há vários destes bens que lhes pertencem.

Como regra, as ruas, praças, jardins públicos, os logradouros públicos pertencem ao Município. Integram-se entre seus bens, da mesma forma, os edifícios públicos e os vários imóveis que compõem seu patrimônio. E, por fim, os dinheiros públicos municipais, os títulos de crédito e a dívida ativa também são bens municipais.[3259]

2. Quanto à Destinação

Considerando a destinação, vale dizer, o objetivo a que se destinam, os bens públicos classificam-se em:

a) bens de uso comum do povo;
b) bens de uso especial; e
c) bens dominicais.

Essa classificação não é nova. Ao tratar dos bens públicos e particulares, o Código Civil procedeu à distinção entre essas três categorias de bens, procurando explicá-la no art. 99 do Código Civil. Vejamos os dados mais significativos dessa classificação.

2.1. Bens de Uso Comum do Povo

Como deflui da própria expressão, os bens de uso comum do povo são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais ou municipais.

Nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a *destinação*

pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira ao Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público.

São bens de uso comum do povo os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças e os logradouros públicos (art. 99, I, do Código Civil).

2.2. Bens de Uso Especial

Bens de uso especial são aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. Da mesma forma que os de uso comum do povo, podem ser federais, estaduais e municipais.

Quanto ao uso em si, pode dizer-se que primordialmente cabe ao Poder Público. Os indivíduos podem utilizá-los na medida em que algumas vezes precisam estar presentes nas repartições estatais, mas essa utilização deverá observar as condições previamente estabelecidas pela pessoa pública interessada, não somente quanto à autorização, ao horário, preço e regulamento.[3260]

Aspecto que não é comumente analisado pelos estudiosos é o relativo à natureza dos bens de uso especial. O antigo Código Civil , no art. 66, II, mencionava que "*os bens de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal*". Os exemplos dados pelo dispositivo, a título de mero esclarecimento, podiam gerar dúvidas quanto à natureza dos bens que formam essa categoria, vale dizer, se deveriam ser apenas imóveis, ou se poderiam ser móveis ou imóveis. Alguns autores não faziam qualquer referência à hipótese. Mas a verdade é que, a despeito da exemplificação contida no dispositivo, devia-se ter em mira a *utilização dos bens para a consecução das atividades administrativas em geral*, razão por que poderia tratar-se de bens móveis ou imóveis.[3261]

O novo Código Civil manteve o perfil jurídico atribuído a tais bens pelo Código de 1916. Ajustou, no entanto, o seu texto, inserindo o termo "*administração*" para qualificar o nível da entidade federativa – federal, estadual, municipal e territorial, este não mencionado anteriormente. De outro lado, incluiu na categoria dos bens de uso especial os pertencentes a autarquias, quando, logicamente, estejam

a serviço de atividade inerente à função que lhes foi cometida. De acordo com o novo diploma, são bens públicos *"os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviços ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias"* (art. 99, II).[3262]

São bens de uso especial os edifícios públicos, como as escolas e universidades, os hospitais, os prédios do Executivo, Legislativo e Judiciário, os quartéis e os demais onde se situem repartições públicas; os cemitérios públicos; os aeroportos; os museus; os mercados públicos; as terras reservadas aos indígenas etc. Estão, ainda, nessa categoria, os veículos oficiais, os navios militares e todos os demais bens móveis necessários às atividades gerais da Administração, nesta incluindo-se a administração autárquica, como passou a constar do Código Civil em vigor.

Registre-se, ainda, que não perdem a característica de bens de uso especial aqueles que, objetivando a prestação de serviços públicos, estejam sendo utilizados por particulares, sobretudo sob regime de delegação.[3263]

2.3. Bens Dominicais

De acordo com o antigo Código Civil, os bens dominicais eram *"os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades"* (art. 66, III). O novo Código Civil alargou um pouco o conceito, substituindo a alusão à União, Estados e Municípios pela expressão *"pessoas jurídicas de direito público*" (art. 99, III), à evidência mais abrangente e compatível com a própria ideia de bens públicos traduzida no art. 98.

A noção é residual, porque nessa categoria se situam todos os bens que não se caracterizem como de uso comum do povo ou de uso especial.[3264] Se o bem, portanto, serve ao uso público em geral, ou se se presta à consecução das atividades administrativas, não será enquadrado como dominical.

Desse modo, são bens dominicais as terras sem destinação pública específica (entre elas, as terras devolutas, adiante estudadas), os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa. Esses é que constituem objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público.

Costuma indagar-se sobre a diferença entre *bens dominicais* e *bens dominiais*. Alguns autores empregam esta última expressão para designar aqueles bens.[3265]

Outros aludem aos bens dominicais, aduzindo que são também denominados de "dominiais".[3266] CRETELLA JUNIOR, porém distingue as noções, reservando a expressão *"bens dominiais"* como gênero indicativo dos bens do domínio do Estado e *bens dominicais* como sendo os bens que constituem o *patrimônio* dos entes públicos, objeto de direito real ou pessoal.[3267] De fato, o adjetivo "*dominicus"*, em latim, tinha o sentido de "*do senhor; o que pertence ao senhor"*.[3268] Ora, a noção ampla de *domínio* tanto envolve os bens dominicais como os de uso especial. Por isso, a expressão "*bens dominicais"*, de acordo com sua origem, nem alcança todos os bens públicos, nem somente os tidos como dominicais. Apesar da imprecisão do termo, pode considerar-se que a noção de bens dominicais implica *caráter residual*, isto é, são todos os que não estejam incluídos nas demais categorias de bens públicos. Trata-se, por conseguinte, de noção *ex vi legis*. Já a expressão "*bens dominiais"*, como distingue CRETELLA JUNIOR, deve indicar, de forma genérica, os bens que formam o domínio público em sentido amplo, sem levar em conta sua categoria, natureza ou destinação.

O novo Código Civil apresentou inovação no que concerne aos bens dominicais. Dispõe o art. 99, parágrafo único, que, não dispondo a lei em contrário, *"consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado"*. A norma é de difícil compreensão. O que significaria dar estrutura de direito privado a uma pessoa de direito público? A ideia da norma é, no mínimo, estranha. Há duas hipóteses que teriam pertinência no caso: ou a pessoa de direito público se transforma em pessoa de direito privado, logicamente adotando a estrutura própria desse tipo de entidade; ou continua sendo de direito público, apenas adaptando em sua estrutura alguns aspectos (e não podem ser todos!) próprios de pessoas de direito privado. Ao que parece, somente esta segunda hipótese se conformaria ao texto legal, mas fica difícil entender a razão do legislador. Se a intenção foi a de tornar mais flexível a disponibilização dos bens dessas entidades, qualificando-os como dominicais, seria mais razoável que a lei responsável pela introdução da nova estrutura de direito privado já atribuísse aos bens a referida qualificação, e isso porque o novo diploma já estabelece que os bens dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (art. 101). Desse modo, não nos parece ter sido feliz o legislador nessa inovação.

3. Quanto à Disponibilidade

Essa classificação tem por fim distinguir os bens públicos no que diz respeito à sua disponibilidade em relação às pessoas de direito público a que pertencem.

Sob esse prisma, podemos classificá-los em:

a) *bens indisponíveis;*

b) *bens patrimoniais indisponíveis; e*

c) *bens patrimoniais disponíveis.*

3.1. Bens Indisponíveis

Como o informa a expressão, bens indisponíveis são aqueles que não ostentam caráter tipicamente patrimonial e que, por isso mesmo, as pessoas a que pertencem não podem deles dispor. Não poder dispor, no caso, significa que não podem ser alienados ou onerados nem desvirtuados das finalidades a que estão voltados. Significa, ainda, que o Poder Público tem o dever de conservá-los, melhorá-los e mantê-los ajustados a seus fins, sempre em benefício da coletividade.

São bens indisponíveis os bens de uso comum do povo, porquanto se revestem de característica não patrimonial. Incluem-se, então, os mares, os rios, as estradas, as praças e logradouros públicos, o espaço aéreo etc., alguns deles, é óbvio, enquanto mantiverem essa destinação.

3.2. Bens Patrimoniais Indisponíveis

Essa classificação leva em consideração dois aspectos: o primeiro é o relativo à natureza patrimonial do bem público, e o segundo é a sua característica de indisponibilidade.[3269]

Tais bens possuem caráter patrimonial, porque, mesmo sendo indisponíveis, admitem em tese uma correlação de valor, sendo, por isso, suscetíveis de avaliação pecuniária. São indisponíveis, entretanto, porque utilizados efetivamente pelo Estado para alcançar os seus fins. Ainda que terceiros possam usá-los, tais bens são indisponíveis enquanto servirem aos fins estatais.

Enquadram-se nessa categoria os bens de uso especial, sejam móveis ou imóveis, porque, como visto, são eles sempre os instrumentos de ação da Administração Pública. Enquanto o forem, serão bens patrimoniais indisponíveis.

[3270]

3.3. Bens Patrimoniais Disponíveis

Diversamente da categoria anterior, os bens patrimoniais disponíveis embora também tenham caráter patrimonial como os da categoria anterior, podem ser alienados, obviamente nas condições que a lei estabelecer. Não é, portanto, a possibilidade de livre alienação, que é coisa diversa; é, isto sim, a disponibilidade dentro das condições legalmente fixadas.

Os bens patrimoniais disponíveis são os bens dominicais em geral, porque nem se destinam ao público em geral, nem são utilizados para o desempenho normal das atividades administrativas.

V. Afetação e Desafetação

O tema da afetação e da desafetação diz respeito aos fins para os quais está sendo utilizado o bem público. Se um bem está sendo utilizado para determinado fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz-se que está *afetado* a determinado fim público. Por exemplo: uma praça, como bem de uso comum do povo, se estiver tendo sua natural utilização será considerada um bem afetado ao fim público. O mesmo se dá com um ambulatório público: se no prédio estiver sendo atendida a população com o serviço de assistência médica e ambulatorial, estará ele também afetado a um fim público.

Ao contrário, o bem se diz *desafetado* quando não está sendo usado para qualquer fim público. Por exemplo: uma área pertencente ao Município na qual não haja qualquer serviço administrativo é um bem desafetado de fim público. Uma viatura policial alocada ao depósito público como inservível igualmente se caracteriza como bem desafetado, já que não utilizado para a atividade administrativa normal.

Afetação e *desafetação* são os fatos administrativos dinâmicos que indicam a alteração das finalidades do bem público. Se o bem está afetado e passa a desafetado do fim público, ocorre a *desafetação;* se, ao revés, um bem desativado passar a ter alguma utilização pública, poderá dizer-se que ocorreu a *afetação.*

Dessa maneira, pode conceituar-se a *afetação* como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse

direto ou indireto da Administração. E a *desafetação* é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior.[3271]

A afetação e a desafetação servem para demonstrar que os bens públicos não se perenizam, em regra, com a natureza que adquiriram em decorrência de sua destinação. Um prédio onde haja uma Secretaria de Estado em funcionamento pode ser desativado para que o órgão seja instalado em local diverso. Esse prédio, como é lógico, sairá de sua categoria de bem de uso especial e ingressará na de bem dominical. A desativação do prédio implica sua desafetação. Se, posteriormente, no mesmo prédio for instalada uma creche organizada pelo Estado, haverá afetação, e o bem, que estava na categoria dos dominicais, retornará a sua condição de bem de uso especial. Outro exemplo é o da desestatização (privatização), que também pode render ensejo à desafetação.[3272]

Até mesmo os bens de uso comum do povo podem sofrer alteração em sua finalidade, como é o caso, por exemplo, de uma praça pública que desaparece, em razão de projeto urbanístico, para dar lugar a uma rua e a um terreno público sem utilização. Nesse caso, o bem que era de uso comum do povo converteu-se, parte, em outro bem de uso comum do povo (a nova rua) e parte em bem dominical (o terreno sem utilização). Poder-se-á dizer, na hipótese, que houve desafetação parcial, pois que parte do bem que tinha finalidade pública passou a não mais dispor desse fim (o terreno).[3273]

Por fim, deve destacar-se que a afetação e a desafetação constituem *fatos administrativos,* ou seja, acontecimentos ocorridos na atividade administrativa independentemente da forma com que se apresentem. Embora alguns autores entendam a necessidade de haver ato administrativo para consumar-se a afetação ou a desafetação, não é essa realmente a melhor doutrina em nosso entender. O fato administrativo tanto pode ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza.[3274]

Suponha-se, para exemplificar, que um terreno sem utilização venha a ser aproveitado como área de plantio para órgão público de pesquisa: o bem, que era dominical, passará a ser de uso especial, havendo, portanto, afetação. Essa transformação de finalidade certamente será processada através de ato administrativo. Suponha-se, contrariamente, que um incêndio destrua inteiramente

determinado prédio escolar: o bem que era de uso especial se transformou em bem dominical. Do momento em que esse imóvel não mais possa servir à finalidade pública inicial, podemos dizer que terá havido desafetação, e sua causa não terá sido um ato, mas sim um fato jurídico – o incêndio.[3275]

Por tudo isso é que entendemos ser irrelevante a *forma* pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. Relevante, isto sim, é a *ocorrência em si da alteração da finalidade*, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha, e que na desafetação se dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem, que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente.

VI. Regime Jurídico

1. Alienabilidade Condicionada

É comum ouvir-se que os bens públicos têm como característica a inalienabilidade. Na verdade, porém, a afirmação não resulta de análise precisa sobre o tema.

Se é certo que, em algumas situações especiais, os bens públicos não podem ser alienados, não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações de modo a tornar possível a alienação.

O Código Civil de 1916 dispunha que os bens somente perderiam a inalienabilidade, que lhes era peculiar, nos casos e forma que a lei estabelecesse (art. 67). A despeito da redação um pouco confusa do texto legal, entendia-se que o aspecto peculiar de inalienabilidade só atingiria os bens de uso comum do povo e os de uso especial, estes enquanto estivessem servindo aos respectivos fins.[3276] Os bens dominicais, por via de consequência, seriam passíveis de alienação na forma da lei. Entretanto, os bens de uso especial e alguns de uso comum do povo,[3277] ao serem objeto de desafetação, passam à categoria dos bens dominicais, como já observamos, o que também poderá ensejar a sua alienação. Desse modo, já sob a égide do Código anterior seria impróprio falar-se em *inalienabilidade*; a melhor interpretação era a de que os bens teriam como característica a *alienabilidade condicionada*, vale dizer, a alienação deveria ser efetivada em conformidade com o que a lei dispusesse.[3278]

O novo Código Civil disciplinou a matéria com maior precisão e exatamente nos termos que deduzimos acima. No art. 100, dispõe o novo diploma: *"Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar"*. O art. 101, a seu turno, consigna: *"Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei"*. Emana de tais preceitos que a regra é a alienabilidade na forma em que a lei dispuser a respeito, atribuindo-se a inalienabilidade somente nos casos do art. 100, e assim mesmo enquanto perdurar a situação específica que envolve os bens.

Anote-se, à guisa de complementação, que *alienação* é um fato jurídico. Indica a transferência da propriedade de determinado bem móvel ou imóvel de uma pessoa para outra. Portanto, quando se faz referência à alienação de bem público, a ideia que se deseja transmitir é a de que a pessoa de direito público transfere para terceiros bem móvel ou imóvel de sua propriedade. Diverso do fato jurídico em si são os instrumentos idôneos à sua consumação. Há diversos instrumentos de alienação de bens, normalmente de caráter contratual. Assim, podem os bens públicos ser alienados por força de contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de dação em pagamento, como, aliás, também se passa com os bens privados.

Pode ocorrer, mas a título de exceção, que a própria Constituição atribua a determinado tipo de bem o caráter de indisponibilidade. É o caso, por exemplo, do art. 225, § 5º, da Carta vigente, segundo o qual *são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais*. Trata-se, porém, de hipótese específica, de nível constitucional, em que o Constituinte pretendeu preservar a destinação de certos bens, tornando-os insuscetíveis de disponibilidade por força de lei ordinária. Em compensação, nada impede que, em função da mesma Constituição, a indisponibilidade seja transformada em disponibilidade condicionada, o que revela que tal situação de inalienabilidade tem caráter relativo, a despeito da previsão constitucional.

Enfim, vale a pena concluir formulando a seguinte indagação: como se pode caracterizar os bens públicos com a marca da inalienabilidade, se a própria Lei nº 8.666/93 (o Estatuto de Contratos e Licitações) destina capítulo no qual regula, entre os arts. 17 a 19, exatamente *as alienações de bens públicos móveis e imóveis?* Só por aí se vê que não há inalienabilidade, mas sim alienabilidade sujeita às condições

alinhadas na referida disciplina normativa.

2. Impenhorabilidade

A penhora é ato de natureza constritiva que, no processo, recai sobre bens do devedor para propiciar a satisfação do credor no caso do não cumprimento da obrigação. O bem sob penhora pode ser alienado a terceiros para que o produto da alienação satisfaça o interesse do credor.

Os bens públicos, porém, não se sujeitam ao regime da penhora, e por esse motivo são caracterizados como impenhoráveis. A impenhorabilidade tem lastro constitucional. Dispõe o art. 100 da Constituição Federal que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública, em virtude de sentença judicial, são pagos através do sistema de precatórios, em que o Judiciário recomenda ao Executivo que introduza o crédito, em ordem cronológica, na relação de credores para ulterior pagamento. Atualmente, no entanto, como já vimos, o § 3º do art. 100 da CF, introduzido pela EC nº 20/98 (reforma da Previdência Social), admite que créditos de pequeno valor, a ser este definido em lei, possam ser exigíveis fora do sistema de precatórios. De qualquer modo, o novo dispositivo em nada interfere no que toca à garantia da impenhorabilidade dos bens públicos.

O Código de Processo Civil regulamenta a matéria nos arts. 730 e 731, confirmando a especificidade das regras sobre a execução contra a Fazenda Pública.

Relembre-se, por oportuno, que a impenhorabilidade tem o escopo de salvaguardar os bens públicos desse processo de alienação, comum aos bens privados. Com efeito, admitir-se a penhora de bens públicos seria o mesmo que admitir sua alienabilidade nos moldes do que ocorre com os bens particulares em geral. A característica, por conseguinte, tem intuito eminentemente protetivo.

É bem verdade que há alguma doutrina que advoga a penhorabilidade de bens públicos *dominicais*, quando estiverem sendo utilizados em caráter privado.[3279] Semelhante posição, contudo, além de minoritária, não encontra ressonância no ordenamento jurídico vigente; ao contrário, esbarra no princípio da garantia dos bens públicos, independentemente da categoria a que pertençam. O fato de serem objeto de uso por particulares, por se caracterizarem como *bens dominicais*, não elide a sua garantia, já que esse tipo de uso se insere na gestão normal dos bens públicos levada a efeito pelos entes titulares.

3. Imprescritibilidade

A imprescritibilidade significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, e isso independentemente da categoria a que pertençam. [3280]

Houve, é bem verdade, inúmeros questionamentos a respeito dessa característica especial dos bens públicos. Contudo, o Direito brasileiro sempre dispensou aos bens públicos essa proteção, evitando que, por meio do usucapião, pudessem ser alienados como o são os bens privados, quando o possuidor mantém a posse dos bens por determinado período.[3281]

Atualmente, a Constituição estabelece regra específica a respeito, dispondo, no art. 183, § 3º, que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, norma, aliás, repetida no art. 191, relativa a imóveis públicos rurais.

Desse modo, mesmo que o interessado tenha a posse de bem público pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica do usucapião. A ocupação ilegítima em área do domínio público, ainda que por longo período, permite que o Estado formule a respectiva pretensão reintegratória, sendo incabível a alegação de omissão administrativa.[3282] Por outro lado, não são indenizáveis acessões e benfeitorias realizadas sem prévia notificação ao Poder Público.[3283]

Há entendimentos no sentido de que os bens dominicais seriam usucapíveis e que o art. 188 da CF, por ter-se referido conjuntamente a *terras públicas* e *terras devolutas*, teria criado outra categoria de bens públicos, admitindo o usucapião dessas últimas.[3284] Ousamos discordar, *data venia*, de semelhante pensamento. No primeiro caso, os bens dominicais se enquadram como bens públicos, estando, portanto, protegidos contra a prescrição aquisitiva. No segundo, houve, de fato, impropriedade no texto constitucional, mas a interpretação sistemática não conduz à criação de nova categoria de bens públicos. As terras devolutas, como se verá adiante, se inserem nos bens públicos, de modo que a elas também terá que ser estendida a garantia constitucional.[3285]

O novo Código Civil espancou qualquer dúvida que ainda pudesse haver quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza. Nele se

dispõe expressamente que *"os bens públicos não estão sujeitos a usucapião"* (art. 102). Como a lei não distinguiu, não caberá ao intérprete distinguir, de modo que o usucapião não poderá atingir nem os bens imóveis nem os bens móveis.

É verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente esses estariam cumprindo função social.[3286] Dissentimos, *concessa venia*, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatada em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados.

A Lei nº 11.977, de 07.07.2009, que dispõe sobre o "Programa Minha Casa, Minha Vida", prevê a conversão da legitimação da posse em registro de propriedade, "*tendo em vista sua aquisição por usucapião, na forma do art. 183 da Constituição Federal*" (art. 60). Infelizmente, o legislador só fez aumentar a confusão sobre a matéria. Na verdade, nem há usucapião, nem o autoriza o art. 183 da CF. A aquisição da propriedade, ao contrário, decorre da própria autorização contida na lei.[3287]

4. Não Onerabilidade

Onerar um bem significa deixá-lo como garantia para o credor no caso de inadimplemento da obrigação. Exemplos de direitos reais sobre a coisa alheia são o penhor, a hipoteca e a anticrese, mencionados no art. 1.419 do vigente Código Civil.

No direito público, não podem bens públicos ser gravados com esse tipo de direitos reais em favor de terceiros. E por mais de uma razão. Primeiramente, é a própria Constituição que contemplou o regime de precatórios para o pagamento dos créditos de terceiros contra a Fazenda, excluindo, desse modo, o sistema da penhora processual. Ora, se aqueles direitos reais se caracterizam pela possibilidade de execução direta e penhora, como conciliar essa garantia com o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos? Como bem registra HELY LOPES MEIRELLES, se uma garantia real deixa de satisfazer os seus fins, *não seria, de modo*

algum, garantia real.[3288]

Outra razão decorre da própria lei civil. Segundo esta, só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese ou empenhar.[3289] Ora, os bens de uso comum e os de uso especial são inalienáveis enquanto destinados a seus fins. Em relação aos dominicais, é certo que o administrador público, como vimos, não pode livremente alienar; ao contrário, a alienação só é possível nos casos e na forma que a lei prescrever. Fica, portanto, inviável a onerabilidade dos bens públicos. Inviável e incompatível com as garantias que defluem dos direitos reais sobre a coisa alheia.[3290]

Temos, pois, que o credor do Poder Público não pode ajustar garantia real sobre bens públicos. Se, por desvio jurídico, as partes assim ajustarem, a estipulação é nula e não pode ensejar os efeitos normalmente extraídos desse tipo de garantia. O credor terá que se sujeitar ao regime previsto no mandamento do art. 100 da Carta em vigor, isto é, o regime de precatórios.

VII. Aquisição

1. Introdução

Para que o Estado atinja seus fins, é preciso utilizar-se das mais variadas espécies de bens. Alguns deles já estão integrados em seu acervo, mas outros precisam ser adquiridos de terceiros pelas mais diversas razões de ordem administrativa.

São inúmeros os mecanismos através dos quais a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações de direito público conseguem que bens de terceiros ingressem em seu acervo. Há *causas contratuais*, decorrentes de negócios jurídicos regulados pelo direito privado. Há causas naturais, como fenômenos da natureza. Há, ainda, *causas jurídicas*, como aquelas a que a lei dá esse efeito especial translativo. Esses bens geralmente são privados, mas quando adquiridos pelas pessoas públicas convertem-se em bens públicos. Por esse motivo, quando falamos em aquisição de bens públicos indicamos o sentido daqueles bens que, adquiridos pelo Poder Público, passam a qualificar-se como bens públicos.

Enfim, para estudo mais didático do tema, vale a pena comentarmos essas formas de aquisição de bens públicos, o que faremos adiante, após a classificação

dessas formas.

2. Classificação

A aquisição divide-se em dois grupos: a *aquisição originária* e a *aquisição derivada.*

Na *aquisição originária* não há a transmissão da propriedade por qualquer manifestação de vontade. A aquisição é direta. O adquirente independe da figura do transmitente. Nesse tipo de aquisição, não há ensejo para discussão sobre vícios de vontade ou vícios de legalidade quanto à transmissão do bem. Exemplo de aquisição originária é o da acessão por aluvião, em que a margem ribeirinha se vai ampliando por extensão provocada pelas águas. A pesca e a caça também propiciam a aquisição originária dos animais.

Já na *aquisição derivada* há uma cadeia de transmissibilidade do bem, ou seja, alguém transmite um bem ao adquirente mediante certas condições por eles estabelecidas. Esse tipo de aquisição rende ensejo à discussão sobre vícios da vontade e sobre o próprio negócio jurídico de transferência do bem.[3291] Exemplo de aquisição derivada é a que resulta de contrato de compra e venda, com a transcrição do título do Registro de Imóveis.

Os efeitos dessas formas de aquisição aplicam-se também à aquisição de bens pelas pessoas de direito público. Quando a forma de aquisição é regulada pelo direito privado, essas regras incidem na relação jurídica de que faz parte a pessoa de direito público. Portanto, em cada caso é preciso verificar se a forma aquisitiva é própria do direito privado ou se apresenta disciplina específica de direito público.

3. Formas de Aquisição

3.1. Contratos

Entre as várias formas pelas quais o Poder Público adquire bens, destaca-se a dos contratos. Como qualquer particular, o Estado pode celebrar contratos visando à adquirir bens, já que as entidades em que se subdivide são dotadas de personalidade jurídica, com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

Desse modo, as entidades públicas podem, na qualidade de adquirentes, firmar contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de dação em pagamento. Na verdade, é absolutamente jurídico que entidade beneficente privada faça doação de bens ao Estado ou ao Município. Também não surpreende que um contribuinte de

tributos estaduais, não tendo como solver seu débito, celebre com o Estado ajuste de dação em pagamento. E assim por diante. Em todos esses casos as entidades públicas figuram como adquirentes de bens de terceiros.

Alguns pontos, porém, devem ser considerados nesse tema.

Primeiramente, todos esses contratos são de natureza privada, sendo, por conseguinte, regulados pelo direito privado. Os princípios que sobre eles incidem não recebem o influxo de cláusulas de privilégio ou exorbitantes do direito comum, como ocorre nos contratos administrativos. Ao contrário, Estado adquirente e terceiro alienante se encontram no mesmo plano jurídico, de modo que o Poder Público nesse caso atua muito mais em função de seu *ius gestionis* do que de seu *ius imperii*. Ressalve-se, contudo, que a compra de bens móveis necessários aos fins administrativos se caracteriza como contrato administrativo, incidindo, por conseguinte, todas as prerrogativas atribuídas por lei ao Poder Público (art. 37, XXI, da CF e Lei nº 8.666/93).

A aquisição de bens públicos através de contrato não atribui ao administrador público a mesma liberdade que possuem os particulares em geral para manifestar a vontade aquisitiva, e nem poderia ser de outra maneira. Como a Administração Pública só se legitima se estiver em conformidade com a lei, é natural que esta prescreva algumas condições especiais para que os agentes do Estado possam representá-lo em contratos para a aquisição de bens.[3292]

Quando adquiridos os bens por contrato, pode variar a categoria na qual serão inseridos. Se o Município, por exemplo, adquire um conjunto de salas e instala um centro de treinamento para seus fiscais, serão as salas enquadradas como bens de uso especial. Caso adquira uma área para futuramente construir prédio público, esse bem vai caracterizar-se como bem dominical enquanto não realizada a construção e implantado o serviço. O fato certo é que, ingressando no acervo das pessoas de direito público, tais bens terão a qualificação de bens públicos.

Por fim, não é dispensável sublinhar que no Direito brasileiro a aquisição de bem imóvel objeto de contrato sujeita-se a registro, no cartório do Registro de Imóveis, do título translativo da propriedade por ato *inter vivos* (art. 1.245, Código Civil). Tratando-se de bens móveis, a aquisição se consuma através da tradição (art. 1.267, Código Civil). Os contratos, portanto, não *transferem* por si mesmos a propriedade, mas ensejam a transferência desde que observados os requisitos ora

mencionados. Essas regras aplicam-se à aquisição de bens pelo Estado.

3.2. Usucapião

Outra forma de aquisição de bens públicos é através de usucapião.

O Código Civil admite expressamente o usucapião como forma de aquisição de bens (art. 1.238, Código Civil) e estabelece algumas condições necessárias à consumação aquisitiva, como a posse do bem por determinado período, a boa-fé em alguns casos e a sentença declaratória da propriedade.[3293]

Poder-se-ia indagar se a União, um Estado ou Município, ou ainda uma autarquia podem adquirir bens por usucapião. A resposta é positiva. A lei civil, ao estabelecer os requisitos para a aquisição da propriedade por usucapião, não descartou o Estado como possível titular do direito. Segue-se, pois, que, observados os requisitos legais exigidos para os possuidores particulares de modo geral, podem as pessoas de direito público adquirir bens por usucapião.[3294] Esses bens, uma vez consumado o processo aquisitivo, tornar-se-ão bens públicos.

3.3. Desapropriação

O Código Civil trata da desapropriação como forma de perda da propriedade imóvel (art. 1.275, V, Código Civil).

Entretanto, como a desapropriação é em regra promovida pelas pessoas de direito público, a perda da propriedade pelo proprietário privado retrata, por outro ângulo, a aquisição pelo expropriante.

Os bens desapropriados transformam-se em bens públicos tão logo ingressem no patrimônio do expropriante. Mesmo que venham a ser repassados a terceiros, como no caso da reforma agrária, os bens desapropriados permanecem como bens públicos enquanto não se dá a transferência.

Para não repetir o que já estudamos, remetemos o leitor ao Capítulo próprio, onde o assunto foi desenvolvido.[3295]

3.4. Acessão

A acessão é outra das formas de aquisição de bens imóveis, como previsto no art. 1.248 do Código Civil. Significa que passa a pertencer ao proprietário tudo o que aderir à propriedade, revelando um acréscimo a este direito.

A acessão pode efetivar-se: a) pela formação de ilhas; b) por aluvião; c) por

avulsão; d) pelo abandono de álveo; e) pela construção de obras ou plantações. [3296]

No caso da formação de ilhas, é preciso verificar em que águas ocorre. Se a ilha é formada em águas territoriais ou nos rios que pertencem à União, conforme já vimos (rios que banhem mais de um Estado, por exemplo), será ela bem federal. Ao contrário, se a formação se der em águas estaduais, a forma aquisitiva beneficiará o Estado.[3297]

Aluvião é o fenômeno pelo qual as águas vão vagarosamente aumentando as margens dos rios, ampliando a extensão da propriedade ribeirinha. Avulsão é o desprendimento repentino de determinada área de terra que passa a ficar anexa a outra propriedade. Se a pessoa de direito público tiver propriedade ribeirinha e nesta suceda um desses fenômenos, haverá aquisição de bens públicos.

Quando as águas do rio deixam de percorrer seu leito, diz-se que tal situação corresponde à de álveo abandonado: o rio, tendo secado, se transforma em solo comum. O abandono do álveo é forma de aquisição da propriedade imóvel e a área que resultar dessa situação é dividida entre os proprietários ribeirinhos.[3298] Tal como ocorre com a aluvião e com a avulsão, o abandono de álveo pode significar a aquisição de bens por pessoas de direito público no caso de serem proprietárias de terrenos ribeirinhos. Esses bens, vindo a integrar seu patrimônio, passam a caracterizar-se como bens públicos.

No que se refere às construções e plantações, vigora a regra do art. 1.253, do Código Civil, segundo o qual se presumem feitas pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário. Se a pessoa pública constrói ou planta em terrenos de sua propriedade, adquirirá a propriedade, por acessão, também das construções e plantações.

3.5. Aquisição Causa Mortis

Os bens públicos podem originar-se de aquisição *causa mortis*, tal como ocorre, aliás, com os bens privados.

No sistema adotado pelo Código Civil revogado (art. 1.603, V), os Municípios, o Distrito Federal e a União figuravam na relação dos sucessores hereditários legítimos.[3299]

O Código vigente, no entanto, não mais inclui aquelas pessoas federativas no

elenco da vocação hereditária, como se pode observar na relação do art. 1.829. Não obstante, consigna que, não sobrevivendo cônjuge, companheiro ou algum outro parente sucessível, ou, ainda, tendo havido renúncia por parte dos herdeiros, a herança se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada em seus respectivos territórios, ou à União, caso esteja situada em território federal (art. 1.844).

Sob o aspecto jurídico, o atual sistema é mais técnico, mas, em última instância, serão praticamente os mesmos os efeitos. Significa que, consumados os suportes fáticos previstos na lei, as citadas pessoas federativas terão direito subjetivo à herança e, por conseguinte, aos bens que a integram. Tais bens, nesse caso, passam a qualificar-se como bens públicos.

No caso de herança jacente, dispõe a lei civil, empregando a mesma fórmula acima, que, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, passarão os bens arrecadados ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados em seus territórios, ou se incorporarão ao domínio da União, quando situados em território federal (art. 1.822, Código Civil).[3300]

Averbe-se, a título de esclarecimento, que tais regras resultam da sucessão hereditária normal. Por tal motivo é que os Estados, embora excluídos desse tipo de sucessão, podem ser contemplados na sucessão testamentária, podendo, em consequência, receber bens por via de testamento, como ocorre com as pessoas jurídicas em geral.[3301] Ao momento em que os bens oriundos do testamento passam a integrar o acervo da pessoa federativa beneficiária, também terão a natureza de bens públicos.

3.6. Arrematação

Arrematação é o meio de aquisição de bens através da alienação de bem penhorado, em processo de execução, em praça ou leilão judicial.

Nada impede que as pessoas de direito público participem do praceamento do bem e sejam vitoriosas no oferecimento do lance. Se tal ocorrer, será expedida, em seu favor, carta de arrematação, que servirá como instrumento para o registro do bem no Registro de Imóveis; sendo bens móveis, a aquisição se fará pela tradição. [3302]

Os bens adquiridos por esse sistema se classificam também como bens

públicos.

3.7. Adjudicação

Adjudicação é o meio pelo qual o credor obtém o direito de adquirir os bens penhorados e praceados, oferecendo preço não inferior ao fixado na *avaliação*. [3303] Esse critério, hoje enunciado no art. 685-A do CPC, substituiu o anterior, pelo qual o preço não poderia ser inferior ao fixado no *edital* (art. 714 do CPC, revogado pela Lei nº 11.382/06).

As pessoas de direito público podem situar-se na posição de credoras. Desse modo, e desde que ocorridos os pressupostos da lei processual, podem elas requerer lhes sejam adjudicados os bens e, assim, adquirir-lhes a propriedade. Tais bens, como é evidente, se qualificarão como bens públicos.

3.8. Resgate na Enfiteuse

Enfiteuse era o direito real sobre a coisa alheia, pelo qual o uso e o gozo do bem (domínio útil) pertenciam ao enfiteuta, e ao proprietário (ou senhorio direto) cabia apenas a nua propriedade (propriedade abstrata). O antigo Código Civil disciplinava o instituto,[3304] mas o Código vigente não mais incluiu a enfiteuse entre os direitos reais (art. 1.225). Não obstante, manteve as já existentes, que continuam reguladas pelo Código anterior (art. 2.038). Desse modo, o presente tópico há de cingir-se às enfiteuses constituídas antes do Código ora em vigor.

Dentre as regras que disciplinavam a enfiteuse, uma referia-se ao *resgate*, situação jurídica que permitia ao enfiteuta, após o prazo de dez anos, consolidar a propriedade, pagando ao senhorio direto determinado valor previsto em lei.[3305]

A situação mais comum era que, sendo público o imóvel, fosse senhorio direto o Poder Público e enfiteuta o particular. Nada, porém, impedia posição inversa. Se enfiteuta for pessoa de direito público e efetuado o resgate por meio do devido pagamento ao proprietário-senhorio direto, a propriedade se consolidará em favor daquela e, por via de consequência, o bem, que era privado, passará a ostentar a natureza de bem público.[3306]

3.9. Aquisição "Ex Vi Legis"

Além de todos esses casos que mencionamos como formas de aquisição de bens, há outros peculiares e específicos do direito público, previstos em normas

constitucionais ou legais, que comentaremos de forma objetiva. A esse tipo de incorporação de bens denominamos de *aquisição "ex vi legis"* pela particularidade de não estar enquadrada nos regimes usuais de aquisição de bens.

Uma dessas modalidades é a que ressai dos *loteamentos*. A lei que regula o parcelamento do solo urbano[3307] estabelece que algumas áreas dos loteamentos serão reservadas ao Poder Público. Dessa maneira, passam a integrar o domínio público, desde o registro do loteamento no cartório próprio, as ruas, as praças, os espaços livres e, se for o caso, as áreas destinadas à construção de prédios públicos. A aquisição desses bens – normalmente enquadrados como bens de uso comum do povo, em virtude de sua destinação – dispensa qualquer instrumento especial, ingressando automaticamente na categoria dos bens públicos.[3308]

Outra forma é a do *perdimento de bens*, previsto em algumas regras jurídicas especiais. Para começar, o Código Penal estabelece que, entre os efeitos da condenação, está a perda, em favor da União, dos instrumentos do crime, se consistirem em coisas cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção se tipifiquem como fato ilícito, bem como do produto do crime ou de qualquer outro bem que resulte de proveito obtido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, I e II). Esses bens passam a enquadrar-se como *federais*, porquanto somente a União é contemplada na lei penal. Outra lei que prevê o perdimento de bens é a Lei nº 8.429, de 2/6/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis nos casos de improbidade administrativa e enriquecimento ilícito.[3309] Ocorrendo tais hipóteses, a sentença que julgar procedente o pedido determinará o pagamento ou decretará a perda dos bens dos responsáveis e sua incorporação à pessoa jurídica prejudicada.[3310] Nesta forma de aquisição, os bens poderão ser federais, estaduais, distritais ou municipais, conforme a pessoa que tenha sido lesada pela improbidade.

A *reversão* nas concessões de serviços públicos também importa a aquisição de bens pelas pessoas públicas. Já vimos que, em algumas concessões, os bens do concessionário empregados para a execução do serviço podem passar ao patrimônio do concedente ao término do contrato. A Lei nº 8.987, de 13/2/1995, que regula as concessões, prevê expressamente a reversão.[3311] Esses bens, que estavam sob o domínio privado do concessionário, passam, com a reversão, a se qualificar como bens públicos, normalmente na categoria de bens de uso especial,

se continuarem servindo à prestação do serviço. Trata-se, pois, de outra forma de aquisição de bens públicos.[3312]

O Código Civil prevê a figura do *abandono* de bens móveis ou imóveis, como modalidade de perda da propriedade (art. 1.275, III). No abandono (ou derrelição), o proprietário exclui o bem de sua propriedade sem manifestação expressa da vontade; simplesmente se desinteressa dele. É preciso, porém, que tenha a intenção de abandoná-lo, já que o simples não uso não implica a perda da propriedade. [3313] No caso de cessar a posse e o proprietário deixar de pagar os ônus fiscais sobre o bem, presume-se que o abandonou; cuida-se, aliás, de presunção absoluta (*iuris et de iure*), não cedendo à prova em contrário (art. 1.276, § 2º). Diz a lei civil que o imóvel abandonado, não se encontrando na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, após três anos, à propriedade do Município ou do Distrito Federal, se se tratar de imóvel urbano (art. 1.276) ou à da União Federal, se o imóvel for situado em zona rural (art. 1.276, § 1º). Resulta daí que a perda da propriedade acarretará, caso presentes os pressupostos legais, a consequente aquisição pela pessoa federativa, com o que os bens passarão a qualificar-se como bens públicos.

Todas essas formas apresentam particularidades de direito público, mas de qualquer modo representam hipóteses pelas quais são adquiridos bens públicos. [3314]

VIII. Gestão dos Bens Públicos

1. Sentido

Já se consagrou entre os autores a noção de que a gestão (ou administração) dos bens públicos importa a ideia de sua utilização e conservação. Assim como está definida essa noção, não menos definida está a que indica que na atividade gestora dos bens públicos não se inclui o poder de alienação, oneração e aquisição desses bens.[3315]

Em nosso entender, nada há a reparar em relação a tais princípios. Na verdade, o poder de administração, como subordinado à lei, apenas confere ao administrador o poder (e ao mesmo tempo o dever) de zelar pelo patrimônio público, através de ações que tenham por objetivo a conservação dos bens, ou que

visem a impedir sua deterioração ou perda, ou, ainda, que os protejam contra investida de terceiros, mesmo que necessário se torne adotar conduta coercitiva autoexecutória ou recorrer ao Judiciário para a defesa do interesse público.

A gestão dos bens públicos, como retrata típica atividade administrativa, é regulada normalmente por preceitos legais genéricos e por normas regulamentares mais específicas. A alienação, a oneração e a aquisição reclamam, como regra, autorização legal de caráter mais específico, porque na hipótese não há mera administração, mas alteração na esfera do domínio das pessoas de direito público.

Um ponto, porém, precisa ser lembrado. Toda a atividade de gestão dos bens públicos é basicamente regulada pelo direito público, e só quando não há norma expressa é que se deve buscar os fundamentos supletivos no direito privado.[3316]

2. Uso dos Bens Públicos

Os bens públicos podem ser usados pela pessoa jurídica de direito público a que pertencem, independentemente de serem de uso comum, de uso especial ou dominicais. Essa é a regra geral. Se os bens pertencem a tais pessoas, nada mais normal que elas mesmas os utilizem.

Não obstante, é possível que sejam também utilizados por particulares, ora com maior liberdade, ora com a observância dos preceitos legais pertinentes. O que é importante no caso é a demonstração de que a utilização dos bens públicos por particulares deve atender ao interesse público, aferido pela Administração. Daí porque inferimos que esse tipo de utilização pode sofrer, ou não, regulamentação mais minuciosa.

MARIA SYLVIA DI PIETRO anota, com razão, que no uso de bens públicos por particulares é necessário verificar atentamente o fim a que se destinam, por que de nenhum modo podem ser desvirtuados de seus objetivos básicos para satisfazer interesses exclusivamente privados.[3317] Mesmo assim, é preciso distinguir. Há hipóteses em que o uso é normal porque inteira e diretamente compatível com os fins do bem público. É o caso, por exemplo, do uso de praças e ruas pelos particulares em geral. Em outras, no entanto, o uso é anormal, porque o objetivo da utilização só indiretamente se compatibiliza com os fins naturais do bem. Serve como exemplo as já conhecidas ruas de lazer: o uso normal da rua objetiva o

trânsito geral dos veículos, mas em determinado dia visou à utilização anormal, ou seja, à diversão de pessoas.[3318]

Destaque-se ainda que algumas formas de utilização independem de consentimento do Poder Público, porque o uso é natural. Vejam-se os bens de uso comum do povo. Quando se tratar de uso anormal, ou de hipóteses especiais de uso normal, necessária se tornará a autorização estatal para que o uso seja considerado legítimo. No caso dos boxes de um mercado municipal ou na ocupação de uma área pública por veículos particulares, é imprescindível que os interessados obtenham o consentimento da repartição pública competente.

3. Formas de Uso

Quando se estuda a utilização de bens públicos, é de grande importância analisar os critérios permissivos, levando em conta a generalidade do uso ou a sua privatividade.

Sob esse aspecto, pode dizer-se que há duas formas de uso dos bens públicos:

a) *o uso comum*; *e*

b) *o uso especial.*

Essas duas formas têm delineamentos e fundamentos diversos, o que provoca, como não podia deixar de ser, efeitos também diferenciados.

Vale a pena examiná-las em separado.

3.1. Uso Comum

Uso comum é a utilização de um bem público pelos membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários, nem consentimento estatal específico para esse fim.

A medida certa para o uso comum está nos bens de uso comum do povo. Pela sua própria natureza, esses bens são destinados à utilização coletiva, no exercício dos direitos e liberdades individuais em relação aos quais só é vedada a conduta quando a lei expressamente comina essa qualificação. De fato, as praias, as ruas, os mares, os rios, todos esses bens de uso comum do povo são exemplos que prestigiam a hipótese de *uso comum.*[3319]

Mas não são apenas os bens de uso comum do povo que possibilitam o uso

comum. Os bens de uso especial também o admitem quando a utilização é processada em conformidade com os fins normais a que se destinam. Por exemplo: as repartições públicas, o edifício da Justiça, os prédios de autarquias e fundações governamentais sujeitam-se, como regra, ao uso comum, porque as pessoas podem ingressar livremente nesses locais, sem necessidade de qualquer autorização especial.

Embora essa forma de uso seja comum e geral, não se pode negar ao Poder Público a competência para regulamentá-lo em algumas situações com o fito de adequar a utilização ao interesse público. Essa regulamentação, porém, ainda que tenha caráter de certo modo restritivo, há de se traduzir em normas gerais e impessoais a fim de manter incólume a indiscriminação entre os indivíduos.

O uso comum, entretanto, deve ser gratuito, de modo a não causar qualquer ônus aos que utilizem o bem. Essa exigência de gratuidade é decorrência da própria generalidade do uso; se fosse oneroso, haveria discriminação entre os que poderiam e os que não poderiam sofrer o ônus.

Podemos, pois, alinhar as seguintes características do uso comum dos bens públicos:

a) a generalidade da utilização do bem;
b) a indiscriminação dos administrados no que toca ao uso do bem;
c) a compatibilização do uso com os fins normais a que se destina; e
d) a inexistência de qualquer gravame para permitir a utilização.

3.2. Uso Especial

Uso especial é a forma de utilização de bens públicos em que o indivíduo se sujeita a regras específicas e consentimento estatal, ou se submete à incidência da obrigação de pagar pelo uso.[3320] O sentido do uso especial é rigorosamente o inverso do significado do uso comum. Enquanto este é indiscriminado e gratuito, aquele não apresenta essas características.

Pela conceituação, verificamos que uma das formas de uso especial de bens públicos é a do *uso remunerado*, aquela em que o administrado sofre algum tipo de ônus, sendo o mais comum o pagamento de certa importância para possibilitar o

uso. Esse tipo de uso tem previsão até mesmo no Código Civil, em cujo art. 103 se lê:

> *"O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem".*

Embora o texto se refira a *uso comum*, deve interpretar-se o adjetivo *comum* como significando que as pessoas em geral têm acesso ao bem. Por isso, quando esse *uso comum* for *retribuído*, o acesso é limitado ao pagamento da retribuição, e, se assim é, passamos a ter forma de *uso especial.*

Tanto os bens de uso comum como os de uso especial podem estar sujeitos a uso especial remunerado. O pagamento de pedágio em estradas rodoviárias e em pontes e viadutos é um exemplo de uso especial de bem de uso comum do povo. Um museu de artes pertencente ao Governo, cujo ingresso seja remunerado, é exemplo de bem de uso especial sujeito a uso especial.[3321]

Mas o uso especial também se caracteriza quando o bem público é objeto de *uso privativo* por algum administrado. Como, porém, essas formas de uso especial privativo apresentam alguma singularidade, serão elas examinadas em tópico próprio adiante.

Alinhemos, então, os aspectos que marcam o uso especial dos bens públicos:

a) a exclusividade do uso aos que pagam a remuneração ou aos que recebem consentimento estatal para o uso;
b) a onerosidade, nos casos de uso especial remunerado;
c) a privatividade, nos casos de uso especial privativo; e
d) a inexistência de compatibilidade estrita, em certos casos, entre o uso e o fim a que se destina o bem.

3.3. Uso Compartilhado

Ainda a respeito do uso especial de bens públicos, têm sido suscitadas, vez ou outra, questões a respeito do denominado *uso compartilhado* – inclusive no que respeita à remuneração pelo usuário –, assim considerado aquele em que pessoas públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, precisam utilizar-se de

espaços integrantes de áreas da propriedade de pessoas diversas. É o caso, por exemplo, do uso de certas áreas para instalação de serviços de energia, de comunicações e de gás canalizado por meio de dutos normalmente implantados no subsolo. Quando se trata de serviços envolvendo pessoas públicas, o problema se resolve através de convênios. Mas quando o prestador do serviço é pessoa de direito privado, mesmo que incluída na administração pública descentralizada, são mais complexas as questões e as soluções. Como regra, porém, podem-se vislumbrar quatro hipóteses nesse caso:

1ª) uso de área integrante do domínio público: o uso depende de autorização do ente público sob cujo domínio se encontra o bem e, como regra, não há ensejo para remuneração pelo uso;

2ª) uso de área *non aedificandi* pertencente a particular: como há, na hipótese, mera limitação administrativa, pode o prestador usá-la livremente e, como o uso não afeta o direito do proprietário, não tem este direito à remuneração nem indenização, salvo, neste último caso, se o uso houver comprovadamente causado prejuízo para o proprietário; é o que ocorre em faixas reservadas de estradas e vias públicas, por exemplo;

3ª) uso de área privada, além da faixa *non aedificandi*: aqui o uso é regulado pelo direito privado e depende de autorização do proprietário, devendo a empresa prestadora do serviço negociar eventual remuneração ou firmar com ele pacto de cessão gratuita de uso;

4ª) uso de área pública sujeita à operação por pessoa privada em virtude de contrato de concessão ou permissão: o uso deve resultar de ajuste pluripessoal, envolvendo o concedente, o concessionário e o prestador do serviço, e, conquanto não haja regulação expressa para tais situações, é possível fixar-se remuneração pelo uso do solo ou do subsolo.[3322]

A despeito de tais regras, e em razão do surgimento de algumas controvérsias a respeito do uso de bens públicos, é imperioso reconhecer que muitas soluções nesse tema devem resultar de atuação equilibrada e dotada de razoabilidade por parte dos entes públicos. Para tanto, convém realçar algumas premissas. Uma delas é a de que tais pessoas podem cobrar pelo uso de seus bens, como está expresso no art. 103 do Código Civil, mas não podem agir como empresas privadas que buscam

lucro na locação de seus bens.

Há mais. Se o uso se destina à prestação de serviços públicos, a regra deve ser a gratuidade do uso, pois que afinal tais serviços visam a atender ao interesse público. Havendo cobrança, que não pode ser exorbitante, deve ela resultar de entendimento entre a pessoa pública e o concessionário, caracterizando-se o pagamento como *preço*, dado o seu caráter negocial.[3323] Se não houver entendimento ou a cobrança for desproporcional, o serviço não pode deixar de ser prestado, cabendo nessa hipótese à pessoa titular do serviço (que é o concedente, e não o concessionário, que é mero executor) promover, por acordo ou pela via judicial, a *servidão administrativa* sobre a área necessária à execução do serviço. O valor a ser pago nessa hipótese há de configurar-se como *indenização*.[3324] Não abonamos, todavia, a orientação abrangente segundo a qual seria sempre inviável a cobrança de preço pelo uso de bens públicos, sobretudo quando prevista expressamente em lei.[3325] Parece-nos necessário examinar cada caso à luz do princípio da razoabilidade.[3326]

Quanto ao direito de cobrar o preço pela utilização do bem, tem-se inclinado moderna doutrina, a nosso ver com razão, no sentido de que a titularidade cabe não somente às pessoas públicas a que estiver afeto o bem, como também ao concessionário, se houver autorização do concedente, e isso porque, como delegatário, tem ele direito subjetivo ao uso, formalizado pelo contrato de concessão. É o caso de concessionário de manutenção de rodovias em face do uso da faixa de domínio por empresas de energia elétrica, telecomunicações ou distribuição de gás.[3327]

Em outras palavras, não podem as entidades estaduais ou municipais, ou seus concessionários, impedir a execução de serviço público federal, mesmo que delegado por concessão, negando-se a admitir a instalação de dutos, postes, fiação e qualquer outro equipamento urbano desse gênero.[3328] Semelhante resistência ofenderia o princípio da eficiência do serviço público, hoje contemplado no art. 37, *caput*, da Constituição.

3.4. Cemitérios Públicos

Os cemitérios, desde a mais remota antiguidade considerados campos santos pelas comunidades, que neles enterram seus mortos, classificam-se em *públicos* e

privados. Os *cemitérios públicos* constituem áreas do domínio público, ao passo que os *cemitérios privados* são instituídos em terrenos do domínio particular, embora sob controle do Poder Público, já que há vários aspectos a serem fiscalizados em relação aos cemitérios, inclusive pertinentes à higiene e à saúde públicas.

Na tradição do Brasil-Colônia e Império, os cemitérios eram particulares e normalmente de caráter religioso, mas a Constituição de 1891 estabeleceu que passariam eles a ter caráter secular, seriam administrados pelos Municípios e estariam abertos a todas as pessoas, de qualquer nacionalidade ou religião. As demais Constituições mantiveram a regra e a de 1946 acrescentou a possibilidade de associações religiosas manterem cemitérios particulares (art. 141, § 10).[3329] As Constituições de 1967 e a atual silenciaram sobre o assunto. A doutrina, entretanto, continua a admitir ambas as modalidades, embora com a ressalva de que a regra é que os cemitérios sejam públicos.

Para que seja instituído cemitério particular é necessário ato de consentimento do Poder Público municipal, através do qual a atividade se faz delegada ao particular. A delegação se efetiva por *permissão* ou por *concessão*, ambas atualmente de caráter contratual, porque há interesse público e privado no serviço prestado.[3330] Podem ser permissionários ou concessionários entidades religiosas, assistenciais, educacionais ou filantrópicas, sempre desprovidas de fins lucrativos.

Os cemitérios públicos qualificam-se como *bens de uso especial*, vez que nas áreas públicas onde se situam há a prestação específica de um serviço de interesse público.[3331] Há, contudo, alguma controvérsia sobre a caracterização: alguns autores, considerando que a eles podem ter acesso todas as pessoas de modo geral, os classificam de bens de uso comum do povo.[3332] *Trata-se, com efeito, de bens de uso especial:* o fato de bens dessa modalidade admitirem, em certas situações, o livre trânsito de pessoas não os descaracteriza como tais; *o que neles prevalece é o serviço público a que se destinam, isto é, sua afetação a fim específico.*

Os terrenos onde se situam os cemitérios públicos pertencem, em regra, aos Municípios, e só excepcionalmente podem pertencer às demais pessoas federativas. O serviço funerário é da competência municipal, porquanto se trata inegavelmente de assunto de *interesse local*; incide, pois, o art. 30, I, da CF.[3333] O serviço, porém, pode ser executado *diretamente* pelos órgãos municipais ou *indiretamente*, através de pessoa da administração indireta, como fundações, por exemplo. Pode, ainda, ser

objeto de *delegação negocial*, firmado por *contrato de concessão de uso de bem público*, cabendo nesse caso ao concessionário (normalmente entidade filantrópica) a administração do cemitério.[3334]

Reafirmando a competência do Município para os serviços funerários, o STF declarou a inconstitucionalidade de norma de Constituição estadual e de lei estadual, nas quais era prevista gratuidade de sepultamento e procedimentos a ele necessários em favor de desempregados e de pessoas reconhecidamente pobres. Na decisão, o Tribunal, acertadamente a nosso ver, entendeu violado o art. 30, V, da CF, que confere competência aos Municípios para organizar e prestar os serviços públicos locais.[3335] Em virtude da competência constitucional, é de se reconhecer que o Município tem o direito de elevar as taxas cobradas pelo uso do bem público, fato que decorre do próprio regime de direito público decorrente da concessão ou da permissão.[3336]

No caso de administração de cemitério público por entidade privada, há *duas relações jurídicas que ensejam direito de uso*. De um lado, há um *direito geral de uso*, decorrente da vinculação entre o Município e o concessionário, típica relação de direito público, abrangendo toda a extensão do terreno público. Nesse vínculo, o Município exerce poder de controle e deste emana, inclusive, o de rescisão do contrato por razões de interesse público ou de inadimplemento da parte do concessionário. De outro lado, temos um *direito especial de uso*, que provém da relação entre o concessionário e o administrado, relação esta com aspectos de direito público e de direito privado, limitado o direito apenas ao local do sepultamento.

O negócio jurídico entre o administrador do cemitério público (Município ou concessionário) e o administrado tem natureza *contratual* e gera para este *direito subjetivo de uso de área determinada*. É o que a doutrina denomina de *ius sepulchri*.[3337] Tal direito, entretanto, pode ser de dupla natureza. Primeiramente, a contratação pode ter por objeto *direito pessoal de uso temporário*, hipótese em que o ajuste tem sido denominado de *contrato de arrendamento temporário de sepulturas*. É o ajuste mais comum e sua característica é o exercício do direito por prazo determinado. Além dessa hipótese, tem sido celebrado contrato para uso permanente de certo local no cemitério, em que se permite até mesmo a construção de jazigos perpétuos; nesse caso, a doutrina considera que o contrato gera *direito real administrativo de uso perpétuo*.[3338] O exercício desse direito de uso comporta remuneração normal, mas precisa

admitir, em situações excepcionais definidas em lei, a utilização gratuita de espaços no cemitério.

4. Uso Privativo

Uso privativo, ou *uso especial privativo,* é o direito de utilização de bens públicos conferido pela Administração a pessoas determinadas, mediante instrumento jurídico específico para tal fim. A outorga pode ser transmitida a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, sabido que inexiste qualquer impeditivo quanto ao usuário do bem. Por outro lado, dada a natureza do uso, é significativamente variável o conteúdo da outorga, e isso porque variáveis são também as situações que a ensejam.[3339]

O uso privativo pode alcançar qualquer das três categorias de bens públicos. Suponha-se, para exemplificar, o consentimento dado pelo Poder Público para utilização da calçada por comerciante para a colocação de mesas e cadeiras de bar. Ou certo boxe de mercado produtor pertencente ao Município, para uso privativo de determinado indivíduo. Ou, ainda, um prédio desativado, cujo uso a um particular determinado é autorizado pelo Estado. Estão aí exemplos de bem de uso comum do povo, de uso especial e dominical, todos sujeitos a uso privativo.

Anote-se, todavia, que os instrumentos empregados para o uso privativo, que estudaremos adiante, incidem exclusivamente sobre *bens públicos*, qualquer que seja a sua natureza. Consequentemente, são impróprios para formalizar a utilização de bens privados, ainda que esses bens pertençam a pessoas administrativas. Por força desse aspecto, não cabe a empresas públicas ou sociedades de economia mista emitir permissões de uso ou firmar concessões de uso, embora algumas dessas entidades indevidamente o façam; devem valer-se, isto sim, de instrumentos de direito privado, como o comodato, locação etc.

Quatro são as características do uso especial privativo dos bens públicos.

A primeira é a *privatividade* do uso. Significa que aquele que recebeu o consentimento estatal tem direito a usar sozinho o bem, afastando possíveis interessados. Se o uso é privativo, não admite a concorrência de outras pessoas.

Outra característica é a *instrumentalidade formal*. O uso privativo não existe senão através de título jurídico formal, através do qual a Administração exprima seu consentimento. É nesse título que estarão fixadas as condições de uso, condições

essas a que o administrado deve se submeter estritamente.

A terceira é a *precariedade* do uso. Dizer-se que o uso é precário tem o significado de admitir posição de prevalência para a Administração, de modo que, sobrevindo interesse público, possa ser revogado o instrumento jurídico que legitimou o uso.[3340] Essa revogação, como regra, não rende ensejo a qualquer indenização, mas pode ocorrer que seja devida pela Administração em casos especiais, como, por exemplo, a hipótese em que uma autorização de uso tenha sido conferida por tempo certo, e a Administração resolva revogá-la antes do termo final.

Finalmente, esses instrumentos sujeitam-se a *regime de direito público*, no sentido de que a Administração possui em seu favor alguns princípios administrativos que levam em consideração o interesse público, como é o caso da revogação, acima mencionada.[3341]

Ainda no que concerne ao regime de direito público, vale anotar que, sem embargo de ser conferido o uso privativo a pessoa da iniciativa privada, o imóvel continua a caracterizar-se como bem público e a merecer a incidência das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe atribui. Uma delas é a *imunidade recíproca,* segundo a qual se veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros (art. 150, VI, "a", CF). A prerrogativa subsiste ainda que o bem público esteja sob o uso de pessoas privadas, visto que inexiste qualquer restrição no cenário constitucional. Por isso, já se decidiu, corretamente a nosso ver, que o Município não pode cobrar IPTU sobre imóvel federal, ainda que este tenha sido objeto de concessão de uso para exploração comercial, até porque o concessionário do uso não pode figurar no pólo passivo da relação tributária.[3342] Não obstante, em outra decisão foram opostas algumas restrições para a imunidade, sendo esta considerada inaplicável, por exemplo, quando há exploração econômica.[3343]

Vejamos essas formas de uso privativo.

4.1. Autorização de Uso

Autorização de uso é o ato administrativo pelo qual o Poder Público consente que determinado indivíduo utilize bem público de modo privativo, atendendo primordialmente a seu próprio interesse.

Esse ato administrativo é *unilateral*, porque a exteriorização da vontade é apenas da Administração Pública, embora o particular seja o interessado no uso. É também *discricionário,* porque depende da valoração do Poder Público sobre a conveniência e a oportunidade em conceder o consentimento. Trata-se de *ato precário*: a Administração pode revogar posteriormente a autorização se sobrevierem razões administrativas para tanto, não havendo, como regra, qualquer direito de indenização em favor do administrado.[3344]

A autorização de uso só remotamente atende ao interesse público, até porque esse objetivo é inarredável para a Administração. Na verdade, porém, o benefício maior do uso do bem público pertence ao administrado que obteve a utilização privativa. Portanto, é de se considerar que na autorização de uso é prevalente o interesse privado do autorizatário.

Como regra, a autorização não deve ser conferida com prazo certo. O comum é que o seja até que a Administração decida revogá-la. Entretanto, consideram os autores que, fixado prazo para o uso, a Administração terá instituído autolimitação e deverá obedecer à fixação, razão por que o desfazimento antes do prazo atribui o dever indenizatório à pessoa revogadora pelos prejuízos causados, os quais, no entanto, devem ser comprovados.[3345]

Como o ato é discricionário e precário, ficam resguardados os interesses administrativos. Sendo assim, o consentimento dado pela autorização de uso não depende de lei nem exige licitação prévia. Em outra ótica, cabe afirmar que o administrado não tem direito subjetivo à utilização do bem público, não comportando formular judicialmente pretensão no sentido de obrigar a Administração a consentir no uso; os critérios de deferimento ou não do pedido de uso são exclusivamente administrativos, calcados na conveniência e na oportunidade da Administração.[3346]

Exemplos desse tipo de ato administrativo são as autorizações de uso de terrenos baldios, de área para estacionamento, de retirada de água de fontes não abertas ao público, de fechamento de ruas para festas comunitárias ou para a segurança de moradores e outros semelhantes.

Autorização de uso de natureza urbanística – A Medida Provisória nº 2.220, de 4/9/2001, criou novo tipo de autorização de uso de imóvel público. Como esse diploma, com lastro nos arts. 182 e 183 da CF, trata de instrumentos adotados para

a política urbana, inclusive a concessão de uso especial para fins de moradia, que examinaremos adiante, poderíamos qualificá-la, distinguindo-a da autorização clássica, como *autorização de uso de imóvel público de natureza urbanística*.

Dispõe o art. 9º do referido diploma ser facultado ao Poder Público competente dar, gratuitamente, autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, de forma pacífica e ininterrupta, imóvel público, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, em área urbana, utilizando-a para fins comerciais. Para completar o prazo legal, a lei admite que o possuidor acrescente sua posse à do antecessor, desde que ambas sejam contínuas.

Essa nova modalidade de autorização de uso de imóvel público tem regime jurídico próprio, dotado de lineamentos diversos dos já conhecidos para a autorização de uso de natureza comum. Ambas são formalizadas por ato administrativo, mas *há diferença quanto à discricionariedade e à precariedade*. Na autorização comum, o ato é discricionário porque a Administração avalia apenas a conveniência e a oportunidade para sua outorga; na autorização urbanística, porém, a discricionariedade é mais estrita, pois que, além desses fatores de valoração, é necessário ainda que se verifique a presença dos pressupostos legais. Em outras palavras, o ato comporta uma face discricionária e outra vinculada.

Por outro lado, a autorização comum é precária porque o órgão administrativo pode revogá-la de acordo com meros critérios administrativos; na autorização urbanística, todavia, inexiste precariedade: uma vez deferida a autorização, o uso se tornará definitivo, não mais havendo ensejo para a revogação administrativa, que, aliás, só se aplica, como regra, quando se cuida de ato precário.

Outro aspecto distintivo reside na forma como o interessado se vincula ao imóvel público. Na autorização comum, o indivíduo tem plena ciência de que o imóvel não lhe pertence, tendo, portanto, mera *detenção*. Já a autorização urbanística pressupõe que o indivíduo possua o imóvel *como seu*, para usar a linguagem da lei, o que significa que o fato jurídico que o liga ao imóvel corresponde indubitavelmente à *posse*, desde que seja esta ininterrupta e sem oposição.

Há ainda fatores diferenciais quanto aos aspectos *temporal, territorial* e *finalístico*. Vejamos tais fatores:

a) *Temporal*: a autorização comum não tem qualquer limitação de tempo para

ser concedida; a autorização urbanística só pode ser conferida para aqueles que completaram os requisitos legais até 30 de junho de 2001;

b) *Territorial*: na autorização comum, não há restrição quanto à dimensão do território; na autorização urbanística, o uso só é autorizado para imóveis urbanos de até duzentos e cinquenta metros quadrados;

c) *Finalístico*: a autorização comum admite qualquer tipo de uso pelo interessado, ao passo que a autorização urbanística só se legitima se o ocupante utilizar o imóvel para fins comerciais.

Por fim, o legislador previu que, em alguns casos, poderá ser conferida a autorização de uso de natureza urbanística para local diverso daquele ocupado pelo interessado. São as hipóteses, dentre outras, em que o possuidor ocupe local que ofereça risco à vida ou à saúde do ocupante; ou imóvel qualificado como bem de uso comum do povo; ou área destinada à urbanização ou à preservação ambiental. [3347] Note-se que todos os fatos ensejadores da mudança de local são de natureza urbanística, o que demonstra efetivamente a preocupação do novo diploma em adotar estratégias de política urbana.

4.2. Permissão de Uso

Permissão de uso é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que certa pessoa utilize privativamente bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

O delineamento jurídico do ato de permissão de uso guarda visível semelhança com o de autorização de uso. São realmente muito assemelhados. A distinção entre ambos está na predominância, ou não, dos interesses em jogo. Na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado, conquanto haja interesse público como pano de fundo. Na permissão de uso, os interesses são nivelados: a Administração tem algum interesse público na exploração do bem pelo particular, e este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem. Esse é que nos parece ser o ponto distintivo.

Quanto ao resto, são idênticas as características. Trata-se de ato *unilateral, discricionário e precário*, pelas mesmas razões que apontamos para a autorização de uso. [3348]

A questão do prazo e da revogabilidade também se aplica às permissões de

uso. Sendo o ato discricionário e precário, pode a Administração revogá-lo posteriormente se para tanto houver razões de interesse público. No entanto, os Tribunais, a nosso ver com razão, têm exigido que o ato revogador tenha motivo bem definido e claro, para não mascarar possível desvio de finalidade em prejuízo do permissionário.[3349] Em relação à indenização, no caso de permissão a prazo certo, ou permissão condicionada, a aplicação é a mesma adotada para as autorizações de uso. Aliás, é oportuno registrar que a permissão condicionada de uso tem maior grau de permanência que a permissão simples e muito se aproxima da figura do contrato, passando a confundir-se, em alguns momentos, com a concessão de uso, a ser estudada logo à frente.

O ato de permissão de uso é praticado *intuitu personae,* razão por que sua transferência a terceiros só se legitima se houver consentimento expresso da entidade permitente. Nesse caso, a transferibilidade retrata a prática de novo ato de permissão de uso a permissionário diverso do que era favorecido pelo ato anterior. [3350]

Quanto à exigência de licitação, deve entender-se necessária sempre que for possível e houver mais de um interessado na utilização do bem, evitando-se favorecimentos ou preterições ilegítimas. Em alguns casos especiais, porém, a licitação será inexigível, como, por exemplo, a permissão de uso de calçada em frente a um bar, restaurante ou sorveteria.[3351] Registre-se, por oportuno, que as permissões de uso de bens imóveis *residenciais* e de bens imóveis *de uso comercial de âmbito local* com área de até 250 m2 estão entre os casos de *dispensa de licitação* quando estiverem inseridas em programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos pela Administração Pública.[3352]

Exemplos comuns desses atos de consentimento: permissão de uso para feiras de artesanato em praças públicas; para vestiários públicos; para banheiros públicos; para restaurantes turísticos etc.

É comum encontrar-se, entre os publicistas, a referência à permissão de uso de bem público para a instalação de bancas de jornal, feiras livres e colocação de mesas e cadeiras em frente a estabelecimentos comerciais, como bares e restaurantes. Em nosso entender, todavia, o interesse privado sobrepuja qualquer interesse público no consentimento estatal, razão por que, por lógica, melhor se configurariam como autorizações de uso de bem público. No caso de banheiros,

vestiários e restaurantes explorados por particular em prédios pertencentes ao Poder Público, haverá por certo interesse público pertinente ao turismo, à higiene etc., razão por que se enquadram bem como permissão de uso.

A grande verdade – esta a que nos convence atualmente – reside na conveniência de considerar-se prejudicada, por inócua e imprecisa, a clássica distinção entre permissão e autorização de uso, e isso a começar pelo significado dos termos, já que quem *autoriza* é porque *permite,* sendo verdadeira a recíproca. Ambos são atos administrativos, em regra discricionários e precários, como vimos, revestem-se da mesma fisionomia jurídica e se sujeitam aos mesmos efeitos jurídicos quanto à outorga, eficácia e revogação. A questão do interesse predominante – se público ou privado – nem sempre é suficientemente clara e, ao que temos visto, tem dado ensejo a distorções quanto à configuração do ato.

Em suma, parece-nos hoje que o melhor e mais lógico seria uniformizar os atos sob um único rótulo – seja autorização seja permissão de uso –, visto que a distinção atual causa aos estudiosos mais hesitações do que precisão quanto à qualificação jurídica. Como sistema, o correto seria adotar classificação básica dicotômica quanto a referidos atos de consentimento: de um lado, a autorização de uso (ou permissão de uso), caracterizada como ato administrativo, e de outro a concessão de uso, com a natureza de contrato administrativo.[3353]

4.3. Concessão de Uso

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.

Não é difícil observar que o núcleo conceitual da concessão de uso é idêntico ao das permissões e autorizações de uso: em todos, o particular tem direito ao uso privativo do bem público mediante consentimento formal emanado do Poder Público. Contudo, a concessão apresenta alguns elementos diferenciais.

O primeiro deles é a *forma jurídica*: a concessão de uso é formalizada por *contrato administrativo*, ao passo que a autorização e a permissão se formalizam por *atos administrativos*. Por isso, nestas fica claro o aspecto da *unilateralidade*, enquanto naquela reponta o caráter de *bilateralidade*.

A *discricionariedade* é marca das concessões de uso, identificando-se nesse

particular com autorizações e permissões de uso. Com efeito, a celebração do contrato de concessão de uso depende da aferição, pelos órgãos administrativos, da conveniência e oportunidade em conferir a utilização privativa do bem ao particular. Significa dizer que um bem público só será objeto de uso por ato de concessão se a Administração entender que é conveniente e que, por isso, nenhum óbice existe para o uso privativo.

Ao contrário do que ocorre com os atos anteriores de consentimento, a concessão de uso *não dispõe da precariedade* quase absoluta existente naquelas hipóteses. Como bem assinala MARIA SYLVIA DI PIETRO, a concessão é mais apropriada a atividades de maior vulto, em relação às quais o concessionário *"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"*.[3354] Tem toda a razão a ilustrada publicista. Se o concessionário ficasse à inteira mercê do concedente, sendo totalmente precária a concessão, não se sentiria decerto atraído para implementar a atividade e fazer os necessários investimentos, já que seriam significativos os riscos do empreendimento. Isso não quer dizer, porém, que a estabilidade seja absoluta. Não o é, nem pode sê-lo, porque acima de qualquer interesse privado sobrejaz o interesse público. Mas ao menos milita a presunção de que, inexistindo qualquer grave razão superveniente, o contrato se executará no tempo ajustado pelas partes.

No conceito da concessão de uso, mencionamos o fato de que o consentimento independe do maior ou menor interesse da pessoa concedente. Esse aspecto, que marca a distinção entre autorização e permissão de uso, não tem relevância no que toca à concessão de uso, visto que haverá concessões em que os interesses público e privado estarão no mesmo plano, mas outras serão ajustadas em que mais ostensivo será o interesse privado e mais remoto o interesse público. Importante no caso é a verificação da *forma contratual*, fator que por si só as distingue das modalidades anteriores.[3355]

Admitem-se duas espécies de concessão de uso: a) *a concessão remunerada de uso de bem público;* b) *a concessão gratuita de uso de bem público.* A diferença emana das próprias expressões. Em alguns casos, o uso privativo implica o pagamento, pelo concessionário, de alguma importância ao concedente. Outras concessões consentem o uso sem qualquer ônus para o concessionário. Vejamos os exemplos.

Os boxes de um mercado municipal ou a exploração de um hotel situado em prédio público podem ser objeto de concessão de uso *remunerada ou gratuita,* conforme o interesse da pessoa concedente. Imóveis públicos para moradia de servidores ou para moradia e vigia de outros (algumas escolas têm nos fundos do terreno uma casa para residência do zelador e do vigia) normalmente são objeto de concessão de uso: quando o servidor (no caso do vigia) usa sem ônus, a concessão é gratuita; se efetua algum pagamento, a concessão é remunerada.

Em nosso entendimento, a *concessão remunerada de uso* e a *concessão gratuita de uso* não se confundem com a *locação* e com o *comodato*, respectivamente. A despeito de guardarem semelhanças na sua fisionomia jurídica, estas últimas figuras são reguladas pelo direito privado, a passo que as concessões são contratos administrativos, institutos típicos do direito público.[3356] Todavia, discordamos da doutrina que rechaça a possibilidade de bens públicos serem objeto de locação ou comodato. Na verdade, inexiste qualquer impedimento para tanto. Se, por um lado, a Administração deve preferir as concessões, por serem basicamente de direito público e estarem sob incidência de prerrogativas especiais em seu favor, por outro nada obsta a que celebre contratos de locação ou de comodato, desde que, é claro, haja permissivo legal para tais avenças e que a contratação tenha por objeto bens dominicais.[3357] Aliás, é bom lembrar que a própria Constituição, no art. 49, § 3º, do ADCT, permite a contratação de aforamento para terrenos de marinha, contrato típico de direito privado. Além disso, a Lei nº 8.666/93 refere-se expressamente à locação de bens imóveis (art. 17, I, "f" e "h", com a redação da Lei nº 11.481/2007) e o Decr.-lei nº 9.760/46 alude à locação de bens imóveis da União. (art. 86) Assim, nenhuma hipótese deve ser excluída *a priori;* ao revés, em cada caso deverá o intérprete analisar se a avença se configurou como de direito público ou privado. [3358]

Sendo contratos administrativos, as concessões de uso de bem público recebem a incidência normativa própria do instituto, ressaltando a desigualdade das partes contratantes e a aplicação das cláusulas de privilégio decorrentes do direito público. Desse modo, deve ser realizada licitação prévia para a seleção do concessionário que apresentar as melhores condições para o uso do bem público. Será inexigível, porém, o procedimento quando a hipótese não comportar regime de normal competição entre eventuais interessados. A inexigibilidade, entretanto,

deve ser considerada como exceção. Em se tratando de contrato administrativo, o prazo deve ser determinado, extinguindo-se direitos e obrigações quando do advento do termo final do acordo.

Avulta notar que o concessionário de uso *não se configura como sujeito passivo do IPTU* – imposto de competência municipal – sobre a área pública que ocupa, não podendo, por conseguinte, figurar no polo passivo da obrigação tributária. Segundo o art. 34 do Código Tributário Nacional, contribuinte é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título. A concessão de uso, contudo, enseja posse de natureza precária e não se enquadra no conceito legal; por isso, não incide o dispositivo.[3359] A relação jurídica tributária se forma entre os entes públicos, que não podem cobrar imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros, o que retrata a *imunidade recíproca* (art. 150, VI, "a", CF), salvo se houver atividade econômica ou serviço público remunerado por preço ou tarifa paga pelo usuário (art. 150, § 3º, CF). Portanto, a discussão sobre a incidência tributária não envolve o concessionário de uso, que é terceiro naquela relação jurídica.

4.4. Concessão de Direito Real de Uso

Concessão de direito real de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram. Essa forma de concessão é regulada expressamente pelo Decreto-lei nº 271, de 28/2/1967.[3360]

O legislador ampliou o campo de incidência do instituto para atender a outras situações indicativas de interesse social. Atualmente diz o citado Decr.-lei nº 271/67: *"É instituída a concessão de uso, de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência, ou outras modalidades de interesse social de áreas urbanas".*[3361]

O dispositivo passou a contemplar, entre os objetivos do instituto, a *regularização fundiária*, o *aproveitamento sustentável das várzeas* e a *preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência.* Trata-se, como é fácil observar, de finalidades de caráter eminentemente social. Na verdade, já poderiam ser

concebidas como inclusas na expressão final do dispositivo – *"outra utilização de interesse social"* – nele já anteriormente prevista; a expressão, vê-se em seus termos, é nitidamente de *reserva* (ou *residual*). De qualquer modo, esses novos objetivos integram-se nas preocupações sociais mais modernas, o que justifica sua menção expressa. A regularização fundiária, pela qual se possibilita a adequação de terrenos e moradias ao direito positivo, é hoje ponto fundamental da política urbana, esta regulada basicamente na Constituição (arts. 182 e 183). A sustentabilidade do aproveitamento das várzeas é finalidade de cunho eminentemente ambiental. Por fim, a preservação das comunidades tradicionais é foco do interesse governamental em não causar gravame aos povos (principalmente os indígenas) já assentados há longo tempo em certas áreas, destas extraindo os meios de subsistência. Justo, portanto, que mereçam ser aquinhoados com a concessão de direito real de uso.

O instituto se assemelha, em certos pontos, à concessão de uso. Mas há dois pontos diferenciais básicos. De um lado, a concessão de uso que estudamos anteriormente instaura relação jurídica de caráter *pessoal*, tendo as partes relação meramente obrigacional, enquanto que no presente tipo de concessão de uso é outorgado ao concessionário direito real.[3362] De outro, os fins da concessão de direito real de uso são previamente fixados na lei reguladora. Destina-se o uso à urbanização, à edificação, à industrialização, ao cultivo ou a qualquer outro que traduza interesse social. Na concessão comum de uso nem sempre estarão presentes esses fins.

Como deixamos assentado no conceito, a concessão de direito real de uso incide sobre terrenos públicos em que não existam benfeitorias ou sobre o espaço aéreo que se ergue acima da superfície.[3363] Os objetivos da concessão devem ser estritamente respeitados pelo concessionário, sob pena de reverter o uso para a Administração, que poderá firmar novo contrato para alvejar o fim específico do uso privativo.

Como dissemos, a concessão de uso em foco tem a *natureza jurídica* de *direito real*. Entretanto, não constava originalmente da relação dos direitos reais prevista no Código Civil. Atualmente, está relacionado no art. 1.225, inciso XII, do mesmo Código, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.481, de 31.05.2007. Esta mesma lei instituiu outra modificação no que concerne ao instituto: incluiu-o no Código Civil como direito suscetível da incidência de *hipoteca* (art. 1.473, IX). Se a concessão

de direito real for outorgada por prazo determinado, o direito de garantia ficará limitado à duração do referido prazo.[3364] Por outro lado, esse direito real pode ser objeto de *alienação fiduciária*, desde que seja passível de alienação; se tiver sido concedido por prazo determinado, a garantia também ficará restrita a esse prazo. [3365]

O direito real oriundo da concessão é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis,* mas inafastável será a observância dos fins da concessão. O instrumento de formalização pode ser escritura pública ou termo administrativo, devendo o direito real ser inscrito no competente Registro de Imóveis.[3366] Para a celebração desse ajuste, são necessárias lei autorizadora e licitação prévia, salvo se a hipótese estiver dentro das de dispensa de licitação. Na esfera federal, a licitação é dispensada se o uso for concedido a outro órgão administrativo (art. 17, § 2º, Lei nº 8.666/93).

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.

Exemplo dessa figura é a concessão de direito real de uso de terrenos públicos quando o Município deseja incentivar a edificação em determinada área. Ou a concessão do uso de área estadual quando o Estado pretende implantar região industrial para desenvolver a economia em seu território.

Quando o Poder Público concede direito real de uso de imóveis em favor de outro órgão ou pessoa administrativa, torna-se dispensada a licitação, conforme assenta o art. 17, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93. O fundamento está em que, tratando-se de pessoas da Administração, não há ameaça ao princípio da competitividade próprio do setor privado, sabido que entre aquelas entidades o alvo deverá sempre ser atividade de interesse público. O limite territorial máximo para esse tipo de concessão, no entanto, será de quinhentos hectares no âmbito da administração federal.[3367] Será também dispensada a licitação na hipótese de o direito real sobre *imóveis residenciais*, ou *de uso comercial* de âmbito local, com área de até 250 m2, ser concedido em função de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos pela Administração.[3368] Fora tais exceções,

deve ser realizado o processo licitatório.

4.5. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia

O art. 183, da vigente Constituição, instituiu o usucapião especial de imóvel urbano, conferindo àquele que possuir como seu, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, imóvel de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para sua moradia ou de sua família, o direito de adquirir o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Trata-se de relevante instrumento de política urbana, regulado pela Lei nº 10.257, de 10/7/2001 – o Estatuto da Cidade.

Esse diploma, porém, direcionou o usucapião especial para imóveis urbanos de *propriedade privada*. Como os imóveis públicos não são suscetíveis de ser adquiridos por usucapião, conforme averba o art. 183, § 3º, da CF, sentiu-se a necessidade de adotar para eles outro instrumento que guardasse similitude com aquele instituto, sempre tendo em mira atender às necessidades reclamadas pela política urbana. Foi então instituída a *concessão de uso especial para fins de moradia*, disciplinada pela Medida Provisória nº 2.220, de 4/9/2001.[3369] Sendo instrumento recente, vale a pena alinhavar sucintamente algumas observações sobre seu regime jurídico.

Antes, porém, cumpre salientar que ambos os instrumentos têm como núcleo central o *direito à moradia*, sem dúvida um dos direitos fundamentais dos indivíduos. Desse modo, pode dizer-se que o *direito à propriedade*, no usucapião, e o *direito ao uso de imóvel público*, na concessão de uso especial, retratam *direitos-meio* para o exercício do *direito-fim* – este o direito à moradia, verdadeiro pano de fundo daqueles outros direitos. Esse aspecto não deve ser esquecido na medida em que o Estatuto da Cidade inclui o direito à moradia como um dos fatores que marcam as *cidades sustentáveis*.[3370] Constitui, pois, uma das diretrizes de política urbana, de modo que outros instrumentos devem ser instituídos para tal desiderato política urbana. [3371]

Os *pressupostos* da concessão de uso especial para fins de moradia são bem semelhantes aos do usucapião especial urbano:

a) posse por cinco anos até 30 de junho de 2001;
b) posse ininterrupta e pacífica (sem oposição);

c) imóvel urbano público de até duzentos e cinquenta metros quadrados;
d) uso do terreno para fins de moradia do possuidor ou de sua família; e
e) não ter o possuidor a propriedade de outro imóvel urbano ou rural (art. 1º).

A distinção entre a concessão de uso especial para fins de moradia e o usucapião especial urbano, quanto aos pressupostos, reside em dois pontos: 1º) nesta o objeto é imóvel privado, ao passo que naquela é imóvel público (federal, estadual, distrital ou municipal, desde que regular a ocupação, como reza o art. 3º); 2º) na concessão só se conferiu o direito ao possuidor se os pressupostos foram atendidos até 30 de junho de 2001, ao passo que no usucapião não foi previsto termo final para a aquisição do direito. Significa que, se o indivíduo, naquela data, tinha a posse do imóvel público por quatro anos, por exemplo, não adquirirá o direito à concessão de uso especial.

Na esfera federal, a concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas de propriedade da União, alcançando, inclusive, os terrenos de marinha e acrescidos, desde que, obviamente, os ocupantes preencham os requisitos estabelecidos na MP nº 2.220/2001. A lei, todavia, veda a incidência do instituto sobre imóveis funcionais, o que, porém, não impede, como já vimos, sejam utilizados por força de outros institutos jurídicos.[3372] Por outro lado, não há para o ocupante direito subjetivo à concessão em foco relativa à ocupação de imóveis sob administração do Ministério da Defesa ou dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; tais imóveis são considerados de *interesse da defesa nacional*, o que permite que a Administração transfira a concessão para outra área (art. 5º, III, do Estatuto da Cidade).[3373]

A legislação era omissa a respeito da *natureza do direito* oriundo da concessão sob exame, muito embora sua fisionomia fosse a de *direito real*, como sustentamos em edições anteriores. Atualmente, a concessão de uso especial para fins de moradia está expressamente mencionada na relação dos direitos reais contida no Código Civil (art. 1.225, XI, com a alteração da Lei nº 11.481, de 31.05.2007). Por outro lado, o direito passou a estar entre aqueles que podem ser objeto de *hipoteca*, como registra o art. 1.473, VIII, do Código Civil.[3374] Ademais, o direito de uso especial para fins de moradia tem idoneidade para figurar como objeto de *alienação*

fiduciária, podendo, portanto, o devedor transferi-lo, de forma resolúvel, ao credor como instrumento de garantia contratual.[3375]

Além disso, o título da concessão, seja ele formalizado por termo administrativo, seja por sentença judicial, reclama registro no Cartório do Registro de Imóveis.[3376] Devidamente regularizada, a concessão pode ser objeto de garantia real, cominando-se aos agentes financeiros do sistema financeiro da habitação a obrigação de aceitá-la.[3377] A concessão em foco, porém, distingue-se da concessão de direito real de uso prevista no Decr.-Lei 271/67 pela circunstância de que é ela conferida para a *finalidade exclusiva de moradia*, o que não ocorre nesta última, em que há outras finalidades do uso, como visto anteriormente.

Outro aspecto que nos parece relevante no tema diz respeito à natureza jurídica do instituto no que concerne à forma jurídica de que se reveste. Ao exame do regime jurídico desse tipo de concessões, que tem lineamentos singulares, está claro que o legislador atribuiu à Administração *atividade vinculada* para o fim de reconhecer ao ocupante o *direito subjetivo* à concessão para moradia, desde que cumpridos os requisitos legais. Quer dizer: cumprido o suporte fático do direito pelo ocupante, outra conduta não se espera da Administração senão a de outorgar a concessão. A lei não lhe outorgou qualquer margem de liberdade para decidir sobre a outorga ou não da concessão. Ora, justamente por isso é que a concessão de uso especial para fins de moradia só pode ostentar a natureza jurídica de *ato administrativo vinculado*, e não de contrato administrativo, como poderia parecer à primeira vista em razão do que sucede nas demais formas de concessão.

Há mais de uma razão para tal fisionomia.

Primeiramente, inexiste qualquer tipo de negócio jurídico bilateral que ao menos denuncie a celebração de contrato. Depois, não há como se admitir contrato administrativo em que a Administração seja obrigada à celebração. Note-se que a hipótese não é a mesma que ocorre nos contratos administrativos, em que o vencedor da licitação, sendo esta homologada, tem direito subjetivo ao contrato (arts. 49 e 50 da Lei nº 8.666/93). Mesmo quando tal ocorre, é possível, diante de razões de interesse público, que a Administração não firme o contrato, embora deva arcar com as consequências pecuniárias. Não é o que acontece com a concessão em foco: preenchidos os requisitos pelo ocupante, tem ele direito subjetivo à concessão. Se a Administração opuser algum interesse público

incontornável para a outorga, terá que indenizar integralmente o concessionário, como o faria se o caso fosse de desapropriação.

Por último, essa modalidade de concessão tem o mesmo suporte jurídico básico do usucapião especial de imóvel urbano para fins de moradia, instituto que, obviamente, está distante de qualquer concepção contratual. Em suma, se o instituto tem linhas específicas e regime jurídico próprio, o que deve prevalecer é o seu conteúdo, e não a denominação, que pode conduzir a uma errônea perspectiva.

Pode-se, pois, considerar, para concluir, que a *natureza jurídica* da concessão de uso especial para fins de moradia é a de *ato administrativo vinculado*, de outorga de direito real de uso em imóvel público, para fins de moradia do possuidor ou de sua família.

Para evitar o desvio de finalidade do instituto, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia só será reconhecido uma vez ao mesmo possuidor. A concessão será gratuita e poderá ser outorgada ao homem ou à mulher, ou a ambos, sendo irrelevante o estado civil dos interessados. No caso de morte do possuidor, o herdeiro legítimo continua a posse do antecessor, desde que já resida no imóvel ao tempo da abertura da sucessão.[3378] Sem esta condição, não haverá continuidade e, em consequência, inviável será a outorga da concessão.

A *formalização* da concessão para moradia pode efetivar-se por *termo administrativo*, quando o pedido for atendido na via administrativa, sem a formação de litígio, ou por *sentença judicial*, quando, denegado o pedido ou omissa a Administração em apreciá-lo, o ocupante formular seu pedido em juízo.[3379] Qualquer desses títulos será suscetível de registro no Cartório do Registro Imobiliário. Se se tratar de imóvel da União ou dos Estados, o interessado deve instruir o pedido de concessão com certidão do órgão municipal competente, na qual seja certificado que o imóvel se localiza em área urbana e que se destina realmente à moradia do ocupante ou de sua família.[3380]

Em alguns casos, o legislador admite que o possuidor possa obter a concessão em outro local. Um desses casos pressupõe que o local da ocupação provoque risco à vida ou à saúde dos possuidores; se tal suceder, fica garantido aos ocupantes o *direito subjetivo* à concessão em local diverso (art. 4º). A Administração, portanto, também aqui está *vinculada* à outorga desse direito, não tendo qualquer margem de decidir de forma diversa.[3381] Em outros, no entanto, o legislador conferiu ao

Poder Público a *faculdade* de transferir o local da ocupação, rendendo ensejo, assim, a atuação *discricionária* por parte dos órgãos administrativos. É o que ocorre quando a ocupação se processa em imóvel:

a) de uso comum do povo;
b) situado em via de comunicação;
c) destinado a projeto de urbanização;
d) adequado à construção de represas e obras congêneres; e
e) de interesse da preservação ambiental, da proteção dos ecossistemas naturais ou da defesa nacional.[3382]

A concessão de uso especial para fins de moradia pode extinguir-se de duas maneiras: 1ª) quando houver desvio de finalidade, ou seja, quando o concessionário der ao imóvel outro fim que não o de moradia para si ou para sua família; 2ª) no caso de o concessionário adquirir a propriedade de outro imóvel urbano ou rural. [3383] Extinta a concessão, deverá averbar-se o fato no Cartório do Registro de Imóveis por meio de declaração da Administração que outorgou a concessão, a fim de produzir efeitos *erga omnes*.

O legislador, ainda, curvando-se a exigências urbanísticas inafastáveis, instituiu a concessão *coletiva* de uso especial para fins de moradia (art. 2º), à semelhança do usucapião especial coletivo de imóvel urbano particular, disciplinado pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Outorgar-se-á a concessão coletiva para moradia quando, em imóvel público urbano com área superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, haja ocupação por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, não sendo possível identificar os terrenos ocupados por possuidor. Aqui também há a exigência de que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Na concessão coletiva, a cada concessionário será atribuída igual fração ideal do terreno, e isso sem levar em conta a dimensão do terreno que cada possuidor ocupe. Ressalva-se apenas a celebração de acordo entre os ocupantes, no qual pode ser pactuada a atribuição de frações ideais diferenciadas. A fração ideal outorgada a cada possuidor não poderá exceder a duzentos e cinquenta metros quadrados. [3384] Sem dúvida é singular, e até mesmo se afigura esdrúxulo, que a concessão

seja outorgada para incidir sobre uma fração ideal do terreno. Entretanto, deve considerar-se que o instituto tem caráter urbanístico e visa a regularizar a situação imobiliária de infinito número de pessoas, integrantes do que a lei denominou de "população de baixa renda". Além disso, procurou o legislador assemelhar esse tipo de concessão ao usucapião especial de imóvel urbano privado, figura em que, pela formação de condomínio, o domínio de fração ideal de terreno não acarreta qualquer estranheza. Por fim, é preciso aceitar que a ordem urbanística está mesmo a reclamar medidas jurídicas novas, ainda mais quando se cuida de garantir o bem-estar, a segurança e a comodidade das populações.

4.6. Cessão de Uso

Cessão de uso é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.

A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário. O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. Por exemplo: o Tribunal de Justiça cede o uso de determinada sala do prédio do foro para uso de órgão de inspetoria do Tribunal de Contas do mesmo Estado. Ou o Secretário de Justiça cede o uso de uma de suas dependências para órgão da Secretaria de Saúde.

A cessão de uso, entretanto, pode efetivar-se também entre órgãos de entidades públicas diversas. Exemplo: o Estado cede grupo de salas situado em prédio de uma de suas Secretarias para a União instalar um órgão do Ministério da Fazenda. Alguns autores limitam a cessão de uso às entidades públicas.[3385] Outros a admitem para entidades da Administração Indireta.[3386] Em nosso entender, porém, o uso pode ser cedido também, em certos casos especiais, a pessoas privadas, desde que desempenhem atividade não lucrativa que vise a beneficiar, geral ou parcialmente, a coletividade. Citamos, como exemplo, a cessão de uso de sala, situada em prédio público, que o Estado faz a uma associação de servidores. Ou a entidade beneficente de assistência social. Aliás, tais casos não são raros na Administração. O que nos parece importante é que tais casos sejam restritos a esse tipo de cessionários, impedindo-se que o benefício do uso seja

carreado a pessoas com intuito lucrativo.

Em semelhante sentido, aliás, está definida a legislação incidente sobre imóveis pertencentes à União. Nela é prevista a cessão gratuita de uso de bens imóveis federais quando o governo federal pretende concretizar "*auxílio ou colaboração que entenda prestar*".[3387] Em outro diploma, admitiu-se a cessão a "*Estados, Municípios e entidades sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou de assistência social*".[3388] É verdade, todavia, que os demais entes federativos têm autonomia para estabelecer uma ou outra condição a mais. Não obstante, a legislação federal bem aponta as linhas básicas dessa forma de uso.

A formalização da cessão de uso se efetiva por instrumento firmado entre os representantes das pessoas cedente e cessionária, normalmente denominado de "*termo de cessão*" ou "*termo de cessão de uso*". O prazo pode ser determinado ou indeterminado, e o cedente pode a qualquer momento reaver a posse do bem cedido. Por outro lado, entendemos que esse tipo de uso só excepcionalmente depende de lei autorizadora, porque o consentimento se situa normalmente dentro do poder de gestão dos órgãos administrativos. Logicamente, é vedado qualquer desvio de finalidade, bem como a extensão de dependências cedidas com prejuízo para o regular funcionamento da pessoa cedente.[3389]

O fundamento básico da cessão de uso é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, a interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso de bem público.

4.7. Formas de Direito Privado

Além dos mecanismos já estudados, sabidamente regulados pelo direito público, existem outros, agora regidos fundamentalmente pelo direito privado, pelos quais o Poder Público também confere a determinadas pessoas o uso privativo de bens públicos.

Como é voz uníssona entre os estudiosos, o Poder Público sempre deve preferir a adoção das formas regidas pelo direito público, tendo em vista que, em última análise, o uso incide sobre bens do domínio público. Mas, na verdade, conquanto haja entendimentos contrários, não há obstáculos a que o Estado se utilize dessas formas jurídicas, como bem assinala DIÓGENES GASPARINI[3390] e conforme deixamos consignado anteriormente.[3391] Em

cada caso, é a Administração que deve verificar qual a forma de uso a ser conferida ao particular, de modo a melhor atender ao interesse público. Nada impede, em consequência, que convivam lado a lado institutos de direito público e de direito privado, desde que a Administração os utilize tendo em mira o interesse público, único fim a ser por ela perseguido.

Vejamos essas formas.

ENFITEUSE – Já nos referimos à *enfiteuse* ou *aforamento* como forma de aquisição de bens públicos pelo Estado quando figura como enfiteuta ou titular do domínio útil. O mais comum, no entanto, é a hipótese em que a propriedade pertença ao Poder Público e o domínio útil pertença a um particular. É aqui que se dá o uso privativo de bens públicos por particulares.

Enfiteuse é o instituto pelo qual o Estado permite ao particular o uso privativo de bem público a título de domínio útil, mediante a obrigação de pagar ao proprietário uma pensão ou foro anual, certo e invariável. O STF, todavia, a propósito da Lei nº 7.450/85, que fixara o foro em 0,6% do valor do respectivo domínio pleno (alterando o art. 101 do Decreto-lei nº 9.760/46), decidiu que, apesar de assegurado o direito dos anteriores enfiteutas, por ser o contrato tido como ato jurídico perfeito (e, pois, imune à lei nova, *ex vi* do art. 5º, XXXVI, CF), é admissível a correção monetária de seu valor a fim de evitar enriquecimento sem causa do enfiteuta.[3392]

O instituto propicia a aquisição de direito real por parte do enfiteuta, titular do domínio útil. Esse direito pode ser transferido a terceiro, mas é preciso que o senhorio direto renuncie a seu direito de preferência para reaver o imóvel. Se renunciar, o enfiteuta deverá pagar, pela transmissão do domínio útil, importância nominada de *laudêmio*, calculada sobre o preço da alienação. No caso da União, o laudêmio é de 5 % sobre o valor atualizado do domínio útil e das benfeitorias. [3393] Quanto ao foro anual, trata-se de obrigação que o enfiteuta não pode deixar de cumprir. Se deixar de pagar o foro durante três anos consecutivos, ou quatro intercalados, o inadimplemento acarretará a caducidade da enfiteuse.[3394]

A disciplina geral da enfiteuse se encontrava entre os arts. 678 a 694, do antigo Código Civil. Como já dissemos anteriormente, o novo Código não mais inclui a enfiteuse no elenco dos direitos reais.[3395] Além disso, proibiu a constituição de

novas enfiteuses e subenfiteuses, garantindo, entretanto, a eficácia das instituídas anteriormente (art. 2.038). Referida garantia – é bom assinalar – apenas reafIrma o postulado constitucional segundo o qual a lei nova não pode prejudicar o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), de modo que a subsistência dos atos anteriores dispensaria mesmo norma expressa a respeito. Não obstante, a lei nova vedou a cobrança de laudêmio ou ônus semelhante, nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações, bem como a constituição de outras subenfiteuses (art. 2.038, § 1º, I e II).

O Decreto-lei nº 9.760, de 5/9/1946, já com algumas alterações introduzidas, que dispõe sobre os bens imóveis da União, regula a enfiteuse dos imóveis públicos pertencentes à União Federal.[3396] Essas regras, se houvesse conflito, prevaleciam sobre as do Código Civil de 1916, porque se encontram também em lei federal; além disso, o citado diploma qualifica-se como lei nova e especial em relação ao antigo Código, o que reforça sua prevalência em relação a este. Para as demais pessoas de direito público, entretanto, sempre incidiram as normas previstas no estatuto civil, agora revogado.

Advirta-se, porém, que, em virtude da exclusão da enfiteuse da categoria dos direitos reais no novo Código, não mais poderá haver sua instituição mesmo por entidades públicas, tendo-se apenas que assegurar a eficácia das já existentes. A razão consiste, primeiramente, no fato de que o Código Civil é o instrumento formal orgânico que cataloga e disciplina os direitos reais, sendo, pois, obrigatório para todas as pessoas. E, depois, porquanto, apesar de instituída também por pessoas públicas, a enfiteuse espelha instituto próprio do direito privado.

Há várias áreas federais cujo uso é conferido através de enfiteuse, como é o caso dos terrenos de marinha, o que é previsto, inclusive, no art. 49, § 3º, do ADCT da CF. A enfiteuse de terrenos de marinha, aliás, foi a única forma ressalvada pelo novo Código Civil (art. 2.038, § 2º), com a previsão de que seria regulada por lei especial. Sobre o assunto nos deteremos no momento próprio.

Avulta, ainda, que haverá *dispensa de licitação* para o aforamento de imóveis residenciais ou de uso comercial de âmbito local com dimensão máxima de 250 m2, quando o contrato se originar de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos pela Administração Pública.[3397]

DIREITO DE SUPERFÍCIE – Direito de superfície é aquele pelo qual o proprietário concede a outrem o direito de utilizar, no mínimo, a superfície de seu imóvel na forma pactuada no respectivo contrato. Embora seja contrato de direito privado, nada impede que ente público, desde que haja lei autorizadora, conceda ao administrado o direito de utilizar a superfície do imóvel público.[3398] Registre-se, aliás, que o art. 1.377, do Cód. Civil, admite expressamente que o referido direito seja constituído por pessoa jurídica de direito público interno.[3399] Fundamental é que haja minuciosa motivação a fim de aferir-se a legalidade do negócio jurídico. Cabe à Administração – enfatize-se – demonstrar limpidamente as razões de ordem administrativa que a levaram à contratação, bem como o interesse público que resultará do contrato.

Sem dúvida o direito de superfície é instituto similar à enfiteuse, sobretudo porque, tanto quanto esta, comporta o desmembramento da propriedade, figurando como *dominus* da nua-propriedade o *proprietário* (que pode ser a pessoa estatal) e como titular do direito de uso o *superficiário*. Difere da enfiteuse, contudo, porque o superficiário, em princípio, pode alienar seu direito sem anuência do proprietário, o que não ocorria com aquela. Ademais, na enfiteuse o foro (ou cânon) é da essência do instituto, ao passo que o valor ajustado no direito de superfície *(solarium)* não o é. Por último, o inadimplemento do foro na enfiteuse provoca a extinção desta, ao passo que na superfície a extinção nessa hipótese é eventual.[3400]

Existem duas disciplinas que regulam o direito de superfície. Uma delas encontra-se nos arts. 21 a 24 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001) e a outra no Código Civil, entre os arts. 1.369 a 1.377. A primeira se insere em *lei especial*, destinada a regular o referido negócio em *áreas urbanas* e voltada especificamente para a política de desenvolvimento urbano (art. 182, CF). Consequentemente, o Código Civil, embora materializado por lei mais nova, caracteriza-se como *lei geral*, e, portanto, será aplicável a imóveis situados fora da área urbana.[3401] Ambos os diplomas, por conseguinte, convivem harmoniosamente dentro do sistema, cada um deles incidindo sobre esfera jurídica específica.[3402]

O direito de superfície deve formalizar-se por *contrato*, como consta da lei, revelando as manifestações volitivas do proprietário e do superficiário. No instrumento contratual é que as partes devem pactuar detalhamente os direitos e

obrigações atribuídos a cada uma delas.

A natureza jurídica é a de *direito real* sobre a coisa alheia. O Código Civil, inclusive, inseriu expressamente o direito de superfície no elenco dos direitos reais (art. 1.225, II). Constituído o direito, deve ser objeto de averbação no respectivo cartório do registro de imóveis. Como corolário, o direito é transferível a terceiros por ato *inter vivos* ou *causa mortis.*[3403] Pode, inclusive, ser objeto de garantia real no âmbito do sistema financeiro da habitação, cujos agentes não podem recusá-la. [3404] Quanto ao *objeto* do negócio jurídico, a lei refere-se à concessão da superfície do *terreno*, parecendo indicar apenas o solo puro. Entretanto, a lei disse menos do que queria (*minus quam voluit*). Na verdade, tanto pode o terreno puro ser objeto do contrato, como eventual edificação que a ela tenha acedido pelo princípio da acessão natural (*superficies solo cedit*).[3405] O terreno, desse modo, é a *reserva mínima* para figurar como objeto contratual, nada impedindo maior extensão.

No cotejo entre as disciplinas do Estatuto da Cidade e do Código Civil, encontram-se algumas diferenças de tratamento da matéria (o que é um complicador indesejável). Vejamos as distinções básicas: 1ª) no Estatuto da Cidade, o direito de superfície pode ser ajustado por prazo determinado ou indeterminado (art. 21), ao passo que no Código Civil o ajuste deve ser apenas por prazo determinado (art. 1.369) (note-se que o Estado, como proprietário, só pode contratar por prazo determinado); 2ª) o direito de superfície no Estatuto abrange, como regra, o direito de utilização do subsolo (art. 21, § 1º), o que não ocorre no Cód. Civil, a menos que a obra seja inerente ao objeto do contrato (art. 1.369, parág. único); 3ª) o Cód. Civil alude à constituição do direito por pessoa jurídica de direito público interno (art. 1.377), ao passo que o Estatuto é silente a respeito; [3406] 4ª) o Cód. Civil regula a hipótese de desapropriação, estabelecendo que a indenização caberá ao proprietário e ao superficiário, sendo proporcional ao valor do direito real de cada um (art. 1.376); o Estatuto não regulou tal hipótese.[3407]

Por fim, releva destacar que, no caso de alienação da propriedade ou do direito de superfície, terão *direito de preferência*, respectivamente, o superficiário e o proprietário, em igualdade de condições à oferta de terceiros. Extinto o negócio, o proprietário recuperará a propriedade plena do imóvel, só tendo a *obrigação de indenizar* acessões e benfeitorias feitas pelo superficiário se o contrato for expresso a respeito.

LOCAÇÃO – Locação é o contrato de direito privado pelo qual o proprietário-locador transfere a posse do bem ao locatário, que tem a obrigação de pagar certa importância – o aluguel – por período determinado de uso do bem.

O uso privativo nessa hipótese ocorre quando o bem pertence ao Estado. Se este celebra, como locador, contrato de locação com um particular, assumindo este a condição de locatário, deve o ajuste ser regulado normalmente pelo Código Civil, demonstrando o caráter privado da contratação.[3408]

Importa lembrar que, mesmo sendo instrumento de direito privado, a locação de bens públicos a terceiros também confere seu uso privativo pelo locatário, tal como ocorre com as formas de direito público já examinadas.

Têm surgido algumas controvérsias a respeito dessa forma de uso dos bens de entidades administrativas. Há estudiosos que não aceitam o regime de locação do direito civil para bens públicos, sustentando que somente se revela admissível a concessão remunerada de uso de bem público, modalidade de contrato administrativo.[3409]

Como já visto, essa não nos parece a melhor posição: na verdade, inexiste qualquer vedação de índole constitucional em tal sentido. Ademais, legislação mais recente tem sido expressa no que concerne à viabilidade jurídica do instituto da locação de imóveis públicos.[3410] Resulta, pois, que não se pode deixar de reconhecer a viabilidade desse ajuste.[3411] Uma coisa é concluir ser a concessão de uso um ajuste mais adequado do que a locação; outra, inteiramente diversa, é simplesmente considerar inadmissível a locação. O que importa, na espécie, é a opção do administrador – que, diga-se de passagem, terá que avaliar cada situação e não poderá vislumbrar outro fim senão o de interesse público. Por isso mesmo, sendo indevida a escolha, o ajuste estará sujeito à invalidação, e o administrador, à responsabilidade civil, administrativa e penal.

Entretanto, há alguns julgados que realmente causam espécie. No STJ já se julgou que o contrato firmado por particular com a INFRAERO, empresa pública (e, por isso mesmo, dotada de personalidade jurídica de direito privado), não é de locação, e sim de direito público, porque *os bens da empresa pública relativos a sua finalidade são utilizados de acordo com as regras do Direito Público*, não seguindo, pois, as regras da locação de direito privado.[3412] Em nosso entender, há dois equívocos,

venia concessa, na decisão. Por um lado, nem se o bem fosse efetivamente público (e os de empresas públicas não o são) haveria objeção para a relação locatícia. Por outro, se a entidade administrativa é privada, com mais razão deve regular-se pelas normas aplicáveis às empresas privadas quanto a direitos e obrigações civis e comerciais, como registra o art. 173, § 1º, inc. II, da Lei Fundamental. Não obstante, repetimos, não é pacífico o entendimento dos especialistas sobre a matéria.

Será *dispensada a licitação* para a locação de imóveis residenciais ou de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m2, quando resultar de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social a cargo de órgãos administrativos.[3413]

COMODATO – *Comodato,* nas palavras da lei civil, *"é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis"* (art. 579, Código Civil). Pelo comodato, o proprietário transfere ao comodatário o uso gratuito do bem por prazo determinado ou indeterminado.

Quanto ao núcleo em si desse contrato, tem-se que a diferença básica em relação ao contrato locatício é o da onerosidade. A locação é onerosa para o locatário, ao passo que o comodato não o é para o comodatário.

A Administração também pode conceder o uso privativo de bem público por comodato, embora, repetimos, deva priorizar a concessão gratuita de uso de bem público, por ser instituto próprio de direito público. Se, mesmo assim, insistir no comodato, a Administração sujeitar-se-á às regras estatuídas no Código Civil sobre a matéria.

IX. Alienação

1. Considerações Gerais

Alienação de bens públicos é a transferência de sua propriedade a terceiros, quando há interesse público na transferência e desde que observadas as normas legais pertinentes.

A regra é que a Administração mantenha os bens em sua propriedade e os conserve adequadamente para evitar sua deterioração. Tais bens, como temos visto, integram o domínio público. Mas haverá situações em que a alienação dos bens

públicos não somente pode ser conveniente para a Administração como ainda pode trazer-lhe outras vantagens. É com esse aspecto que se deve analisar a alienação dos bens públicos.

Já observamos anteriormente que a conhecida expressão *inalienabilidade,* empregada para os bens públicos, é inadequada e despida de técnica, sendo melhor caracterizá-los como sujeitos a *alienabilidade condicionada.* Vimos também que, salvo os casos em que materialmente há impossibilidade jurídica, os bens públicos podem ser alienados com observância dos requisitos legais. Se os bens estiverem categorizados como de uso comum do povo ou especial, devem ser *desafetados* para se enquadrarem como dominicais, e, sendo dominicais, podem ser alienados, respeitando-se todos os parâmetros que a lei traça para os administradores públicos. [3414]

Tal como ocorre com a aquisição e com a gestão dos bens públicos, existem instrumentos de direito privado e de direito público que rendem ensejo à alienação desses bens. Os primeiros são instrumentos *comuns* de alienação, porque deles se podem valer os particulares em geral; os demais são *específicos*, porque guardam consonância com os postulados de direito público.

À guisa de método didático de mais fácil compreensão, distinguiremos esses mecanismos e os estudaremos separadamente.

2. Competência Normativa e Reguladora

Antes de analisarmos as espécies de alienação de bens *públicos,* parece-nos oportuno tecer breve consideração a respeito da competência para criar as normas sobre o assunto e proceder à regulamentação, quando necessária.

De início, cabe assinalar que o art. 22, inc. XXVII, da CF atribui à União Federal competência privativa para legislar sobre *normas gerais* de contratação e licitação para toda a Administração da própria União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O preceito é claro ao empregar a expressão *normas gerais*. Em consequência, não será constitucional qualquer norma federal que não se caracterizar como *geral*, mas, ao contrário, retratar disciplina *específica*, cuja competência tem que ser atribuída à respectiva pessoa federativa.

O mandamento constitucional demonstra, com clareza, embora diante de interpretação *a contrario sensu*, que somente as *regras gerais* sobre contratações que

envolvam alienação de bens públicos, móveis ou imóveis, podem ser editadas pela União, mas caberá às demais pessoas políticas, titulares de seus próprios bens, criar as *regras específicas* sobre alienação de seus próprios bens a serem aplicadas em seus respectivos territórios. Como a União também é titular de bens públicos – os bens federais –, pode criar lei própria para regular o detalhamento do processo de alienação; contudo, urge ressaltar que essa lei conterá disciplina *específica*, ou seja, apenas para os bens federais, e não *geral,* que é a que vale para os bens de todos os entes da federação.

Quanto à competência para *regulamentação,* resulta ela da própria competência normatizadora. Assim, ao ente federativo competente para criar a disciplina legal competirá, *ipso facto*, proceder à regulamentação. Esse o quadro básico sobre competência legal e regulamentadora a respeito da matéria.

A Lei nº 8.666/93 – o Estatuto de Contratos e Licitações – destinou seção específica para tratar das alienações de bens públicos móveis e imóveis, mencionando como *destinatários todas as pessoas políticas* (arts. 17 a 19). Como a lei foi editada dentro da competência federal para instituir normas gerais, só podem considerar-se constitucionais aquelas que realmente indiquem os princípios fundamentais a serem observados por todos os entes federativos sobre a alienação de bens públicos. São, portanto, plenamente compatíveis com o texto constitucional, por terem caráter de generalidade, as exigências de prévia avaliação, autorização legislativa, realização de concorrência e justificação de interesse público para a alienação (art. 17).

Sucede que a lei federal se excedeu na disciplina e acabou criando regras verdadeiramente específicas, as quais, como vimos, se situariam na competência da pessoa federativa titular dos bens. É o caso da exigência de que a doação seja permitida exclusivamente se o donatário for entidade administrativa (art. 17, I, "b") ou a que cria condições para a permuta de bens (art. 17, I, "c", e 17, II, "b"). *Tais dispositivos são flagrantemente inconstitucionais* por invadirem a esfera destinada às demais pessoas federativas, e o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de considerá-las incompatíveis com os limites da competência legislativa federal sobre a matéria.[3415]

Por conseguinte, ao tratarmos adiante das diversas formas de alienação, faremos menção, em cada uma delas, aos requisitos indiscutivelmente

constitucionais, ou seja, àqueles que espelham efetivo princípio geral a ser observado por todas as pessoas federativas.

3. Instrumentos Comuns

A alienação de bens públicos pode ser efetivada pelas formas de contratação adotadas no direito privado. Em todos os casos em que a Administração se socorrer desses meios, o contrato se caracterizará como de direito privado e as partes estarão niveladas no mesmo plano jurídico. Não incidem, pois, as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

Vejamos esses instrumentos.

3.1. Venda

A venda, ou a compra e venda, é o ajuste pelo qual alguém transfere sua propriedade a outrem mediante certo preço. A disciplina da compra e venda é própria do direito privado, tendo previsão no art. 481 do Código Civil.

A venda de bens públicos imóveis reclama a observância dos seguintes requisitos:

a) autorização legislativa;
b) interesse público devidamente justificado;
c) avaliação prévia; e
d) licitação, ressalvadas situações especiais contempladas na respectiva lei.

A licitação é *dispensada* em determinados casos ou por impossibilidade jurídica ou pela peculiaridade da alienação dos imóveis. Esses casos estão relacionados no art. 17, I, da Lei nº 8.666/93. As hipóteses tradicionais de dispensa são aquelas em que se trata de: a) dação em pagamento; b) doação; c) permuta; d) investidura; [3416] e) venda a outro órgão da Administração (alíneas "a" a "e", do mesmo dispositivo).

Posteriormente, foram incluídas outras hipóteses, todas com objetivos relacionados à *regularização fundiária*. Assim, haverá dispensa de licitação no caso de alienação gratuita ou onerosa de bens imóveis *residenciais* construídos ou efetivamente utilizados, dentro de *programas habitacionais*, e também de bens imóveis

de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m2, em ambos os casos com observância de metas inseridas em programas de regularização fundiária de interesse social implementada pela Administração Pública.[3417] A dispensa de licitação estende-se ainda à alienação de terras públicas rurais da União situadas na Amazônia Legal, relativamente a ocupações até o limite de quinze módulos fiscais ou mil e quinhentos hectares, com o propósito de proceder à regularização fundiária.[3418]

Ressalve-se que a dispensa da licitação não abrange apenas a alienação de imóveis, mas também o *aforamento*, a *concessão de direito real de uso*, a *locação* e a *permissão de uso*, sempre com os mesmos fins. No que tange à regularização fundiária de áreas federais da Amazônia Legal, a dispensa alcança a *alienação* e a *concessão de direito real de uso*.

Além desses, foi incluída também a hipótese atinente aos procedimentos com vistas à *legitimação de posse* prevista na Lei nº 6.383/76. Nesse caso, a atribuição para a iniciativa e deliberação será dos órgãos administrativos aos quais foi conferida competência legal para a referida função.[3419]

Seja como for, a dispensa de licitação deve obedecer a critérios rigidamente estabelecidos para evitar a alienação indiscriminada dos imóveis públicos, violando-se flagrantemente os princípios da impessoalidade e da obrigatoriedade de licitação, previstos, respectivamente, no *caput* e inciso XXI do art. 37 da CF.[3420] A grande convulsão social no que tange à ocupação de áreas públicas e privadas, bem como a necessidade de proceder-se à regularização fundiária, tem permitido a alienação direta das áreas aos respectivos ocupantes, considerando-se verdadeiro caso de *inexigibilidade* de licitação por não envolver qualquer aspecto de competitividade ou de ofensa ao princípio da moralidade.[3421] O mesmo fundamento foi adotado para a alienação de terras públicas rurais em relação aos ocupantes que já as vinham cultivando.[3422]

Quanto aos bens móveis, exigem-se os mesmos requisitos, mas, em virtude da natureza mobiliária dos bens, a autorização legislativa pode ser genérica, ou seja, referente aos bens móveis em geral, sem especificação, obrigando-se o administrador à observância dos demais requisitos. A licitação também é exigível, mas a modalidade mais comumente empregada é o leilão, menos formal que as demais modalidades licitatórias. Como é evidente, haverá alguns casos em relação

aos quais a própria lei dispensará a licitação, como, por exemplo, a venda de produtos a outras entidades da Administração.[3423]

3.2. Doação

Doação é o ajuste em que o proprietário (doador) transfere a outrem (donatário) bem de seu patrimônio, a título de mera liberalidade. Esse tipo de contrato é também de direito privado, sendo regulado nos arts. 538 e seguintes do Código Civil.

A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado.[3424] Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. Embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal. Pode ocorrer que a legislação de determinada pessoa de direito público proíba a doação de bens públicos em qualquer hipótese. Se tal ocorrer, deve o administrador observar a vedação instituída para os bens daquela pessoa específica.

São requisitos para a doação de *bens imóveis* públicos: a) autorização legal; b) avaliação prévia; e c) interesse público justificado.

Segundo dispõe o art. 17, I, "b", da Lei nº 8.666/93, a doação de imóveis somente é permitida quando for destinada a *"outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo"*. Essa restrição, como já vimos, aplica-se exclusivamente à União Federal. O fundamento consiste em que a legislação federal só pode dispor sobre *normas gerais* de contratação e licitação, e esse tipo de restrição não se enquadra nessa categoria normativa, como já decidido pela mais alta Corte.[3425] Dessa maneira, nada impede que a legislação estadual, distrital ou municipal permita a doação para outra espécie de destinatários, como é o caso, por exemplo, de instituições associativas ou sem fins lucrativos, não integrantes da Administração.

Entretanto, o aludido dispositivo sofreu alterações, reduzindo-se a restrição já mencionada em ordem a admitir-se a doação a particulares quando se tratar de programas habitacionais ou de regularização fundiária.[3426] Essa parte final caracteriza-se perfeitamente como *norma geral*, e não *específica:* não está voltada

apenas para a União. Consequentemente, mesmo se omissa a respeito a legislação estadual, distrital ou municipal, será legítima a doação de imóveis a particulares se tiver por alvo um daqueles objetivos de caráter social.

Segundo dispõe o art. 17, § 1º, do Estatuto dos Contratos e Licitações, os imóveis objeto de doação devem reverter ao patrimônio da entidade doadora no caso de cessarem as razões que justificaram a doação. A norma exige interpretação conforme a Constituição de modo a alcançar apenas as doações efetuadas pelo governo federal, tendo em vista seu caráter de *norma específica*. Por via de consequência, podem os demais entes federativos dispor, em legislação própria, sobre a reversão dos bens doados e outros aspectos relacionados à doação de seus imóveis.[3427]

A doação de *bens móveis* públicos depende de avaliação prévia, mas dispensa a autorização legal. Não obstante, é admissível exclusivamente para fins de interesse social, sendo necessário que a Administração examine os fatores de conveniência e oportunidade socioeconômica pelos quais se conclua ser a doação mais adequada do que outras formas de alienação (art. 17, II, "a", Lei nº 8.666/93). Esse dispositivo também foi caracterizado como norma específica, e não geral, de modo que sua incidência ficou restrita ao âmbito da Administração federal.[3428] Entretanto, pelos termos que delineiam o dispositivo, a objeção, com a devida vênia, não procede, e isso porque, em última análise, o critério de conveniência e oportunidade socioeconômica sempre será o elemento inspirador da legislação de cada ente federativo, quando regular os casos de doação. Portanto, trata-se, no fundo, de *norma geral* a ser observada por todas as pessoas da federação.

Pela natureza do negócio jurídico, a doação, como regra, é objeto de *dispensa de licitação* tanto para bens móveis como para bens imóveis (art. 17, I e II, Lei 8.666/93). No entanto, a doação *com encargo* deve ser precedida de licitação, além de ser exigido que no respectivo instrumento convocatório constem, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de cumprimento e a cláusula de reversão do bem ao patrimônio público; a ausência de tais elementos provoca a nulidade do ato.[3429] A lei, todavia, dispensa a licitação no caso de *interesse público devidamente justificado*. A ressalva, segundo alguns, é inconstitucional por ofensa ao art. 37, XXI, da CF, pelo qual somente a lei terá idoneidade de ressalvar os casos de dispensa de licitação, exigindo-se, pois, a edição de lei própria editada pelos entes federativos.[3430] Não

abonamos, com a devida vênia, tal entendimento. Na verdade, a lei a que se refere o texto constitucional é a própria Lei 8.666/93 e a esta coube indicar a hipótese de dispensa em foco, delegando à Administração a função de avaliar a conveniência e justificar expressa e detidamente sua opção; se abuso houver, apurar-se-ão as devidas responsabilidades.[3431]

3.3. Permuta

Permuta é o contrato em que um dos contratantes transfere a outrem bem de seu patrimônio e deste recebe outro bem equivalente. Há uma troca de bens entre os permutantes. A permuta tem previsão no art. 533 do Código Civil.

A Administração também pode, em certas e especiais situações, celebrar contrato de permuta de bens. Os bens dados em permuta eram públicos e passam a ser privados; os recebidos se caracterizavam como privados e passaram a ser bens públicos. Na verdade, a permuta implica uma alienação e uma aquisição simultâneas.

Exige-se para a permuta de bens públicos:

a) autorização legal;
b) avaliação prévia dos bens a serem permutados; e
c) interesse público justificado.

A licitação é normalmente dispensada, porque a relação jurídica na permuta atende à situação especial da Administração e do administrado permutante.[3432]

3.4. Dação em pagamento

Nos termos do art. 356 do Código Civil, *"o credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida"*. Convergindo as vontades para esse fim, o negócio jurídico se regulará pelas disposições da compra e venda (art. 357, Cód. Civil).

O Código de 1916 tinha redação um pouco diversa: admitia que o credor recebesse, em substituição da prestação devida, coisa diversa *que não fosse dinheiro.* [3433] O Código vigente não foi tão restritivo: basta que o devedor substitua o objeto original da obrigação. Assim, pode haver substituição: a) de dinheiro por coisa (*rem pro pecuni*); b) de coisa por coisa (*rem pro re*); c) de uma coisa por obrigação

de fazer.[3434] Parece, pois, que, à luz do novo Código, legítima será a *datio in solutum* até mesmo em dinheiro, se, por exemplo, for diverso o objeto da obrigação inicialmente ajustada.

Pode ocorrer que a Administração seja devedora de alguma importância e que o credor aceite receber bem público como forma de quitação do débito. Essa forma de alienação de bem público será viabilizada pela dação em pagamento.

São requisitos para a dação em pagamento:

a) autorização legal;
b) avaliação prévia do bem público a ser transferido; e
c) demonstração de interesse público na celebração desse tipo de acordo.

Pela particularidade do ajuste, e tendo em vista a determinação prévia do credor, é inexigível a licitação, já que inviável o regime de competição na hipótese.

4. Instrumentos Específicos

Além dos instrumentos comuns já estudados, cuja disciplina é encontrada, basicamente, no direito privado, existem formas alienativas de bens públicos consumadas por instrumentos próprios de direito público.

Examinemos esses mecanismos.

4.1. Concessão de Domínio

Concessão de domínio é o instrumento de direito público pelo qual uma entidade de direito público transfere a outrem, gratuita ou remuneradamente, bem público de seu domínio.

O núcleo dessa forma alienativa é o mesmo da compra e venda e da doação, conforme a concessão seja remunerada ou gratuita. Mas, diferentemente delas, não tem fisionomia contratual típica, porque o ajuste é previsto especificamente para o direito público.[3435]

Quando a concessão de domínio tem como destinatária pessoa estatal, formaliza-se pela própria lei e independe de transcrição imobiliária. Se a transferência é para pessoa privada, deve formalizar-se por escritura pública ou termo administrativo e exigirá transcrição no competente Registro de Imóveis.

[3436]

A concessão de domínio reclama lei específica de transferência ou de autorização para esse fim. A CF, no art. 188, § 1º, prevê a necessidade de anuência do Congresso Nacional para a alienação ou concessão de terras públicas, à pessoa física ou jurídica, com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Pela fisionomia de que se reveste, a concessão de domínio, como instrumento de direito público, guarda mais consonância com a transferência de bens entre pessoas estatais. Quando a destinatária é pessoa de direito privado, o negócio jurídico mais se assemelha à doação, ou à compra e venda, se for ajustado preço.

Não obstante, a Lei nº 8.666/93 (Estatuto de Contratos e Licitações) não distingue as hipóteses. No art. 17, § 2º, o Estatuto prevê o que denomina de "*concessão do título de propriedade*" de imóveis, que nada mais é do que a concessão de domínio. Tal forma de alienação pode ser feita: a) a outra pessoa administrativa ou órgão público; b) a pessoa física que tenha cumprido os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural na região da Amazônia Legal, sempre dentro de alguns limites de extensão territorial.[3437]

Considerando a especificidade de tais situações, a lei admitiu a *dispensa de licitação* para a transferência do bem imóvel, permitindo-se, então, à Administração a escolha, de certo modo discricionária, do beneficiário.[3438]

Para a segunda hipótese, porém, a lei, além da dispensa de licitação, estabeleceu a *dispensa de autorização legislativa*, embora tenha fixado algumas condições para a celebração do ajuste.[3439] Entre elas podem citar-se: a) a exigência de que se trate de área rural, para a qual inexista vedação ou impedimento para atividades agropecuárias; b) o limite de quinze módulos fiscais para a área.[3440] Nesta última hipótese, a lei ficou confusa: diz o dispositivo ser "*vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite*". Ora, diante desses termos a lei parece ter dito que o limite de quinze módulos fiscais é apenas para a dispensa de licitação, inferindo-se, portanto, que, com a realização do certame, poderia ser transferida área com extensão superior ao aludido limite.

4.2. Investidura

O Estatuto dos Contratos e Licitações (Lei nº 8.666/93) define a investidura como sendo a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente

ou resultante de obra pública, quando esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação, e desde que o preço não ultrapasse a determinado valor (arts. 17, § 3º, e 23, II, "a").

Os aspectos dessa forma alienativa são claros. Em virtude de obra pública, surge área remanescente que, tomada isoladamente, não pode ser aproveitada. Manter essa nesga de terra seria inócuo e improdutivo. A lei, então, admite a alienação dessa área aos titulares de propriedades contíguas, beneficiando-os com a ampliação de seu domínio. Esse é o objetivo da investidura.

Exige-se avaliação prévia da área a ser transferida e preço não superior ao que a lei estabelece. Em algumas ocasiões, o Poder Público permite que o pagamento da área seja feito pelo proprietário em parcelas, tudo conforme o que for decidido em cada caso pela Administração.

Exemplo típico de investidura ocorre quando a Administração implementa novos projetos urbanos e alteração do traçado de alinhamento, remanescendo áreas contíguas a propriedades privadas.[3441]

Recentemente, o mesmo Estatuto passou a contemplar nova forma de investidura, como meio de alienação de bens públicos. Pelo novo dispositivo legal, qualifica-se também como investidura a alienação, às pessoas que legitimamente detenham a posse direta (ou, se não houver, ao Poder Público), de imóveis para fins residenciais cuja construção se tenha processado em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas. É necessário, porém, que tais imóveis sejam considerados dispensáveis na etapa de operação das usinas e que não se enquadrem como bens reversíveis ao final da concessão, neste último caso porque, como já vimos, tais bens se destinam ao patrimônio da entidade concedente no pacto concessional. [3442]

4.3. Incorporação

Incorporação é a forma alienativa pela qual o Estado, ao instituir entidade administrativa privada, faz integrar no seu capital dinheiro ou bens móveis ou imóveis.[3443]

Como se trata de incorporação no capital, tais pessoas devem ter natureza societária, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista. Para legitimar-se, a incorporação deve ter autorização legal, normalmente da lei que

autoriza a instituição da entidade, e registro nos assentamentos desta. Tratando-se de imóveis, deve regularizar-se a transmissão da propriedade com o registro imobiliário do documento formal em que se consumou, acompanhada da lei autorizadora.[3444]

4.4. Retrocessão

Já tivemos a oportunidade de estudar o instituto da retrocessão no capítulo da desapropriação.[3445]

O instituto tem lastro no art. 519 do Código Civil (art. 1.150, do antigo Código) e por ele a entidade que processou a desapropriação do bem oferece-o de volta ao ex-proprietário, pagando o preço atual, isso quando o bem não tiver o destino para o qual fora preordenado, ou se não houver sua utilização em obras e serviços públicos.

Consumando-se a retrocessão, a hipótese também implica alienação de bem público. Antes da desapropriação, o bem era privado. Com a desapropriação, transformou-se em bem público, eis que passou a integrar o patrimônio do expropriante (sendo este, é óbvio, pessoa de direito público). Com a retrocessão, o bem volta ao ex-proprietário privado, o que significa que estará ele sendo objeto de alienação.

Pela natureza de que se reveste, não há necessidade de lei especial, porquanto a lei civil já prevê expressamente o instituto. Dispensável também é a avaliação prévia, porque o preço a ser pago corresponde ao da indenização recebida pelo expropriado. Desnecessária, por fim, a licitação, porque o ex-proprietário é pessoa certa e determinada, sendo inviável, por conseguinte, o regime de competição. [3446]

4.5. Legitimação de Posse

Legitimação de posse é o instituto através do qual o Poder Público, reconhecendo a posse legítima do interessado e a observância dos requisitos fixados em lei, transfere a ele a propriedade de área integrante do patrimônio público.

A expressão *legitimação de posse* é imprópria. O Poder Público não se limita a julgar legítima a posse do interessado. Reconhecendo a posse, e presentes os requisitos legais, procede à *regularização fundiária,* legitimando a ocupação por um

período e, subsequentemente, efetivando a alienação com vistas à transferência do domínio para o possuidor. Por isso, o instituto retrata uma das condições para a alienação de bens públicos.

A Constituição de 1967 previu a legitimação de posse no art. 171, já admitindo, na forma da lei reguladora, que o titular da posse teria preferência na aquisição da área. O mandamento constitucional foi regulamentado pela Lei nº 6.383, de 7/12/1976, a qual estabeleceu vários requisitos para a configuração do instituto. Em primeiro lugar, a lei criou uma licença de ocupação por um prazo máximo de quatro anos (Licença de Ocupação).[3447] Depois desse prazo, admitiu a transferência da área desde que:

a) a extensão máxima fosse de 100 hectares;
b) nela o posseiro tivesse morada permanente;
c) explorasse diretamente o cultivo da área; e
d) não fosse proprietário rural.

A legitimação de posse tem caráter eminentemente social e visa a atender as pessoas que exercem atividade agrícola em terras públicas, não com fins especulativos, mas sim a título de moradia e de trabalho. Assim, satisfeitas as condições legais, e decorrido o prazo da licença de ocupação, o interessado recebe o título de domínio.[3448]

A Lei nº 11.977, de 07.07.2009,[3449] dentro do programa de regularização fundiária de interesse social, que se predispõe aos assentamentos irregulares urbanos ocupados preponderantemente por população de baixa renda para fins de moradia, previu a *legitimação de posse* em áreas públicas para fins de moradia, suscetível, inclusive de registro imobiliário.[3450] Podem receber os benefícios os moradores cadastrados, desde que: 1º) não sejam proprietários, concessionários ou foreiros de outro imóvel urbano ou rural; 2º) não tenham recebido anteriormente outra legitimação de posse; 3º) os lotes ou fração ideal não sejam superiores a 250 m2.

O referido diploma prevê que, decorridos cinco anos da legitimação de posse, o interessado pode requerer ao oficial de registro a *conversão* desse título em registro de propriedade. Diz a lei que a conversão decorre de aquisição por usucapião,

[3451] mas, em nosso entender, o fundamento é equivocado, visto que as áreas públicas não são passíveis de usucapião, como registra o art. 183, § 3º, da CF. O fundamento real consiste na possibilidade de o Poder Público alienar áreas públicas mediante anuência legal e o preenchimento de certos requisitos. Assim, quando a lei em foco contempla a legitimação de posse, já está autorizando, implicitamente, a alienação da área, permitindo ao possuidor obter o registro de propriedade.

O título de legitimação de posse, entretanto, não é incondicionado, podendo ser extinto pelo Poder Público respectivo quando se comprovar que o titular não está na posse do imóvel, nem houve qualquer registro de cessão da posse. Caberá ao Poder Público, então, providenciar a averbação do cancelamento do título no registro imobiliário.[3452] A lei pretendeu, no caso, não desvirtuar o instituto, nem afastar-lhe o evidente caráter social, denunciado pelo desinteresse do beneficiário.

A natureza do instituto da legitimação de posse implica a *dispensa de licitação*: na verdade, o beneficiário é o próprio ocupante da área pública, não havendo, pois, espaço para qualquer tipo de competição.[3453] Outra peculiaridade consiste em que, contrariando a regra geral, a legitimação de posse em imóveis públicos *dispensa autorização legislativa*, desde que o ocupante preencha as condições previstas no art. 29 da citada Lei nº 6.383/76.[3454] A iniciativa e deliberação, na hipótese, caberá aos órgãos administrativos em cuja competência legal esteja inserida a atribuição para os procedimentos de legitimação de posse.

X. Espécies de Bens Públicos

1. Terras Devolutas

O regime das *terras públicas* sofreu grandes mutaç*ões* desde a descoberta do Brasil. De início, todas as terras pertenceram à Coroa Portuguesa: foi uma aquisição originária, decorrente do *direito de conquista*, que vigorava à época. O domínio, de natureza estatal, passou sucessivamente ao Brasil-Império e ao Brasil-República.

Na evolução do regime, muitas áreas públicas foram sendo transferidas a particulares, malgrado fossem desordenados e não muito bem definidos os critérios para a privatização do domínio imobiliário. Os instrumentos mais conhecidos foram as *concessões de sesmaria*, assemelhadas à atual doação com encargos, outorgadas no sistema das capitanias hereditárias e, logo depois, pelos governadores gerais, e as

concessões de data, pelas quais as municipalidades transferiam a propriedade de áreas nas cidades e povoados para construção de benfeitorias particulares. Como regra, tais concessões eram outorgadas a título gratuito.[3455]

Foi a Lei Imperial nº 601, de 18.09.1850 (Lei de Terras), que se incumbiu de definir as *terras devolutas*, exigindo que sua alienação se desse por venda, e não mais gratuitamente, ressalvadas algumas áreas situadas em zonas limítrofes com outros países. Por outro lado, revalidou as concessões anteriores, regulou a legitimação de posses e criou o processo de discriminação de terras públicas e particulares. Por força da disciplina que estabeleceu, a citada lei é considerada como o diploma fundamental para a organização das terras públicas e privadas. Não é, portanto, desarrazoada a regra segundo a qual toda terra, sem título de propriedade particular, se insere no domínio público.[3456]

Terras devolutas são as áreas que, integrando o patrimônio das pessoas federativas, não são utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas. Esse conceito foi dado pela já referida Lei Imperial nº 601, de 1850, ao regularizar o sistema dominial, distinguindo o público do privado. O Decreto-lei nº 9.760/46 as caracteriza como as terras *não aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal*, incluindo também as das faixas de fronteira.[3457] Em outras palavras, trata-se de áreas sem utilização, nas quais não se desempenha qualquer serviço administrativo, ou seja, não ostentam serventia para uso pelo Poder Público.

O termo "*devolutas*" origina-se do latim "*devolutu*", particípio do verbo "*devolvere*", cujo sentido é o de *despenhar, precipitar, rolar de cima, afastar-se*. Daí, o termo *"devoluto*" passou ao sentido de *devolvido, adquirido por devolução, vago, desocupado*. Ao ser absorvida na linguagem técnico-jurídica, a expressão passou a indicar as terras que "*se afastam do patrimônio das pessoas jurídicas públicas sem se incorporarem, por qualquer título, ao patrimônio dos particulares".*[3458]

As terras devolutas fazem parte do domínio terrestre da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, enquanto devolutas, não têm uso para serviços administrativos. Por serem bens patrimoniais com essas características, tais áreas enquadram-se na categoria dos *bens dominicais*.

Essas terras, como já acentuamos, pertenciam originariamente à Coroa e, depois, ao Império, até que sobreveio a República. Tendo esta adotado o regime da federação, as terras devolutas passaram aos Estados-membros, reservando-se à

União somente as áreas em que estivesse presente o interesse nacional, como as áreas de fronteiras com outros países e as necessárias à segurança nacional.[3459] Os Estados, por sua vez, transferiram a muitos Municípios parte de suas terras devolutas, formando-se o atual regime dominial. Sendo assim, tanto a União como os Estados e Municípios possuem terras devolutas.

A regra, todavia, é que pertençam aos Estados. A CF atribuiu à União as *"terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei"* (art. 20, II). Para os Estados, foram reservadas *"as terras devolutas não compreendidas entre as da União"* (art. 26. IV). A conjugação dessas normas demonstra que apenas algumas terras devolutas continuaram sob o domínio da União, pertencendo aos Estados todas as demais.

Não é difícil perceber, contudo, que, pela forma como foram transferidas as propriedades, muitos conflitos surgiram. Para solucioná-los, foi editada a Lei nº 6.383, de 7/12/1976, que, além de prever uma fase administrativa prévia, contempla a *ação discriminatória*, cujo desfecho é o de definir as linhas demarcatórias do domínio público e privado.

Muita divergência marcou a questão da *prova* no que toca à discussão sobre a propriedade. Para uma corrente, todas as terras deveriam ser, por presunção, consideradas públicas, devendo o interessado comprovar que foram transferidas para o domínio privado mediante algum título hábil.[3460] Para outra, a presunção haveria de militar em favor do particular, devendo o Poder Público comprovar sua propriedade. O ponto comum nesses entendimentos reside na natureza da presunção: sempre se tratará de presunção relativa *(iuris tantum),* que, como sabido, pode ser elidida por prova contrária. O próprio STF decidiu ora de acordo com uma, ora com outra das correntes. Em nosso entender, porém, melhor é a primeira corrente. Se as terras eram originariamente públicas, passando ao domínio privado pelas antigas concessões de sesmarias e de datas, parece-nos lógico que os particulares é que precisam demonstrar, de algum modo, a transferência da propriedade.[3461] Não obstante, tem dominado o pensamento contrário, segundo o qual cabe ao Estado provar a sua propriedade no caso de ausência de registro imobiliário.[3462]

A hesitação, porém, se justifica pela circunstância de que a característica mais

significativa das terras devolutas reside na *indeterminação física do bem*, ou seja, tais áreas não são determinadas, mas sim *determináveis*. Resulta que a determinação dessas áreas deverá ser obtida pela ação discriminatória regulada pela Lei nº 6.383/76. Irreparável, por conseguinte, a seguinte conclusão; *"Esse traço aponta a dificuldade em caracterizar a natureza jurídica do vínculo existente entre a União e seu patrimônio devoluto como um direito de propriedade traçado no Código Civil".*[3463]

2. Terrenos de Marinha

Terrenos de marinha são as áreas que, banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831.[3464]

Os terrenos de marinha pertencem à União por expresso mandamento constitucional (art. 20, VII, CF), justificando-se o domínio federal em virtude da necessidade de defesa e de segurança nacional.

Entretanto, algumas áreas dos terrenos de marinha se tornaram urbanas ou urbanizáveis por aquiescência do Governo Federal, passando a ser permitido o uso privado. No que concerne às construções e edificações particulares, incidem regularmente as normas próprias editadas pelos Estados e pelos Municípios, estes, inclusive, dotados de competência urbanística local por preceito expresso na Constituição (art. 30, VIII).

Como essas áreas pertencem à União, o uso por particulares é admitido pelo regime da *enfiteuse*, pelo qual, como vimos, a União, na qualidade de senhorio direto, transfere o domínio útil ao particular, enfiteuta, tendo este a obrigação de pagar anualmente importância a título de *foro* ou *pensão* e de pagar também, ao momento de transferência onerosa do domínio útil ou cessão de direitos por ato *inter vivos,* o *laudêmio,* quando o senhorio não exercer a preferência.[3465] Conforme já comentamos precedentemente, embora excluído o instituto da enfiteuse do novo Código Civil, foi feita a ressalva do instituto em relação aos terrenos de marinha, em ordem a que essa matéria seja suscetível de regulação por lei especial (art. 2.038, § 2º).

O Decr.-lei nº 9.760/46, além da enfiteuse, prevê ainda a figura da *ocupação* para legitimar o uso de terras públicas federais, inclusive a dos terrenos de marinha, em favor daqueles que já as venham ocupando há determinado tempo. Para tanto, a

lei prevê o cadastramento de tais ocupantes pelo SPU (Serviço de Patrimônio da União) e o pagamento da *taxa de ocupação*. O ato administrativo de ocupação, porém, é dIscricionário e precário, de modo que a União, se precisar do imóvel, pode promover a sua desocupação sumária, sem que o ocupante tenha direito à permanência.[3466]

O direito à cobrança da taxa de ocupação pela União não é perpétuo. Dispõe a lei que o crédito originado da receita patrimonial se submete à *decadência* no prazo de 10 anos para a *constituição do crédito,* e à *prescrição* de 5 anos para sua *exigência,* contado o prazo a partir do lançamento.[3467] Significa, pois, que, ultrapassados tais prazos, fica a Fazenda federal impedida de cobrar a referida taxa do ocupante do terreno público. Antes da vigência da Lei nº 9.636/98, inexistia legislação específica regulando a matéria, o que gerou divergências quanto ao prazo prescricional para a cobrança da taxa. Prevaleceu, todavia, a interpretação segundo a qual deve aplicar-se o Decreto nº 20.910/32, que fixa em 5 anos a prescrição contra a Fazenda, e não o Código Civil, eis que se trata de matéria de Direito Administrativo, e não de Direito Civil.[3468]

A taxa de ocupação é suscetível de atualização monetária, sendo o critério de reajuste estabelecido no art. 1º do Decr.-lei nº 2.398/97. De acordo com esse dispositivo, o cálculo da taxa é efetuado com base no valor do domínio pleno do terreno, atualizado pelo órgão responsável pelo patrimônio da União.[3469] Conquanto haja aqui e ali alguma divergência, esse é o critério que deve ser observado para a atualização, como já consolidado pela jurisprudência.[3470]

Outra divergência diz respeito à necessidade de intimação do ocupante para ciência da atualização do valor da taxa, em observância ao contraditório previsto na Lei nº 9.784/99, tese defendida por alguns intérpretes. A alegação, com a devida vênia, não procede. Se a lei já fixa o critério de reajuste, a Administração pode executá-la de ofício, exercendo seu poder de autoexecutoriedade administrativa. Além disso, é preciso ter em conta que, no caso, inexiste qualquer relação de natureza conflituosa, sendo, pois, dispensável a garantia da ampla defesa e do contraditório.[3471]

Uma vez discriminados os terrenos de marinha no SPU, com base na legislação específica, somente por ação judicial podem ser descaracterizados. Por isso, o STJ considerou exigível a taxa de ocupação (e, por via de conseqüência,

legítima a caracterização de área como terreno de marinha) mesmo diante de negócio jurídico de doação em que figurava como doador o Estado do Rio Grande do Sul e donatário o interessado que se julgava proprietário do imóvel. O Tribunal considerou que a inscrição do título do registro de imóvel espelha presunção *juris tantum,* não afastando, desse modo, a titularidade do imóvel em favor da União. [3472] No caso, há a inversão do ônus da prova, cabendo ao interessado promover a ação para o fim de anular o ato administrativo de imposição da taxa de ocupação e validar seu título de propriedade.[3473]

No caso de transferência ou cessão de direito de uso, que depende da decisão discricionária da Administração federal, não pode haver cobrança de *laudêmio*. Essa figura é própria da enfiteuse, e somente nesta há opção de preferência do proprietário enfiteuta para a retomada do domínio útil do imóvel. Qualquer cobrança desse tipo suscita correção judicial em favor do ocupante.[3474]

3. Terrenos Acrescidos

> *"Terrenos acrescidos* são *os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha"* (art. 3º, Decreto-lei nº 9.760/46).

Os terrenos acrescidos também pertencem à União Federal, mencionados que estão no já citado art. 20, VII, da CF. Registre-se, porém, que esse domínio depende de os acréscimos se terem agregado aos terrenos de marinha. Como estes se situam no domínio federal, federais serão também os terrenos a eles acrescidos.

Se os acrescidos se tiverem formado em terrenos situados às margens de rios e lagos, poderão pertencer ao domínio público ou ao particular. Em se tratando de acréscimos formados em águas comuns ou das correntes públicas de uso comum, pertencerão aos proprietários privados ribeirinhos. Se se agregarem nas águas públicas dominicais, serão bens públicos dominicais, salvo se estiverem servindo ao uso comum ou se pertencerem a particular.[3475]

4. Terrenos Reservados

Terrenos reservados, também chamados *terrenos marginais*, são aqueles que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, se estendem até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde a linha média das

enchentes ordinárias.[3476]

Lavra grande controvérsia sobre o domínio dos terrenos reservados. Entendemos que o ponto nodal para análise é o art. 31 do Código de Águas, pelo qual pertencem *aos Estados* os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis, isso se, por algum título, não estiverem no domínio federal, municipal ou particular. Diante desse texto legal, ter-se-á que considerar, *no concernente aos rios navegáveis,* que a regra é que tais terrenos pertençam aos Estados, só não lhes pertencendo se forem federais, municipais ou particulares, estes provando a propriedade por título que indique sua transferência pelo Poder Público, como, por exemplo, as concessões de domínio. Em relação *aos rios não navegáveis*, dispõe o art. 12 do Código de Águas que, dentro de faixa de 10 metros, fica estabelecida servidão de trânsito para os agentes da Administração, quando em execução de serviço.

A Súmula nº 479 do STF, a seu turno, averba que *"as margens dos rios navegáveis são do domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização"*. Pelo entendimento da mais alta Corte do país, foi considerada a antiga tradição do Direito brasileiro de considerar do domínio público os terrenos marginais. Deve interpretar-se a posição do STF, todavia, excluindo de sua abrangência as áreas marginais *que houverem sido legitimamente transferidas pelo Poder Público ao domínio privado.* [3477] Entretanto, se o proprietário ribeirinho não dispuser de título legítimo que prove o domínio privado, os terrenos reservados pertencerão realmente ao domínio público. Conclui-se, por conseguinte, que os terrenos marginais podem ser do domínio público, que é a regra geral, ou do domínio privado, quando provada a transmissão legítima da área.[3478] -[3479]

5. Terras Ocupadas pelos Índios

A Constituição Federal inclui entre os bens da União *as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* (art. 20, XI).

A definição dessas áreas, contudo, está expressa no art. 231, § 1º, da CF, com os seguintes dizeres:

> *"São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".*

O dispositivo demonstra nitidamente o caráter protetivo em relação aos indígenas. Pretendeu-se resguardar seu *habitat* natural, de modo que se mantivessem sua tradição e costumes e o prosseguimento de sua descendência genética, enquanto não se inserem no processo de aculturação com o meio civilizado.

Nessas áreas existe a afetação a uma finalidade pública, qual seja, a de proteção a essa categoria social. Não é estritamente um serviço administrativo, mas há objetivo social perseguido pelo Poder Público. Sendo assim, trata-se de bens públicos enquadrados na categoria dos bens de uso especial.

Para bem realçar o caráter protetivo que o sistema jurídico empresta a tais áreas, o STF definiu que os bens do domínio da União, previstos no art. 20, incisos I (bens que lhe pertencem ou que vierem a lhe pertencer) e IX (recursos minerais), não alcançam as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.[3480]

A proteção se consuma através de alguns aspectos especiais:

a) a posse permanente das áreas pelos índios;
b) o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas situados;
c) a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a indisponibilidade das terras;
d) a nulidade dos efeitos jurídicos dos atos que visem à ocupação, o domínio e a posse das terras; e
e) a participação dos índios nos resultados de lavra de riquezas minerais. [3481]

6. Plataforma Continental

Plataforma continental é a extensão das áreas continentais sob o mar até a profundidade de cerca de duzentos metros.

O art. 20 da CF não contempla a plataforma continental como bem da União. Não obstante, a Constituição precedente a considerava expressamente bem federal, tendo sido incorporada ao domínio federal por força desse dispositivo.[3482] Como o art. 20, I, da atual Carta inclui entre os bens da União *os que atualmente lhe*

pertencem, deve ser tida como enquadrada nessa categoria.

A importância do domínio sobre a plataforma continental decorre da necessidade de proteção dos recursos minerais e animais existentes nessa faixa. Sobressai, portanto, relevante interesse econômico para o país. Por esse motivo é que a Constituição considerou bens públicos federais *os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva* (art. 20, V).

É oportuno assinalar que a matéria sobre a plataforma continental é regulada pela Lei nº 8.617, de 04.01.93, segundo a qual tal faixa compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estende além do seu mar territorial, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base.[3483] O Brasil exerce sobre a plataforma continental direitos de soberania para efeitos de exploração dos recursos naturais.[3484]

7. Ilhas

Ilhas são as elevações de terra acima das águas e por estas cercadas em toda a sua extensão.

Classificam-se em *ilhas marítimas, fluviais e lacustres,* conforme se situem, respectivamente, no mar, nos rios e nos lagos. As ilhas marítimas, por sua vez, dividem-se em *ilhas oceânicas* e *ilhas costeiras:* aquelas ficam distantes da costa e não têm relação geológica com o relevo continental; estas surgem do próprio relevo da plataforma continental.

As ilhas marítimas oceânicas ou costeiras pertencem ao domínio da União (art. 20, IV, CF), mas é admissível que Estados e Municípios tenham domínio parcial ou total sobre elas, visto que o dispositivo faz alusão ao art. 26, II, da CF.[3485] O domínio não se circunscreve apenas às ilhas, mas, nos termos daquele mandamento constitucional, estende-se, quando for o caso, às *praias marítimas* que se acostam a suas extremidades.

O art. 20, inc. IV, da CF, sofreu alteração pela E.C. nº 46/2005, passando a dispor que pertencem à União *"as ilhas oceânicas e costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal"*, mantida a ressalva do art. 26, II. Conquanto o texto não seja um primor de clareza, parece-nos que a expressão *"excluídas, destas"* refere-se apenas às ilhas costeiras, porque, situando-se próximas à costa, permitem a existência de integração

com o continente e, consequentemente, a instalação de cidades com a configuração de Municípios, em relação aos quais deve ser observado normalmente o processo de urbanização contemplado na Constituição (art. 182, CF).[3486] Semelhante integração, obviamente, não pode suceder em ilhas oceânicas.[3487]

Destarte, não será da União, mas sim do Município, a área em que estiver localizada a sua sede, situando-se fora de seu domínio, no entanto, as áreas que constituírem unidade ambiental de proteção da União e aquelas nas quais estiver sendo executado serviço público federal.[3488] Resulta, então, do novo mandamento que milhares de imóveis em semelhante situação passarão a ficar desobrigados do pagamento de *aforamento* à União, evitando-se com isso a dupla tributação desses imóveis; assim, o proprietário pagará apenas o IPTU ao respectivo Município.[3489]

Com a dita alteração, pode extrair-se o seguinte sistema no que diz respeito às ilhas oceânicas e costeiras:

a) integram, como regra, o domínio da União;
b) nelas pode haver áreas do domínio dos Estados, Municípios ou de terceiros particulares (art. 26, II);
c) nas ilhas costeiras, pertence ao Município a área em que estiver localizada a sua sede; e
d) nessa hipótese, porém, excluem-se do domínio municipal as áreas afetadas a serviço público ou a qualquer unidade ambiental federal.

A nova redação do art. 20, IV, tem suscitado interpretações divergentes quanto à situação dos *terrenos de marinha* situados nas ilhas costeiras. Uma delas reside em que o citado dispositivo teria excluído tais áreas do patrimônio da União, sendo elas repassadas ao Município, o que geraria a extinção das enfiteuses e ocupações legítimas de terrenos nelas situadas. Argumenta-se, nesse caso, que o texto constitucional não mencionou os terrenos de marinha entre as exceções lá contempladas.[3490] Não endossamos, com a devida vênia, tal linha de pensamento. E por mais de uma razão. A uma, porque, em sentido lato, tais áreas merecem proteção especial ligada à segurança e à soberania nacional e, desse modo, há um serviço público de proteção do litoral brasileiro; a duas, porque, dentro da

regra geral, os terrenos de marinha continuam incluídos entre os bens da União (art. 20, VII, CF), não tendo o dispositivo sofrido alteração pela EC 46/2005; e a três, em virtude de interpretação lógica e sistemática da matéria: se as referidas áreas continuam sob domínio da União em todo o litoral continental, nenhuma razão haveria para que fossem excluídas desse domínio somente quando o litoral se situasse em ilhas costeiras, até porque em ambos os casos poderão elas alojar-se na sede de Municípios. Inferimos, pois, que a alteração constitucional não afetou a questão do domínio federal sobre os terrenos de marinha.[3491]

Parece pertinente observar, neste passo, que a Lei nº 9.985, de 18.07.2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, inc. I a III e VI, da CF, e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), estabeleceu que as ilhas oceânicas e costeiras se destinam prioritariamente à proteção da natureza, exigindo-se para destinação diversa ato de autorização do órgão ambiental competente.[3492] A norma, contudo, tem que ser interpretada em consonância com o citado art. 20, IV, da CF, alterado pela E.C. 46/2005, sobretudo com relação a ilhas costeiras em que se localize a sede de Municípios: nelas o uso prioritário não pode ser o de proteção da natureza, porque no mandamento constitucional a afetação a determinada unidade ambiental federal é mencionada apenas como ressalva. É óbvio que nunca se dispensará a tutela do meio ambiente, mas a prioridade do uso, na hipótese, dar-se-á em função da habitabilidade dos munícipes.

As ilhas fluviais e lacustres, como regra, pertencem aos Estados-membros (art. 26, III, CF). Pertencerão à União, no entanto, se:

a) estiverem em zonas limítrofes com outros países (art. 20, IV); e
b) se estiverem em águas do domínio da União, como é o caso, por exemplo, dos rios que banham mais de um Estado ou que demarquem a fronteira com países estrangeiros (art. 20, III, CF).[3493]

As ilhas, seja qual for a sua natureza, qualificam-se, em regra, como bens dominicais, mas é viável que se caracterizem como bens de uso comum do povo se seu uso estiver afetado a tal finalidade.[3494]

Tendo em vista que áreas nas ilhas oceânicas e costeiras podem pertencer ao Estado (art. 26, II, CF) e que lhe pertencem as fluviais e lacustres, como regra geral,

é inteiramente viável que áreas internas de ilhas federais, bem como as ilhas lacustres e fluviais, pertençam, total ou parcialmente, ao domínio privado, desde que se tenham transferido legitimamente a particulares.[3495]

8. Faixa de Fronteiras

Faixa de fronteiras é a área de 150 km de largura, que corre paralelamente à linha terrestre demarcatória da divisa entre o território nacional e países estrangeiros, considerada fundamental para a defesa do território nacional, como dita o art. 20, § 2º, da CF.

Há, desde logo, uma observação a ser feita. Essa área de fronteiras não é em sua integralidade bem do domínio público. O que a vigente Constituição registra é que pertencem ao domínio da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras (art. 20, II), o que significa que nem todas as áreas situadas na referida faixa se caracterizem como bens públicos. Por isso, há áreas nessas faixas que pertencem ao domínio privado, embora seu uso sofra algumas restrições especiais em função do objetivo constitucional.

Em relação às terras devolutas, situadas nessas faixas, e concedidas pelos Estados a terceiros, o STF já assentou que a transferência se limita ao uso, permanecendo o domínio com a União, mesmo que tolerante esta com os possuidores.[3496] Para conciliar, porém, a orientação do Supremo com o vigente texto constitucional, ter-se-á que interpretar que apenas as terras devolutas *indispensáveis à defesa das fronteiras* é que só ensejam a transferência do uso, o mesmo não ocorrendo com as demais, que podem ser transferidas com observância das condições legais pertinentes.

Não obstante, em se tratando de áreas situadas na faixa de fronteiras do domínio da União, é inteiramente ilegítimo que Estado-membro (ou Município) se arvore a sua titularidade e as transfira a particulares. A hipótese caracteriza-se como alienação *a non domino*, cujo consectário é a declaração de nulidade do negócio jurídico.[3497] No caso, o particular prejudicado tem direito à reparação dos prejuízos que o alienante lhe causou, cabendo-lhe, para tanto, ajuizar a competente ação indenizatória.

As restrições e as condições de uso e de alienação de terras situadas nessas faixas são disciplinadas pela Lei nº 6.634, de 2/5/1979. A Lei nº 9.871, de

23/11/1999, estabeleceu prazo de dois anos para que os detentores de títulos, ainda não ratificados, de alienação ou de concessão de terras feitas pelos Estados na faixa de fronteira, requeiram sua ratificação junto ao INCRA. Ultrapassado o prazo, ou não sendo possível a ratificação, prevê a lei a declaração de nulidade do título, em ato motivado, com ciência ao interessado e publicação do ato no Diário Oficial, bem como o cancelamento dos correspondentes registros e o consequente registro do imóvel em nome da União no competente Registro de Imóveis.[3498]

XI. Águas Públicas

Águas públicas são aquelas de que se compõem os mares, os rios e os lagos do domínio público.

De acordo com o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10/7/1934), existem três categorias de águas: a) águas públicas (pertencentes ao Poder Público); b) águas privadas (nascidas e localizadas em terrenos particulares, quando não estejam em categoria diversa); c) águas comuns (correntes não navegáveis ou flutuáveis e que não criem tais correntes).[3499]

As águas públicas, por sua vez, dividem-se em *águas de uso comum* e *águas dominicais*.

As *águas públicas de uso comum*, em toda a sua extensão, são as águas dos lagos, bem como dos cursos d'água naturais que, em algum trecho, sejam flutuáveis ou navegáveis por um tipo qualquer de embarcação.[3500]

São *águas públicas dominicais* todas as situadas em terrenos também dominicais, quando não se configurarem como águas públicas de uso comum ou não se qualificarem como águas comuns.[3501]

Segundo alguns especialistas, em virtude do crescente processo de publicização das águas e pelo texto sobre águas previsto na vigente Constituição, teria sido extinta a categoria de águas privadas, prevista no Código de Águas, fato que teria sido reforçado pelo art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.433/97, sobre recursos hídricos, segundo o qual a água é um bem de domínio público.[3502] Com a devida vênia, ousamos discordar desse entendimento. A uma, porque não vislumbramos no texto constitucional tal desiderato; a duas, porque a norma da Lei nº 9.433 deve ser interpretada em relação às águas que são efetivamente públicas. As águas formadas em áreas privadas – tanques, pequenos açudes e lagos, locais de

armazenamento de águas da chuva – são bens privados, ainda que eventualmente tenham sido captados de águas públicas. Por conseguinte, concordamos em que as águas, em sua maioria, sejam bens públicos, mas isso não afasta a possibilidade da existência de águas privadas.[3503]

A Constituição apresenta partilha de águas entre a União e os Estados. Assim, são do domínio da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água que:

a) estejam em terrenos de seu domínio;
b) banhem mais de um Estado;
c) façam limites com outros países; e
d) se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (art. 20, III, CF).

Aos Estados pertence o domínio das demais águas públicas. Segundo o texto constitucional, pertencem-lhes *"as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito"*, ressalvando-se, neste caso, as que decorram de obras da União (art. 26, I, CF).

Nenhuma referência foi feita na Constituição sobre o domínio do Município sobre águas públicas. Como a divisão constitucional abrangeu todas as águas, é de considerar-se que não mais tem aplicação o art. 29 do Código de Águas, quando admitiu pertencerem aos Municípios as águas situadas em seus territórios.[3504]

Por fim, é oportuno lembrar que a competência para legislar sobre águas é privativa da União Federal, como deflui do art. 22, IV, da Constituição em vigor. Além dessa competência genérica, a Constituição reservou à União competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir os critérios de outorga de direitos de seu uso (art. 21, XIX). Fazendo uso dessa competência, a União fez editar a Lei nº 9.433, de 8/1/1997, que institui a política nacional de recursos hídricos e regulamenta aquele mandamento constitucional. Assentada em alguns fundamentos básicos, como, por exemplo, os que consideram a água como bem de domínio público e como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, a lei prevê as diretrizes para utilização dos recursos hídricos e trata dos atos de outorga dos direitos de uso desses recursos (dispensada a outorga em algumas situações) e de sua cobrança dos beneficiários do uso. É, portanto, o diploma que estabelece as diretrizes para a captação e o uso dos recursos hídricos.

[3505]

Com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional dos recursos hídricos, o Governo Federal fez editar a Lei nº 9.984, de 17/7/2000, que criou a Agência Nacional de Águas – ANA, sob a forma de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. Entre suas atribuições, da referida entidade, que se qualifica como *agência reguladora*, estão a de supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da disciplina federal relacionada com os recursos hídricos, instituir a disciplina normativa aplicável na matéria e fiscalizar e outorgar, por meio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos no que se refere às águas de domínio da União. [3506]

MAR TERRITORIAL – Como já antecipamos, o *mar territorial*, situado dentro das *águas externas*, inclui-se entre os bens da União Federal, nos termos do art. 20, VI, da Constituição, devendo sublinhar-se o fato de que a inclusão teve por fundamento razões de segurança nacional.

De acordo com a Lei nº 8.617, de 04.01.93, que regula a matéria, o mar territorial compreende uma faixa de *doze milhas*, "*medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil*".[3507]

O aspecto marcante da faixa relativa ao mar territorial consiste em que sobre ele o Brasil exerce sua *plena soberania*, assim como sobre o espaço aéreo sobrejacente, o leito e o subsolo, constituindo-se tais espaços como extensão do território brasileiro. Conforme regras internacionais, garante-se aos navios estrangeiros o *direito de passagem inocente*, assim considerado como aquele que não prejudique a paz, a ordem e a segurança do país.[3508] Semelhante direito, entretanto, não impede o exercício do poder de polícia para a verificação da observância das normas regulamentadoras do direito de passagem.

Além do mar territorial, distinguem-se, ainda, duas outras faixas do sistema hídrico externo.

Uma delas é a *zona contígua*, situada numa extensão das *doze às vinte e quatro milhas marítimas*, sobre a qual o Brasil tem o poder de fiscalização para evitar infrações aduaneiras, fiscais e de imigração, bem como para reprimir eventuais

transgressões.[3509]

A outra é a *zona econômica exclusiva*, que compreende a faixa que vai das *doze às duzentas milhas marítimas*, contadas do mesmo ponto empregado para a contagem do mar territorial. Sobre essa faixa o Brasil tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais do leito do mar e de seu respectivo subsolo. Cabe-lhe também o direito de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marítimo, e ainda a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas.[3510] Tendo em vista que a Constituição insere os recursos oriundos da referida faixa entre os bens federais (art. 20, V), os Estados só podem executar certas atividades mediante anuência do governo federal, muito embora lhes seja reconhecida a liberdade de navegação e sobrevoo.[3511]

O denominado *alto-mar* é o que fica situado fora das águas territoriais dos países e constituem *res nullius*, objeto do uso comum de todos. Sobre ele as nações não exercem soberania e seu uso está condicionado pelas normas contidas em convenções e tratados internacionais.[3512]

XII. Súmulas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 340: *Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.*

Súmula 477: *As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam, apenas, o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores.*

Súmula 479: *As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.*

Súmula 650: *Os incisos I e IX do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.*

Referências Bibliográficas

(AUTORES CITADOS E TRABALHOS CONSULTADOS)

ABE, Nilma de Castro. "O domínio da União sobre terras devolutas" (RTDP nº 31/216, 2000).

ACCIOLI, Wilson. Instituições de Direito Constitucional, Rorense, RJ , 1984.

ADRI, Renata Porto – "Planejamento estatal e democracia" em Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa (obra colet.org. pela autora, Maurício Zockun e Luis Manuel Fonseca Pires), Forum, 2008.

AGUIAR JR., Ruy Rosado – *A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, Aide (RJ), 1991.

ALBUQUERQUE, Ronaldo de. *Desapropriação e Constituição de Servidão Administrativa*, Atlas, SP, 1987.

ALEGRE, José Sérgio Monte – "*Revisão Anual da Remuneração dos Servidores Públicos"* (RTDP nº 39, 2002).

_____. "*Presunção de legalidade, ônus da prova e autotutela: o que diz a Constituição*?" (RTDP nº 30, ano 2000).

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Dott A. Giuffrè Edit, Milão, 1970.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente – *Direito Administrativo*, Impetus (RJ), 10ª ed., 2006.

ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de – *"Estatuto da Cidade"*, RT, SP, 2002, (obra colet. org. por Odete Medauar e o autor.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes – *Direito do Saneamento,* Ed. Millennium (Campinas, SP), 2007.

ALVARENGA, Aristides Junqueira – *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*, vários autores, Malheiros (SP), 2001.

ALVES, Rogério Pacheco (e Emerson Garcia) – *Improbidade Administrativa*, Lumen Juris, RJ, 2ª ed., 2004.

_____. *As Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*, Lumen Juris, RJ, 2007.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *"Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas"* (RTDP nº 31/97, 2000).

AMORIM FILHO, Agnelo – *"Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis"* (RT 744, out/97).

ANDRADE, Letícia Queiroz de – *Desapropriação de Bens Públicos*, Malheiros, 2006.

ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis – *Servidor Público – Questões Polêmicas* (obra coletiva), Ed. Fórum (MG), 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *"As fundações públicas e o novo Código Civil"* (RDA 231/313, Forense, RJ, 2003).

_____. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Brasileiro* (RDA 240, 2005).

_____. *Direito dos Serviços Públicos*, Forense (RJ), 2007.

_____. *"Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU nº AC-051"* (RDA 245, ano 2007).

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao CPC*, vol. II, Rio, 1974.

_____. *A Correição Parcial*, José Bushatsky, 1969.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de – *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Del Rey, Belo Horizonte (MG), 2ª ed., 2005.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques – *Serviço de Limpeza Urbana à luz da Lei de Saneamento Básico,* Fórum (MG), 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de – *O Princípio da Proteção à Confiança*, Impetus (RJ), 2009.

ASSIS, Alexandre C. "Excesso de Poder e Discricionariedade: Controle Judicial", *in RDP* 92, 1989.

ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. "Mandado de Segurança: A Comprovação dos Fatos como Pressuposto Específico de Admissibilidade do *Writ*", *in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro,* vol. II, 1995.

AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. V, Delta, RJ, 1958.

AZEVEDO, Damião Alves de – *A natureza jurídica das associações de Municípios e dos consórcios intermunicipais* (RDA 238, 2004).

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. "Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado", *in RDA* 211, 1998.

_____. *"Profissionalização da função pública: a experiência brasileira"* (RDA 232/1, 2003).

_____. *Direito Administrativo*, Saraiva, 2005.

BAPTISTA, Patrícia – "*A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública – A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa"* (RDE nº 3, jul./set./2006).

BARBI, Celso Agrícola Barbi – *Do Mandado de Segurança*, Forense, 1980.

BARBOSA, Prisce Maria Torres. "O Servidor e o Direito à Sindicalização", *in RDP* 96, 1990.

BARBOZA, Márcia Noll – *O Princípio da Moralidade Administrativa*, Ed. Livr. Advogado, Porto Alegre, 2002.

BARROSO, Darlan e ROSSATO, Luciano Alves – *Mandado de Segurança,* RT, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. "Tribunais de Contas: Algumas Incompetências", *in RDA* 203, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, SP, 1988.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, SP, 1989.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, SP, 1996.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães – *Intervenção Estatal na Empresa Privatizada*, Sérgio Fabris Ed. (RS), 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, 1958.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*, Ed. Francisco Alves, RJ, 1955.

BEZNOS, Clóvis. *"Transporte coletivo alternativo – aspectos jurídicos", in RTDP* nº 26, 1999.

_____. *"Estatuto da Cidade"*, Malheiros, SP, 2003, vários autores, coord. de Adilson Dallari e Sérgio Ferraz.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, vol. II, 1955.

BINEMBOJM, Gustavo – *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil* (RDA 240, 2005).

BITENCOURT NETO, Eurico – *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*, Del Rey, BH, 2005.

_____. *Devido Procedimento Equitativo e Vinculação de Serviços Públicos Delegados no Brasil*, Fórum, MG, 2009.

BONAVIDES, Paulo – *"Curso de Direito Constitucional"*, Malheiros, SP, 9ª ed., 2000.

BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1940.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Sociedade de Economia Mista e Privatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BORGES, Alice Gonzalez. "Concessões de Serviço Público de Abastecimento de Água aos Municípios", *in RDA* 212, 1998.

_____. *"O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais na Em. Const. 19/98", in RDA* 217, 1999.

_____. *"Consórcios Públicos: Nova Sistemática e Controle"* (Rev. Trib. Contas Est. Bahia, nº 1, novembro/2005).

BORGES, José Arthur Diniz. *"Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional"*, Lumen Juris, RJ, 2002.

BOTTINO, Marco Tullio – *Manual Prático das Licitações* (com Ivan Barbosa Rigolin), Saraiva (SP), 2ª ed., 1998.

BRITO, Carlos Ayres de. "Direito de Propriedade", *in RDP* 91, 1989.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. "A Sindicalização do Servidor Público", *in Revista LTR* vol. 54, 1990).

BRODBEKIER, Bruno. *"Poder regulamentar da Administração Pública"* (RDA 233/141, 2003).

BRUNO, Reinaldo Moreira e OLMO, Manolo Del – *Servidor Público. Doutrina e Jurisprudência*, Del Rey, Belo Horizonte (MG), 2006.

BRUNO, Reinaldo Moreira – *Direito Administrativo Didático*, Ed. Del Rey, MG, 2ª ed., 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella – *Mandado de Segurança*, Saraiva (SP), 2ª ed., 2004.

_____. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, vol. 1, 2006.

_____. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lamêgos – *Mandado de Segurança Coletivo*, RT, 1996.

BUZAID, Alfredo – *Do Mandado de Segurança*, Saraiva, 1989.

CABRAL, Antônio – "*Os Efeitos Processuais da Audiência Pública"* (RDE nº 2, Edit. Renovar, abr./jun./2006).

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra Edit., Lisboa, 1973.

_____. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Forense, RJ, 1977.

CALIMAN, AURO AUGUSTO – *"Parcerias Público-Privadas e a Fiscalização dos Tribunais de Contas"* (RDA nº 244, ano 2007).

CÂMARA, Alexandre Freitas – *A Nova Execução de Sentença*, Lumen Juris, 2ª ed., 2006.

CÂMARA, Jacintho de Arruda – *Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais*, vários autores, Malheiros (SP), 2001.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa – *Licitações e Contratos. Aspectos Relevantes* (et alii), Ed. Fórum (MG), 2007.

CAMARGO, Sabino Lamego de. Parecer *in RDPGERJ* nº 40, 1988.

CAMMAROSANO, Marcio. "Concurso Interno para Efetivação de Servidores", *in BDM*, maio, 1992.

CAMPAZ, Walter. *Revogação dos Atos Administrativos*, RT, SP, 1983.

CAMPINHO, Sérgio. *"O Direito de Empresa"*, Lumen Juris, 2ª ed., 2003.

CARRION, Valentin – *Comentários à CLT*, Saraiva (SP), 30ª ed., 2005.

CARVALHO, Afrânio de. *"O Tombamento de Imóveis e o Registro", in RT* 672.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. "Desapropriação Indireta", *in RDP* 97, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por Artigos*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Processo Administrativo Federal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Comentários ao Estatuto da Cidade"*, Lumen Juris, RJ, 3ª ed., 2009.

_____. *Consórcios Públicos*, Lumen Juris, 2009

_____. *"O Princípio da Efetividade e os Direitos Sociais Urbanísticos"* (*in "A Efetividade dos Direitos Sociais"*, obra colet., coord. por Emerson Garcia, Ed. Lumen Juris, 2004).

_____. *"Processo Administrativo"* (*in "Direito Administrativo"*, obra colet., coord. por Marcelo Leonardo Tavares e

Valter Shuenquener de Araújo, Ed. Impetus, 2005).

_____. *"A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico"* (*in "Discricionariedade Administrativa"*, obra colet., coord. por Emerson Garcia, Ed. Lumen Juris, 2005).

_____. *"Acumulação de Vencimentos com Proventos da Inatividade"* (Revista *"Doutrina"* vol. 4, 1997).

_____. *"As novas agências autárquicas diante da privatização e da globalização da economia"* (Revista *"Doutrina"* vol. 6, 1998).

_____. *"O controle autárquico no processo de desestatização e da globalização da economia"* (Revista do Min. Público do R.J., vol. 8, 1998).

_____. *"A investidura em cargos em comissão e o princípio da moralidade"* (Revista *"Doutrina"* vol. 8, 1999).

_____. *"O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista"* (Revista do Min. Público do R.J., vol. 11, 2000, e Revista *"Doutrina"* vol. nº 9, 2000).

_____. "*O Pregão como nova modalidade de licitação"* (Revista *"Doutrina",* vol. 10, 2000).

_____. *"Regime Especial dos Servidores Temporários"* (Revista Ibero-Americana de Direito Público, vol. III, 2001).

_____. *"A Ampla Defesa nos Processos Administrativos", in* Suplem. Diário Oficial do Rio de Janeiro – nº 22, 1990.

_____. *"Regime Jurídico dos Atos Administrativos de Confirmação e de Substituição", in* Revista *Doutrina*, nº 1, 1996.

_____. *"A Contradição da Lei nº 8.987/95 quanto à Natureza da Permissão de Serviços Públicos", in Arquivos do Tribunal de Alçada*, vol. 21, 1995.

_____. *"Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos", in Livro de Estudos Jurídicos*, nº 6, 1993.

_____. *"Exame Psicotécnico: Natureza e Condições de Legitimidade", in Livro de Estudos Jurídicos* nº 9, 1994.

_____. *"Extensibilidade dos Direitos Funcionais aos Aposentados", in Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro* nº 26 – 1994.

_____. *"O Novo Processo Expropriatório para Reforma Agrária", in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 2, 1995.

_____. *"A Prescrição Judicial das Ações contra o Estado no que Concerne a Condutas Comissivas e Omissivas", in* Revista *Doutrina*, vol. II, 1996.

_____. *"Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas"* (*Políticas Públicas. Possibilidades e Limites"*, obra colet. coord. por Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, Ed. Fórum, 2008).

_____. *"Terceirização no Setor Público: Encontros e Desencontros"* (*Terceirização na Administração*, obra colet., coord. por Cristiana Fortini, Ed. Fórum, 2009).

_____. *"O Processo Administrativo de Apuração da Improbidade Administrativa"*, em *Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J.Calmon de Passos*, ob. colet. org. por Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves e Luciano Ghigone, Lumen Juris, RJ, 2010.

_____. "*Interesse Público: Verdades e Sofismas"*, em *Supremacia do Interesse Público*, ob.colet. coord. por Maria Sylvia Zanella di Pietro e Carlos Vinicius Alves Ribeiro, Atlas, SP, 2010.

_____. "*Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa: Unidade ou Dualidade ?"*, em *A Ação Civil Pública após 25 Anos*, ob. colet., coord. por Édis Milaré, RT, SP, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de – *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Podium (BA), Parte Geral, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*, Freitas Bastos, RJ, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1998.

CAVALLI, Cássio – "*O Controle da Discricionariedade Administrativa e a Discricionariedade Técnica"* (RDA nº 251, FGV, mai/ago/2009).

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz – *"O Desvio de Poder no Ato Administrativo"*, Ed. RT (SP), 1979.

CHAMOUN, Ebert Vianna. *Da Retrocessão nas Desapropriações*, Forense, RJ, 1959.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, RT, SP, 1979.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e SEHN, Solon. *"Municípios e concessionárias federais de serviço de energia elétrica e telecomunicações – Cobrança de preço público pela permissão de uso do solo urbano"* (RTDP 33/100, 2001).

_____. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, RT (SP), 2ª ed., 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa – *"Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas"*, Saraiva, SP, 2ª ed., 2005.

COELHO, Daniela Mello – *Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo*, Ed. Melhoramentos, Belo Horizonte, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *"Curso de Direito Tributário Brasileiro"*, Forense, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. "Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988", *in RDP* 93, 1990.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. "Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988", *in RTDP* nº 1, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*, Forense, RJ, 1978.

_____. *Bens Públicos*, 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, Forense, RJ, 1986.

_____. *Comentários à Constituição de 1988*, Forense Universitária, SP, 1991 (vol. I a IV; obra em continuação).

_____. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, Forense, RJ, 1978.

_____. Polícia e Poder de Polícia", *in RDA* 162, 1985.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, RJ.

_____. *Tratado Geral das Desapropriações*, Forense, RJ, 1980.

_____. *Mandado de Segurança,* Forense, 1980.

CRETTON, Ricardo Aziz. "*Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*", Ed. Lumen Juris, RJ, 2001.

CRUZ, José Raimundo Gomes da – *"O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar"*, Ed. Malheiros (SP), 1996.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madri, 1981.

CUNHA JUNIOR, Dirley da – *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, Saraiva (SP), 2004.

CUNHA, Paulo César Melo da – *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil.* Ed. Lumen Juris, RJ, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. "*Processo Administrativo e Segurança Jurídica"*, em *Segurança Jurídica*, ob. colet. coord. por Paulo André Jorge Germanos, Elsevier, RJ, 2010.

_____. *Aspectos Jurídicos da Licitação*, Saraiva, SP, 1992.

_____. "Empresa Estatal Prestadora de Serviços Públicos – Natureza Jurídica – Repercussões Tributárias", *in RDP* 94, 1990.

_____. *Desapropriação para Fins Urbanísticos*, Forense, RJ, 1980.

_____. *"Os Poderes Administrativos e as Relações Jurídico-Administrativas"* (RTDP 24, 1998).

_____. *"Cobrança de taxa remuneratória do serviço de coleta de lixo"* (RTDP vol. nº 25, 1999).

_____. "*Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações"* (RDA nº 223, 2001).

_____. *"Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública"*, RDA nº 239, 2005.

_____. *O Financiamento de Obras e de Serviços Públicos* (e ADRIANO MURGEL BRANCO), Bertin/Paz e Terra, SP, 2006.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, RT, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, SP, 1983.

DEBBASCH, Charles. *Institutions de Droit Administratif*, Presses Univ. de France, Paris, 1976.

DECOMAIN, Pedro Roberto – *Mandado de Segurança,* Dialética (SP), 2009.

DEIAB, Felipe – *"Uma nova experiência na Advocacia Pública brasileira: a Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro"* (Revista da Proc.-Geral do Tribunal Contas do Est. Rio de Janeiro nº 1, ano 2005).

DELPINO, L. e DEL GIUDICE, F. *Elementi di Diritti Amministrativo*, 10ª ed. Nápoles: Esselibri Simone, 1998.

DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação*, Fórum, 2008.

DIEZ, Manuel Maria. *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes – *Manual do Mandado de Segurança,* Renovar, 1991.

DIREITO, Carlos Gustavo – "*A Evolução do Modelo de Regulação Francês"*, RDE nº 2, Renovar, abr./jun./2006.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

DUTRA, Pedro. *"O poder regulamentar dos órgãos reguladores"* (RDA 221, 2000).

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo"*, Civitas Ediciones, Madri, 10ª ed., 2000.

ESTEVES, Julio César dos Santos – *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*, Del Rey (MG), 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, RJ, 1979.

_____. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio, 1949.

FALLA, Fernando Garrido – *Tratado de Derecho Administrativo*, Inst. Estudios Políticos, Madri, vol. I, 6ª ed., 1973.

FARIA, Edmur Ferreira de. *"Curso de Direito Administrativo Positivo"*, Ed. Del Rey (MG), 1997.

FARIAS, Sara Jane Leite de – *Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*, Ed. Lumen Juris, RJ, 2005.

FÉRES, Marcelo Andrade – *"O Estado Empresário: Reflexões sobre a eficiência do regime jurídico das sociedades de economia mista na atualidade"* (Revista de Direito do Estado, Ed. Renovar, RJ, nº 06, ano 2007).

FERNANDES, Daniel André – *Os Princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa*, Lumen Juris, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby – *Contratação Direta sem Licitação*, Brasília Jurídica, 5ª ed., 2004.

_____. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*, Fórum, 2ª Ed., 2005.

FERRAZ, Leonardo de Araújo – *Da Teoria à Crítica. Princípio da Proporcionalidade*, Dictum, MG, 2009.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Sérgio. *Desapropriação. Indicações da Doutrina e Jurisprudência*, Forense, RJ, 1972.

_____. *"Processo administrativo: prazos; preclusões"* (RTDP nº 26, 1999).

_____. *Mandado de Segurança – Aspectos Polêmicos*, Malheiros, SP, 3ª ed., 2002.

_____. *Desapropriação de Bens Públicos*", em *Três Estudos de Direito*, RT, 1977.

_____. *Mandado de Segurança – Aspectos Polêmicos,* Malheiros, 3ª ed., 2002.

FERREIRA, Daniel – *Sanções Administrativas*, Malheiros, SP, 2001.

_____. *Teoria Geral da Infração Administrativa*, Fórum, 2009.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira – *Parcerias Público-Privadas. Aspectos Constitucionais*, Fórum (MG), 2006.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, 5 vol., 1989 (obra incompleta).

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*, Forense, RJ, 1985.

_____. *Comentários à Constituição*, vol. III, Freitas Bastos, RJ, 1991.

_____. *Lições de Direito Administrativo*, Rio, 1972.

_____. *"A moralidade na principiologia da atuação governamental"* (RDA 220, 2000).

_____. *"Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, II"* (RDA nº 227, 2002).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, SP, 1989.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, SP, 1990.

_____. "As Origens do Estado de Direito", *in RDA* 168, 1987.

_____. "Empresa Pública – Direito de Greve – Serviços Essenciais", *in RDA* 175, 1989.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *"Manual de Arbitragem"*, RT, SP, 1997.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administativo*, Malheiros, SP, 1995.

_____. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, RT, SP, 1980.

_____. *"Reforma administrativa – Estabilidade – Direito adquirido"* (RTDP nº 25, 1999).

FIGUEIREDO, Marcelo. *"Utilização de subsolo para passagem de equipamentos públicos – Aspectos gerais e desafios do uso compartilhado – Resenha doutrinária e jurisprudencial"* (RTDP nº 16, 1999)

_____. *Probidade Administrativa*, Malheiros (SP), 5ª ed., 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco – *"Estatuto da Cidade Comentado"*, RT (SP), 2002.

FLAKS, Milton – *Mandado de Segurança. Pressupostos de Impetração*, Forense, 1980.

FLEINER, Fritz. *Droit Administratif Allemand*, Librairie Delagrave, Paris, 1933 (trad. Eisenmann).

FORTINI, Cristiana – *"Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos Danos causados a Terceiros"* (Revista do Curso de Dir. do Centro Univ. Metod. Izabela Hendrix, 4º vol., 2004).

_____. *"A Função social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade"* (Rev. Dir. Municipal (BH), ano 5, nº 12, 2004).

_____. *Contratos Administrativos*, Del Rey (MG), 2007.

_____. "*Os conceitos de prescrição, preclusão e decadência na esfera administrativa – A influência do Novo Código Civil e da Lei Federal de Processo Administrativo"* (Revista Bras.Dir.Público, BH, nº 15, ano 2006).

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda P. de Carvalho; e CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa – *Processo Administrativo. Comentários à Lei nº 9.784/1999*, Fórum (MG), 2008.

FRAGA, Gabino. *Direito Administrativo*, Edit. Porrúa, México, 1977.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *"Eficiência administrativa da Constituição Federal"* (RDA 220, 2000).

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê – *"A Natureza Jurídica da Ação por Ato de Improbidade Administrativa"*, em *Estudos sobre Improbidade Administrativa,* em homenagem ao Prof. J.J.Calmon de Passos, ob.colet., org. por Alexandre Albagli Oliveira *et* alii, Lumen Juris, RJ, 2010.

FREITAS, André Guilherme Tavares de – *Crimes da Lei de Licitações*, Lumen Juris (RJ), 2007.

FREITAS, Juarez – *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Constitucionais*, Malheiros, SP, 3ª ed., 2004.

_____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Malheiros (SP), 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti e SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *"A responsabilidade civil do Estado por*

conduta omissiva" (RDA 232/199, 2003).

GARCIA, Doris Piccinini. *Teoria del Decaimiento de los Actos Administrativos*, Edit. Juridica de Chile, Santiago, 1968.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *"Improbidade Administrativa"*, Lumen Juris, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral, *Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas,* Lumen Juris, 2004.

_____. *Licitações e Contratos Administrativos*, Lumen Juris (RJ), 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, Edit. Saraiva, SP, 1992.

_____. "Concessão de Direito Real de Uso", *in RDP* 92, 1989.

_____. *Poder Regulamentar*, RT (SP), 2ª ed., 1982.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *"A Moralidade Administrativa – História de um Conceito"* (RDA 230/291, 2002).

GOMES, Orlando. *Obrigações*, Forense, Rio, 1961.

GONÇALVES, Carlos Roberto – *Responsabilidade Civil*, Saraiva, SP, 8ª ed., 2003.

GORDILHO, Pedro – *Aspectos da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 – Reforma do Judiciário* (RDA 240, ano 2005).

GRANZIERA, Maria Lúcia Machado, *"Direito de Águas"*, Atlas, SP, 2ª ed., 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, RT, SP, 1981.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, SP, 10ª ed., 2005.

_____. "Inexigibilidade de Licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só Podem Ser Fornecidos ou Prestados por Determinado Agente Econômico", *in RDP* 100, 1991.

_____. "Inexigibilidade de Licitação – Serviços Técnico-Profissionais Especializados", *in RDP* 99, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 3 volumes (vol. I, 13ª ed., 1998).

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e prestação de serviços públicos"* (RDA 233/377, 2003)

GROTTI, Dinorá Musetti. *"Regime Jurídico das Telecomunicações"* (RDA 244, ano 2001).

GUERRA, Sérgio – *"Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: uma Releitura do Modelo Regulatório Brasileiro"* (RDA nº 243, ano 2006).

_____. *"Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana"* (RDA nº 244, ano 2007).

_____. *Discricionariedade e Reflexividade*, Ed. Fórum, 2008.

GUIMARÃES, Edgar e NIEBUHR, Joel de Menezes – *Registro de Preços. Aspectos Práticos e Jurídicos,* Ed. Fórum (MG), 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha – "*Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (ius variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos"* (RDA nº 219, pp. 107/125, 2000).

GUSMÃO, Mônica. *"Direito Empresarial"*, Impetus, 2ª ed., 2004.

HARGER, Marcelo – *Princípios constitucionais do Processo Administrativo*, Forense (RJ), 2001.

_____. *Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05*, Fórum, 2007.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro – *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, Ed. Roma Victor, RJ, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Aide, Rio, 1993.

_____. *Concessões de Serviços Públicos*, Dialética, 1997.

_____. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, Dialética, SP, 4ª ed., 2005.

_____. "*O Regime Jurídico das Empresas Estatais e a Distinção entre* Serviço Público *e* Atividade Econômica" (RDE nº 1, Renovar, jan./mar./2006).

_____. *"Pregão: nova modalidade licitatória"* (RDA 221, 2000).

_____. *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva (SP), 2005.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *"A ética no serviço público"* (RDA 220, 2000).

LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Dott A. Giuffrè Edit., Milão, 1978.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*, Daniel H. Martins, Montevidéu, 1974.

LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droit Administratif*, L. G. D. J., Paris, 1976.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, RT, SP, 1987.

LIRA, Ricardo Pereira – *Elementos de Direito Urbanístico*, Renovar, RJ, 1997.

LOPES, Eugênio Noronha. "Poder de Polícia; Seu Exercício por Fundação Instituída pelo Poder Público; Exame da Possibilidade; FEEMA", *in RDPGE* nº 39, 1987.

LOPES, Mauro Luís Rocha – *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*, Impetus (RJ), 2009.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *"Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro"* (RDA 231/27, 2003).

LUCHESI, Fabio de Oliveira. "Desapropriação para Fins de Reforma Agrária perante a Nova "Constituição", *in RDP* 90, 1989.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *"As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano*" (RTDP nº 27, 1999).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública e Tombamento*, São Paulo, 1986.

_____. *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros, 5ª Ed., 1995.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *A Questão Jurídico-Social da Propriedade e de sua Perda pela Desapropriação*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

_____. *Reconceituando o Poder de Polícia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Administração Pública Centralizada e Descentralizada.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. *"Servidor Público na Atualidade"*, América Jurídica, 2003.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre – *"O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos"* (RDA nº 239, 2005).

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e Prática da Desapropriação*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo – *Ação Popular*, Ed. RT (SP), 3ª ed., 1998.

MARANHÃO, Délio – *Direito do Trabalho*, Ed. FGV (RJ), 11ª ed., 1983.

MARIA, José Serpa de Santa. *Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas*, Liber Juris, Rio, 1979.

MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*, Ed. Podivm, Salvador, 2005.

MARINHO, Armando de Oliveira e LARA FILHO, Zairo. *Programa de Direito Administrativo*, Edit. Rio, RJ, 1985.

MARQUES, Carlos Henrique Magalhães. "Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato e Encargos Sociais – Revisão de Preços", *in RDP* 91, 1989.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, SP, 1975.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "*Aspectos jurídicos da interrupção de obras públicas por inadimplência da Administração*" (RTDP nº 27, 1999).

_____. *A Admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos* (RDA 138, 2004).

_____. *"Breves considerações sobre o equilíbrio econômico e financeiro nas concessões"* (RDA 227/2002).

MARRARA, Thiago – *Processo Administrativo. Lei nº 9.784/99 Comentada,* coatoria com Irene Patrícia Nohara, Atlas, SP, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes – *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, LTr (SP), 1992.

MARTINS, Augusto Henrique Werneck. "Reflexões acerca do Poder Regulamentar – Propostas à Constituinte", *in RDPGERJ* nº 40", 1988.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*, São Paulo: RT, 2000.

MARTINS, Ricardo Marcondes – "*Titularidade do serviço de saneamento básico"* (RDA nº 249, ano 2009).

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva – *Probidade Administrativa*, Saraiva, 2001.

_____. *Transparência Administrativa*, Saraiva, 2004.

MATTOS, Liana Portilho – *Nova Ordem Jurídico-Urbanística*, Lumen Juris, RJ, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. "Agências Reguladoras e as suas Características", *in RDA* 218, ano 1999.

_____. *"Princípio do fato consumado no Direito Administrativo"* (RDA 220, 2000).

_____. *"Contrato Administrativo"*, Ed. América Jurídica, 2ª ed., 2002.

_____. "*Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar"* ("Seleções Jurídicas", COAD, março/2002).

_____. *"Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada"*, Ed. América Jurídica, RJ, 2005

_____. *O Limite da Improbidade Administrativa*, Ed. América Jurídica, RJ, 2005.

MEDAUAR, Odete. *"Direito Administrativo Moderno"*, Edit. RT, SP, 2ª ed., 1998.

_____. *Consórcios Públicos*, RT (SP), 2006 (e GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA)

MEDEIROS, Sérgio Monteiro – *Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais*, Ed. Juarez de Oliveira (SP), 2003.

MEDEIROS, Suzana Domingues. *"Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro"* (RDA 233/71, 2003).

MEDINA, José Miguel e ARAÚJO, Fábio Caldas de – *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, SP, 1993.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data",* RT, SP, 1989.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*, RT, SP, 1990.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: RT, 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., Edit. Malheiros, SP, 2004.

_____. *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, RT, SP, 1975.

_____. *"Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo", in RDP* 90, 1989).

_____. *"O Desvio de Poder", in RDA* 172, 1988.

_____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, 1968.

_____. *"Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público", in RDP* 97, 1991.

_____. "*Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional*" (RTDP nº 27, 1999).

_____. "*Discricionariedade e Controle Judicial"*, Malheiros, SP, 2ª ed., 2001.

_____. *"Competência para Julgamento de Agentes Políticos por Ofensa à Lei de Improbidade Administrativa"* (RTDP nº 40, 2002).

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, RJ, 1979.

MELLO, Rafael Munhoz de – "*O Desvio de Poder"* (RTDP nº 40, 2002).

MELO, Marco Aurélio Bezerra de – *Direito das Coisas*, Lumen Juris, RJ, 2007.

MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, 1991.

MENDONÇA, José Vicente Santos de – *"Estatais com poder de polícia: por que não ?"* (RDA nº 252, FGV, set/dez, ano 2009).

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, SP, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, Forense, SP, 1974.

MODESTO, Paulo. *"Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil", in RDA* 210, 1997.

_____. *"Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas"* (em *Parcerias Público-Privadas*, coord. Carlos Ari Sundfeld, Malheiros, 2005).

_____. "*Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil"* (RDA nº 214, 1998).

MONTEIRO, Vera – *Concessão*, Malheiros, SP, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, vol. V, Saraiva, SP, 1976.

MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*, Paris, 1748.

MORAES, Alexandre de. "*Direito Constitucional"*, Atlas, 12ª ed., 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Guilherme Peña de – *Curso de Direito Constitucional*, Lumen Juris, 2008.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de – *"Súmula Vinculante nº 5 do STF e o Sistema Processual Administrativo"*, em *Processo Administrativo. Temas Polêmicos da Lei nº 9.784/99"*, ob. colet., org. por Irene Nohara e o autor, Atlas (SP), 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann – "*Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas"* (RTDP nº 40, 2002).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *"O* Habeas Data *Brasileiro e sua Lei Regulamentadora", in RDA* 211, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Forense, RJ, 1989.

_____. *Contencioso Administrativo*, Forense, RJ, 1977.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade*, Forense, RJ, 1995.

_____. *"O Estatuto das Concessões de Serviços e Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro", in RDPGERJ* nº 29, 1989.

_____. "Organizações Sociais de Colaboração", *in RDA* 210, 1997).

_____. "*Mutações do Direito Administrativo",* Ed. Renovar, RJ, 2000.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. "Textos Vetoriais sobre a Reforma Administrativa", *in RTDP* nº 20, ano 97).

_____. *"O Novo Servidor Público – Regime Jurídico Único"*, Ed. Lê (MG), 1990.

_____. *Curso Prático de Direito Administrativo*, Del Rey, 1999.

_____. *Aplicação do Código Civil às Licitações e Contratos*, Del Rey, 2004.

_____. *Divulgação Institucional e Contratação de Serviços de Publicidade*, Fórum, MG, 2010.

MOTTA, Fabrício – *"Concurso Público e a Confiança na Atuação Administrativa: Análise dos Princípios da Motivação, Vinculação ao Edital e Publicidade"*, em *"Concurso Público e Constituição"*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2005.

_____. *Função Normativa da Administração Pública*, Del Rey, Belo Horizonte (MG), 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira e SILVEIRA, Raquel Dias da – *"Concurso Público"*, em *Servidor Público* (obra colet. org. por Cristiana Fortini), Forum, 2009.

MUKAI, Toshio. *"Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos",* RT, SP, 1988.

_____. *Administração Pública na Constituição de 1988*, São Paulo, 1989.

_____. *Direito Administrativo Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *"Contato de Concessão formulado pela Agência Nacional de Petróleo – Comentários e Sugestões"* (RTDP 25, 1999).

_____. *"Licitações e Contratos na Emenda Constitucional 19/98"* (RDA 219, 2000).

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade – *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 10ª ed., 2007.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e – *A Contratualização da função Pública*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

_____. *Participação Administrativa Procedimental*, Fórum, MG, 2009.

NEVES, Sergio Luiz Barbosa. *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*, Lumen Juris, RJ, 1991.

NICOLITT, André Luiz – *A Duração Razoável do Processo*, Lumen Juris (RJ), 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes – *Pregão Presencial e Eletrônico*, Zênite, Curitiba (PR), 4ª ed., 2006.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *"Prescrição: Decretação de Ofício em Favor da Fazenda Pública", in RTDP* nº 22, ano 1998.

_____. *"Sanções administrativas e princípios de direito penal"* (RDA 219, 2000).

NOHARA, Irene Patrícia – *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, Atlas, 2006.

_____. *Processo Administrativo. Lei 9.784/99 Comentada*, coautoria com Thiago Marrara, Atlas, SP, 2009.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de – *Servidor Público – Questões Polêmicas* (obra coletiva), Ed. Fórum (MG), 2006.

_____. *Servidor Público. Remoção, Cessão, Enquadramento e Redistribuição*, Fórum, MG, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de – *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Impetus (RJ), 3ª ed., 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *"Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade"*, Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de – *"A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas"* (RDA nº 241, 2005).

OLIVEIRA, Gustavo Justino (e ODETE MEDAUAR) – *Consórcios Públicos*, RT, 2006.

OLIVEIRA, Odilia Ferreira da Luz. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – *A Constitucionalização do Direito Administrativo*, Lumen Juris, 2009.

_____. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*, Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*, RT, SP, 1985.

_____. Executoriedade dos Atos Administrativos", *in* RT, SP, nº 684).

_____. *Ato Administrativo*, São Paulo, 1978.

OLMO, Manolo Del e BRUNO, Reinaldo Moreira – *Servidor Público. Doutrina e Jurisprudência*, Del Rey (MG), 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. "*Direito Administrativo Sancionador"*, Ed. RT (SP), 2000.

_____. *Improbidade Administrativa – Observações sobre a Lei nº 8.429/92*, Síntese (Porto Alegre), 2ª ed., 1998.

PAES, José Eduardo Sabo – *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*, Brasília Jurídica, DF, 6ª ed., 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao CPC*, vol. III, Forense, Rio, 1975.

PAULO JUNIOR, José Marinho – *O Poder Jurisdicional de Administrar*, Lumen Juris, RJ, 2007

PAZZAGLINI FILHO, Marino – *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, Atlas, SP, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Forense, Rio (volumes de edições diversas).

PEREIRA, Cesar A. Guimarães – *"Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana"* (RDA 216, 1999).

PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *Sanções Disciplinares. O Alcance do Controle Jurisdicional*, Ed. Fórum, Belo Horizonte (MG), 2007.

PEREIRA, José Edgar Penna Amorim – *Perfis Constitucionais das Terras Devolutas*, Del Rey (MG), 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas*, Renovar, RJ, 1993.

_____. *O Direito de Defesa na Constituição de 1988*, Renovar, Rio, 1991.

_____. *Da Reforma Administrativa Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho – *Licitações e Contratos. Aspectos Relevantes* (*et alii*), Ed. Fórum (MG), 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, Edit. Atlas, SP, 1993.

_____ *et alii*. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Malheiros, SP, 1995.

_____. *Parcerias na Administração Pública*, Atlas, 3ª ed., 1999.

_____. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*, Atlas, SP, 2ª ed., 2010.

PIRES, Luis Manuel Fonseca – "*Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal"* (*Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa,* obra colet. coord. pelo autor e por Maurício Zockun e Renata Porto Adri, Ed. Fórum, 2008).

_____. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*, Campus-Elsevier (RJ), 2008.

_____. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*, Quartier Latin (SP), 2006.

PORTO, Mário Moacyr. *"Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes"* (RT nº 563/9, 1982).

PRADO, Francisco Octavio de Almeida – *Improbidade Administrativa*, Malheiros, 2001.

RAMIREZ, Carlos Fernando Urzúa. *Requisitos del Acto Administrativo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1971.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira – *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, vários autores, Malheiros, 2ª ed., 1995.

RAMOS, Lilian da Silva. *"Administração Indireta – Concurso Público"* (RDP 92, 1989).

RAMOS, Saulo. *"Empresa Estatal e Abuso de Poder Econômico", in RDP* 93, 1990.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Forense, RJ, 1986.

_____. "Controle Ministerial de Preços", *in RDP* 89, 1989.

REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Peres de e CRAMER, Ronaldo – *Mandado de Segurança. Comentários à Lei 12.016/2009,* Método (SP), 2009.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves – *"Interesse público: um conceito jurídico determinável"*, em *Supremacia do Interesse Público*, ob.colet. coord. por Maria Sylvia Zanella di Pietro e pelo autor, Atlas, SP, 2010.

RIGOLIN, Ivan. *Manual Prático das Licitações*, Saraiva, SP, 1991.

_____. *O Servidor Público na Constituição de 1988*, Edit. Saraiva, SP, 1989.

_____. *O Servidor Público nas Reformas Constitucionais*, Edit. Fórum, MG, 2003.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1977.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessões e Permissões de Serviços Públicos no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos,* Edit. Saraiva.

_____. *"Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos"*, Ed. Saraiva (SP), 1999.

ROCHA, Felippe Borring – *"Nova Sistemática Executiva do CPC e os juizados Especiais Cíveis"*, em *A Nova Reforma Processual*, obra colet., Lumen Juris (RJ), coord. Gustavo Nogueira, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *"A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo"* (RTDP 25, 1999).

RODRIGUES, Eduardo Azeredo – "*Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade*

econômica" (Revista da Procurad. Trib. Contas do Est. Rio de Janeiro nº 1, ano 2005)

RODRIGUES, Luciana Cordeiro. *"A concessão do título jurídico de organização social"* (RDA 232/133, 2003).

RODRIGUES, Walton Alencar – *"O Controle da Regulação no Brasil"* (RDA nº 241, 2005).

ROSA JR., Luiz Emygdio da. *Manual de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, Renovar, RJ, 1998.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*, Atlas, SP, 1988.

SALGADO, Plínio – "*A disponibilidade do servidor: uma visão histórica e atual*", em *Direito Público* (obra colet. coord. Wagner Junior), Del Rey, 2004.

SALLES, José Carlos Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, RT, SP, 1992.

SANTANA, Jair Eduardo e GUIMARÃES, Edgar – *Licitações e o Novo Estatuto da Pequena e Microempresa*, Fórum, 2ª ed., 2009.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. "Função Administrativa", *in RDP* 89, 1989.

SANTOS, Carlos Frederico Brito – *Improbidade Administrativa – Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*, Forense (RJ), 2002.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos - *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais*, Del Rey (MG), 2006.

SCHIRATO, Vítor Rhein – *Novas Anotações sobre as Empresas Estatais* (RDA 239, 2005).

SIDOU, Othon. *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*, Forense, RJ, 1977.

SILVA, Almiro do Couto e. *"Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa in Contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro"* (RDA 217, 1999).

_____. "*O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Púlbica de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99)"* (RDA nº 237, 2004).

SILVA, Antônio Marcello – *Contratações Administrativas*, RT (SP), 1971.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, SP, 1989.

SILVA, Juary. *"A Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos"*, Saraiva, 1985.

SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. *"O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado"* (RDA 219, 2000).

SIQUEIRA, Hélio de Moraes. *A Retrocessão nas Desapropriações*, RT, SP, 1964.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*, Forense, RJ, 1989.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, SP, 1979.

SODRÉ, Eurico. *A Desapropriação*, Saraiva, SP, 1955.

_____. *A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*, Saraiva, SP, 1945.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Esplanada, RJ, 1993.

_____. *Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações*, 2ª ed., Lumen Juris, RJ, 1998.

_____. *"Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico"*, Ed. Lumen Juris (RJ), 1997.

_____. *"Direito Administrativo Regulatório",* Ed. Lumen Juris (RJ), 2002.

_____. *"Direito Administrativo da Economia"*, Lumen Juris, RJ, 3ª ed., 2003.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de – *Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros*, Lumen Juris, 2003.

_____. *Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública*, Ed. Lúmen Júris (RJ), 2008.

SOUZA, Rodrigo Pagani de – "*Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério"* (com Carlos Ari

Sundfeld) (RDA 245, 2007).

STOCCO, Rui. "Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores", *in Seleções Jurídicas – COAD*, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ary. *Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, SP, 1994.

_____. *"Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos – limites da lei ao decreto regulamentar"* (RDP nº 97, 1991).

_____. *"Direito Administrativo Ordenador*", Ed. Malheiros, SP, 1997.

_____. "*Improbidade Administrativa de Dirigente de Empresa Estatal"* (com JACINTHO ARRUDA CÂMARA) (RTDP nº 40, 2002).

_____. *"As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão"* (e RODRIGO PAGANI DE SOUZA) (RDA nº 243, Ed. Atlas, 2006).

_____. *"Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério"* (com Rodrigo Pagani de Souza) (RDA 245, ano 2007).

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; SEGADAS VIANNA. *Instituições de Direito do Trabalho*, 11ª ed. LTr, SP: LTr, 1991.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, Saraiva, SP, 1975.

_____. "Poder de Polícia e Polícia do Poder", *in RDA* 162, 1985.

_____. *"Agências Reguladoras da Administração"* (RDA 221, 2000).

_____. *"Revisão Administrativa de Atos Julgados pelos Tribunais de Contas"* (RDA nº 53).

TAVARES, André Ramos. "*Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*", Ed. Saraiva, SP, 2001.

TAVARES, Anna Rita. *"Desconsideração da Pessoa Jurídica em Matéria Licitatória"* (RTDP 25, 1999).

TELLES, Antônio Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*, RT, SP, 1995.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, RT, SP, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, RJ, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo – *"Curso de Direito Financeiro e Tributário"*, Renovar, 12ª ed., 2005.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*, Maránus, Porto, 1945.

TOURINHO, Rita – *"O Desvio de Finalidade na Ação Expropriatória: Interpretação Sistemática do Decreto-lei nº 3.365/41"* (RDA nº 238/2004).

_____. *Concurso Público*, Lumen Juris, 2008.

_____. *Discricionariedade Administrativa*, Juruá, 2ª Ed., 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e – *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, Saraiva, 1990.

VALIM, Rafael – *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro,* Malheiros, SP, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do – *"A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança"* (RDA nº 252, FGV, set/dez, ano 2009).

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, Presses Univ. de France, Paris, 1976.

VELLOSO, Leandro – *Resumo de Direito Administrativo*, Impetus, 2007.

VELOSO, Zeno. "*Inaplicabilidade do limite máximo de 65 anos de idade para o preenchimento do cargo de Desembargador a ser provido pelo quinto constitucional"* (RTDP nº 28, 1999).

VENOSA, Silvio de Salvo. *"Direito Civil"*, Atlas (vários volumes).

VERAS, Rafael – *"A concessão de florestas e o desenvolvimento sustentável"* (Revista de Dir. Públ. da Economia nº 26, ano 2009).

VIDIGAL, Luiz Eulálio Bueno. "Mandado de Segurança", *in RF* 139.

VIEIRA, Rafael Diógenes Serafim – *Servidor Público Temporário*, Edit. UFV, Viçosa (MG), 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. *"Atos administrativos. Invalidações. Classificação"* (RDA 221, 2000).

WAGNER, José Luiz e CASSEL, Rudi Meira. *"Correção Monetária de Débitos Judiciais ref. à Remuneração dos Servidores Públicos Federais"* (RDA 215, 1999).

WALD, Arnold e MORAES, Luiza Rangel de. *"Agências Reguladoras*", Revista de Informação Legislativa (DF), jan./mar./99.

_____. *"Competência para julgar a improbidade administrativa"* (e GILMAR FERREIRA MENDES) (Revista de Informação Legislativa nº 138, 1998).

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1963.

WILLEMAN, Flávio de Araújo – *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, Lumen Juris, RJ, 2005.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, Malheiros, SP, 1996.

_____. *Responsabilidade Extracontratual do Estado*, RT, SP, 1981.

ZOCKUN, Maurício – "*A participação do administrado na Administração e o preenchimento de cargo nos Tribunais Administrativos"*, em *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa* (obra colet. org. pelo autor, Renata Porto Adri e Luis Manuel Fonseca Pires), Fórum, 2008.

_____. *Responsabilidade Patrimonial do Estado*, Malheiros, SP, 2010.

[1] O termo vem do latim "status", com o sentido de "estar firme".
[2] "Elementos de Teoria Geral do Estado", p. 45.
[3] No Código revogado, a relação era prevista no art. 14, I a III.
[4] MICHEL TEMER, "*Elementos de Direito Constitucional*", Saraiva, 5ª ed., 1989, p. 100, que cita outros especialistas com a mesma opinião.
[5] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em sucinto e interessante estudo, intitulado "As Origens do Estado de Direito", informa que a expressão "Estado de direito" foi cunhada na Alemanha *(Rechtsstaat)*, em obra de WELCKER, publicada em 1813. Sintetiza, ainda, a evolução que teve o instituto a partir da antiguidade (RDA 168, pp. 11-17).
[6] De l'Esprit des Lois, Paris, 1748.
[7] Sobre a *função normativa* do Poder Executivo, vide FABRICIO MOTTA, *Função Normativa da Administração Pública*, Del Rey, 2007, pp. 143/144.
[8] O art. 205 da Constituição anterior, referindo-se ao *contencioso administrativo*, insinuava a possibilidade de o Executivo desempenhar função jurisdicional. Com a Carta vigente, entretanto, que baniu aquela norma, restou superada a discussão.
[9] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Contencioso Administrativo",* p. 23) admite que o Executivo exerça jurisdição *sem* definitividade. Ousamos discordar do ilustre professor. Para nós, o fato de existirem contendas na via administrativa suscetíveis de decisão não implica o exercício da função jurisdicional típica, esta sim, a única que produz a *res iudicata*.
[10] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Curso de Direito Administrativo",* p. 20).
[11] O conceito tem por base o firmado por ARICÊ MOACYR AMARAL SANTOS no precioso trabalho "Função Administrativa", no qual, aliás, detalha as opiniões de vários publicistas a respeito do tema (RDP nº 89, pp. 165-185).
[12] BITENCOURT NETO, Eurico, *Devido Procedimento Equitativo e Vinculação de Serviços Públicos Delegados no Brasil*, Fórum, 2009, p. 22.
[13] HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 60.
[14] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *"Curso",* p. 21.
[15] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *"Curso de Derecho Administrativo"*, Civitas Edic., Madri, vol. I, 10ª ed., 2000, p. 44.
[16] "Comentários à Constituição do Brasil", vol. I, p. 215.
[17] É o que também destaca GUILHERME PEÑA DE MORAES (*Curso de Direito Constitucional*, Lumen Juris, 2008, p. 319).
[18] MICHEL TEMER, *"Elementos de Direito Constitucional",* pp. 64-66. O autor aponta ainda elementos necessários à manutenção da federação: a rigidez constitucional e a existência de órgão incumbido do controle da constitucionalidade das leis.
[19] WILSON ACCIOLI, "Instituições de Direito Constitucional", p. 105.
[20] Daí se originaram outros postulados despóticos, como "*the king can do no wrong"*, do sistema inglês, ou *"le roi ne peut mal faire*", do sistema francês. A máxima superior do absolutismo se resumia na oração latina: *"quod principi placuit legis habet vigorem"* (*"o que agrada ao rei tem força de lei"*).
[21] Não nos deteremos no histórico pátrio e estrangeiro da disciplina, e isso porque refoge ao âmbito de nosso estudo. Sobre o tema, vide OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo,* Forense, 2ª ed., 1979, vol. I, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, 17ª ed., 2004.
[22]*Derecho Administrativo*, Bibl. Juríd. Aguilar, Madri, 1980, p. 40 (trad. 6ª ed. francesa por Juan Rincon Jurado).
[23] Na França, apontam-se as obras de DUCROCQ, BATBIE e GIANQUINTO; na Itália, são citados RANELLETTI, ZANOBINI e MEUCCI (vide *Direito Administrativo Brasileiro* cit., HELY LOPES MEIRELLES, 29ª ed., 2004, pp. 38-39).
[24] Como consigna SAYAGUÉS LASO, alguns conceitos mais se distinguem pela forma do que de fundo (*Tratado de Derecho Administrativo*, Montevidéu, 1974, vol. I, p. 21).

[25] MANUEL MARIA DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 2ª ed., 1980, Tomo I, p. 52.

[26] No mesmo sentido, ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, RT, 8ª ed., 2004, p. 42.

[27] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 79; DIÓGENES GASPARINI, *"Direito Administrativo",* p. 30.

[28] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos", pp. 62-66.

[29] Ambos os dispositivos (arts. 48, XI, e 61, § 1º, II, "e", da CF) referem-se a "Ministérios e órgãos da Administração Pública", o que traduz nítida impropriedade, já que os Ministérios não deixam de qualificar-se como grandes órgãos da Administração. Da forma como foram redigidos, podem insinuar a falsa impressão de que se cuida de institutos diversos.

[30] CARLOS ARI SUNDFELD, "Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos – limites da lei ao decreto regulamentar", RDP nº 97, p. 48, 1991).

[31] Em tal sentido, decidiu o STF na ADI 3178-AP, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 27.09.2006 (*Informativo STF* nº 442, set./2006). Também na ADI 3.751-SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 04.06.2007, foi declarada inconstitucional lei estadual paulista, de iniciativa parlamentar, que criava o CONSIP – Conselho das Instituições de Pesquisa (*Informativo STF* nº 470, jun./2007).

[32] Ob. e loc. cit.

[33] Resume CELSO ANTÔNIO a sua teoria: "Considerada a questão nestes termos, vê-se que a noção de ofício é suporte lógico da noção de agente. Tem primazia racional sobre ela. Isto, contudo, não impede que se tenha presente a seguinte realidade: há dois elementos, o feixe de atribuições e o agente, necessários à formação e expressão da vontade do Estado, contudo, ambos não formam uma unidade" (ob. cit., p. 65).

[34] Pet. 3.674-QO/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 04.10.2006 (*Informativo STF* nº 443, out./2006). Na hipótese, a Corte não conheceu de ação popular ajuizada contra o Conselho Nacional do Ministério Público, considerando tratar-se de órgão público, e não de pessoa jurídica, como o exige a lei processual.

[35] O STJ não reconheceu a capacidade processual de Câmara Municipal que litigava contra o INSS a respeito de contribuições previdenciárias sobre subsídios de seus membros (REsp 1.109.840-AL, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJ 17.06.2009). Também: REsp 1.164.017-PI, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 24.03.2010.

[36] TJ-BA, ApCív nº 24.417-7, 4ª CCív, Rel. Des. PAULO FURTADO, julg. 3/9/1997, *apud* ADCOAS 8157880. Na doutrina, vide HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança, Ação Popular...,* p. 5. Vide também *RDA* 81/309 e *RT* 339/370. Idem: TJ-GO (Duplo Grau nº 4.659-8, 3ª CCív, Rel. Des. CHARIFE OSCAR ABRÃO, julg. 21/8/1997, *apud ADCOAS* nº 8.156.413).

[37] TJ-RJ, MS 2008.004.00067, Rel. Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, publ. em 18.09.2008.

[38] STJ (REsp nº 241.637-BA, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, julg. em 17/2/2000, em *Jurisprudência STJ* nº 47, de fev./2000).

[39] É conhecida a classificação de HELY LOPES MEIRELLES (*"Direito Administrativo Brasileiro",* pp. 66-68) em órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos. Deixamos, porém, de adotá-la neste trabalho porque nos parecem imprecisos os critérios distintivos entre as categorias, *venia concessa* ao grande administrativista.

[40] São exemplos elucidativos de órgãos colegiados o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da CF) e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A da CF).

[41] Essas classificações variam segundo a visão do autor. Há quem apenas divida os órgãos, nesse aspecto, em singulares ou colegiados, retratando o que denominamos de órgãos de representação unitária ou de representação plúrima. V. HELY LOPES MEIRELLES (*"Direito Administrativo",*... pp. 69-70).

[42] *"Dicionário de Direito Administrativo",* p. 415. Por serem de aplicação ao Direito Administrativo, o autor considera-os *setoriais*, para distingui-los dos *gerais*.

[43] Para mais aprofundada análise da matéria, consulte-se PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito*

Constitucional, Malheiros, 9ª ed., 2000, pp. 256 e 265) e FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA (*Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Lumen Juris, 2002, pp. 39/45).

[44] SAYAGUÉS LASO, "Tratado de Derecho Administrativo", vol. I, p. 383: "La administración debe actuar ajustándose estrictamente a las reglas de derecho. Si transgrede ditas reglas, la actividad administrativa se vuelve ilícita y eventualmente apareja responsabilidad".

[45] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *RDP* nº 90, pp. 57-58.

[46] "Direito Administrativo Brasileiro", p. 83.

[47] CALDAS AULETE, "Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa", vol. III, p. 2.667.

[48] "Princípios de Direito Administrativo", p. 21.

[49] Em artigo sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que "liberdade legal" no Direito Administrativo é mero instrumento para que a Administração, em situações concretas, possa adotar a providência adequada, nunca, porém, com dispensa do fim previsto na lei (*RDA* nº 172, p. 18).

[50] JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Direito Constitucional Positivo", p. 562) dá sentido diverso ao princípio. Entende o grande publicista que este significa "que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário".

[51] A respeito do tema, veja-se o trabalho de SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, *"A ética do serviço público" in RDA* 220, pp. 183-194, 2000.

[52] É a correta observação de REINALDO MOREIRA BRUNO, em seu *Direito Administrativo Didático*, Del Rey, 2ª ed., 2008, p. 62.

[53] No mesmo sentido, o excelente trabalho de JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, *"A Moralidade Administrativa – História de um Conceito"*, *in* RDA 230/291, ano 2002, concluindo pela inexistência de moralidade autônoma, como pregam alguns estudiosos.

[54] Advirta-se que a Lei nº 8.429/92 regulamenta o art. 37, § 4º, CF, no qual se estabelecem sanções para a improbidade administrativa: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

[55] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em trabalho sobre o princípio da moralidade, sustenta que permanece a dúplice exigência da invalidade e lesividade e que *"o ato inválido tem de produzir, com seu objeto, um resultado danoso" ("A moralidade na principiologia da atuação governamental", RDA* 220, p. 237, 2000). Parece-nos, contudo, que, sob esse aspecto, a só circunstância de o ato ser inválido já provoca inafastável *lesão*, e, por conseguinte, *dano* aos bens tutelados pelo dispositivo constitucional. Nesta circunstância, a lesão não possui qualquer conotação com o sentido *patrimonial.*

[56] Art. 25, inc. IV, "b". Sobre o assunto, vide o nosso *"Ação Civil Pública – Comentários por Artigo",* Ed. Lumen Juris (RJ), 7ª ed., 2009, pp. 80-81.

[57] Endossamos aqui as palavras de MÁRCIA NOLL BARBOZA, para quem o princípio da moralidade "se coloca, em nosso sistema, como um superprincípio, que manifesta a substância do regime jurídico administrativo, iluminando-o e reforçando-o" (O Princípio da Moralidade Administrativa, Livr.Advog. Edit., 2002, p. 142).

[58] Resolução nº 7, de 18.10.2005, em regulamentação ao disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Const. Federal.

[59] Art. 3º da Resolução nº 7/2005. O dispositivo foi alterado pela Resolução nº 9, de 6.12.2005, para o fim de limitar a referida vedação à hipótese de contratações futuras, sendo obrigatória tal referência nos editais de licitação. Desse modo, ficaram preservadas as situações já existentes anteriormente.

[60] Linhas semelhantes às ora mencionadas foram também adotadas na Resolução CNMP nº 1, de 07.11.2005, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamentou o art. 130-A, § 2º, II, da CF. Dito ato foi alterado pelas Resoluções nºs 07/2006, 21/2007 e 37/2009, esta última para adequação à Súmula Vinculante nº 13 do STF.

[61] ADC 12-MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 16.2.2006, sendo Requerente a AMB – Associação dos Magistrados do Brasil, merecedora de aplausos pela iniciativa (*Informativo STF* nº 416 – fev./2006).

[62]Súmula Vinculante nº 13 (DJ 29.08.2008).

[63] STF, Recl. 6650-MC—Agr./PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 16.10.2008 (*Informativo STF* 524,

out./2008).

[64] O STF, *a priori*, não considerou Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual como agente político, vedando sua nomeação feita pelo Governador do Estado, seu irmão (Rcl. 6702-AgR-MC/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 04.03.2009).

[65] A Lei nº 8.159, de 08.01.91, regulamenta o mandamento constitucional e reforça o princípio da publicidade, ao garantir o mesmo direito em relação a documentos de arquivos públicos. Demais disso, a Lei nº 11.111, de 5.5.2005 (na qual foi convertida a MP nº 228, de 9.12.2004) regulamentou a parte final do art. 5º, XXXIII, da Constituição, disciplinando a matéria de sigilo em relação a documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral. O Decreto nº 5.301, de 9.12.2004, regulamentou a citada MP.

[66] O STF, na ADI 2969-AM, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que previa taxa de segurança como forma dissimulada de remunerar o serviço de fornecimento de certidão (Rel. Min. CARLOS BRITTO; *Informativo* 461, mar./2007).

[67] ADInMC nº 2.472-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 13/3/2002, tendo por objeto a Lei Estadual nº 11.601/01, do Estado do Rio Grande do Sul (vide *"Informativo STF"* nº 260, março/ 2002). Vide ainda *Informativo* nº 342, mar./2004, indicando a confirmação, no mérito, de algumas decisões na medida cautelar.

[68] No mesmo sentido, WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, *Transparência Administrativa*, Saraiva, 2004, pp. 48-62.

[69] Vide STF, RE 191.668-RS, 1ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 30.05.2008.

[70] IVAN BARBOSA RIGOLIN bradou a respeito: "A inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional foi a atitude mais ineficiente da vida dos autores da ideia, nos últimos trinta anos" (O Servidor Público nas Reformas Constitucionais, Edit.Fórum, 2003, p. 26).

[71] FERNANDA MARINELA, *Direito Administrativo*, Ed. Podivm, 2005, p. 41.

[72] É a correta observação de DANIELA MELLO COELHO, calcada em autores americanos modernos, como David Osborne e Peter Plastrik (*Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo*, Ed. Mandamentos, 2004, p. 132).

[73] Sobre a responsabilidade do Estado pela violação do princípio, vide ANDRÉ LUIZ NICOLITT, *A Duração Razoável do Processo*, Lumen Juris, 2006, pp. 113-115.

[74] Atendendo ao objetivo da EC 45, foi editada a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e institui o processo eletrônico, tema sem dúvida ligado ao princípio da eficiência.

[75] VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA, no excelente trabalho *"Eficiência administrativa na Constituição Federal", in RDA* 220, p. 175, 2000.

[76] VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *"A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança"* (RDA nº 252, ano 2009, pp. 119/140).

[77] É a correta observação de CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO, *"Interesse Público: um conceito jurídico determinável"*, em *Supremacia do Interesse Público*, ob. colet., Atlas, 2010, p. 115.

[78] *Interesses Públicos v. Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Lumen Juris, 2005, vários autores (coord.por Daniel Sarmento). Além do coordenador, adotam tal posição, entre outros, Alexandre Santos de Aragão e Humberto Ávila.

[79] Perfilham a corrente da aplicabilidade do princípio, entre outros, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, pp. 82-83), CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Dir. Admin.* cit., 20ª ed., 2006, pp. 58-61) e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 7ª ed., 2004, pp. 66-67).

[80] Vale a pena examinar o belo trabalho crítico de ALICE GONZALEZ BORGES, "*Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?"*, em RDE nº 3, 2006, pp. 137-153.

[81] ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo,* Edit. Daniel Martins, 4ª ed., Montevidéu, 1974, v. I, p. 18.

[82] Nosso trabalho "*Interesse Público: Verdades e Sofismas"*, em *Supremacia do Interesse Público*, ob. colet., Atlas,

2010, p. 82.

[83] LANDI e POTENZA, "Manuale di Diritto Amministrativo", p. 588.

[84] Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

[85] Nesse sentido, o substancioso parecer de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *in RDA* nº 175, pp. 152-157.

[86] Vide a propósito os comentários sobre o princípio da eficiência feitos anteriormente neste Capítulo.

[87] Hoje encontramos o princípio da continuidade no próprio direito positivo, como se vê no art. 22 da Lei nº 8.078, de 11/9/1990 (Cód. do Consumidor): *"Os órgão públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguro e, quanto aos essenciais, contínuos"*.

[88] Examinaremos esses aspectos específicos com maior minúcia no capítulo destinado aos serviços públicos (Capítulo VII).

[89] RAFAEL VALIM, *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 2010, pp. 91 e 104.

[90] Sobre o tema, vide o excelente trabalho de ALMIRO DO COUTO E SILVA, "O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)", publicado na RDA nº 237, pp. 271-315 (2004).

[91] A correta observação é de ALMIRO DO COUTO E SILVA, trab. cit., p. 287. O autor cita, inclusive, a hipótese de pessoas que concluíram curso superior, mesmo havendo irregularidades em seus currículos, e que tiveram seus diplomas validados. São citados, inclusive, várias decisões judiciais em idêntico sentido.

[92] RE 466.546-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 14.2.2006 (vide *Informativo STF* nº 416, fev./2006).

[93] STF, MS 26393 e 26404, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 29.10.2004.

[94] RE nº 422.941-DF, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 6.12.2005 (*Informativo STF* nº 412, dez./2005).

[95] Arts. 27 e 11, respectivamente.

[96] A respeito do tema, veja-se o excelente trabalho de PATRICIA BAPTISTA, "A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública – A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa", em RDE nº 3, 2006, pp. 155-181.

[97] VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *O Princípio da Proteção da Confiança*, Impetus (RJ), 2009, p. 244.

[98] Pode denominar-se também de *"princípio da prevenção",* malgrado a resistência de alguns com relação a essa equivalência.

[99] Esses são os elementos que constam no Princípio nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro na ECO/92.

[100] PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros, 5ª ed., 1995, p. 444.

[101] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*"Direito Administrativo",* p. 68); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO *(Curso)*; LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Curso de Direito Administrativo",* p. 46). Também: DANIEL ANDRÉ FERNANDES, *Os Princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa*, Lumen Juris, 2003.

[102] LUCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. e loc. cit.

[103] "Curso de Direito Administrativo", p. 55 (grifos do autor).

[104] Acerca do assunto, vide FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, em *"Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade"*, Ed. Lumen Juris, 2003, pp. 121-152.

[105] No caso, o art. 91-A da Lei nº 9.504/97, com a redação da Lei nº 12.034/2009, pelo qual se exigia, ao momento da votação, a apresentação tanto do documento de identificação com foto, quanto do título de

eleitor – exigência considerada desmedida e irrazoável (ADI 4467, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 30.09.2010).

[106] ADI 1.158, Rel. Min. CELSO DE MELLO. No caso, lei do Estado do Amazonas concedia aos servidores aposentados a gratificação de férias de um terço da remuneração mensal prevista no art. 7º, XVII, da Constituição.

[107] Ver a excelente obra de GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, *"Controle Jurisdicional da Administração Pública",* pp. 76-79. Segundo a autora, até mesmo os Tribunais supranacionais, como é o caso do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, adotaram o princípio da proporcionalidade.

[108] WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *"Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional"*, *in Ensaios de Teoria Constitucional,* Fortaleza: UFC, 1989, *apud* GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (ob. cit., p. 79).

[109] É o preciso ensinamento do ilustre tributarista RICARDO AZIZ CRETTON, em sua excelente obra *"Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário"* (Ed. Lumen Juris, RJ, 2001, p. 75; grifos do autor).

[110] MANUEL MARIA DIEZ, "Manual de Derecho Administrativo", p. 41 (tomo I). Ensina o autor: "Son (las potestades) irrenunciables. Puede ocurrir que el titular las ejercite o no, pero su pérdida no depende de su voluntad".

[111] "Direito Administrativo Brasileiro", pp. 82-83.

[112] É o caso, v.g., de projetos de obras públicas, como hidrelétricas, reformas de estradas, construção de estabelecimentos de ensino ou hospitalares, todos componentes de políticas de administração, sem prazo certo para implementação.

[113] É o caso do art. 49, da Lei nº 9.784/99 (processo administrativo federal), que assina à Administração o prazo de até trinta dias para proferir decisão, após concluída a instrução do processo administrativo.

[114] Para exemplificar, é a hipótese em que a lei assina prazo certo para cumprimento de determinada obrigação por parte do administrador, como ocorre, às vezes, na fixação de prazo para que a autoridade decida pedido formulado pelo administrado.

[115] Sobre omissão do administrador, vide também Capítulo IV, no tópico referente ao silêncio administrativo.

[116] Remetemos o leitor ao Capítulo XV, no tópico referente ao controle judicial da Administração.

[117] A Lei nº 8.429, de 2/6/92, que regula os casos de improbidade administrativa, considera como tal o fato de o servidor "*retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício"* (art. 11, II).

[118] Idêntica opinião tem CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*"Curso de Direito Administrativo"*, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 379).

[119] JEAN RIVERO, "Droit Administratif", p. 247. Sobre o vício de competência, assim se pronuncia o autor: "De todas as formas de ilegalidade, é a mais grave: os agentes públicos não dispõem do poder sobre a base e nos limites dos textos que fixam as suas atribuições".

[120] "Manuel de Droit Administratif", p. 89.

[121] Sobre a matéria, vale a pena consultar a excelente monografia de MARIA CUERVO SILVA E VAZ CERQUINHO, *"O Desvio de Poder no Ato Administrativo",* Ed. RT (SP), 1979.

[122] "O Desvio de Poder", *in RDA* 172/9.

[123] "Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder", p. 106.

[124] Arts. 103-B, § 4º, III e IV, e 130-A, § 2º, II e III, CF, com a redação da citada EC 45/2004.

[125] Essa relação de gênero e espécie é bem destacada por SEABRA FAGUNDES (*"O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário",* p. 269).

[126] OTHON SIDOU, *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*, Forense, 1977, p. 248. No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 59).

[127] Ob. cit., p. 269 (grifos do original).

[128] HELY LOPES MEIRELLES (*"Direito Administrativo Brasileiro",* p. 94); CRETELLA JUNIOR (*"Curso de Direito Administrativo",* p. 321); SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Direito Administrativo Didático",* p. 101); BUENO VIDIGAL ("Mandado de Segurança", *RF* 139/43), dentre outros.

[129] RITA TOURINHO, *Discricionariedade Administrativa*, Juruá, 2ª ed., 2009, p. 127.
[130] Nesse exato sentido, vide STJ, RMS nº 211, 1ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJ 09.10.90.
[131] JUAREZ FREITAS, Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, Malheiros, 2007, pp. 20/21.
[132] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO erige à condição de princípio a *razoabilidade* como elemento de limitação à discricionariedade administrativa, vinculando-a efetivamente ao aspecto teleológico da norma legal (*"Legitimidade e Discricionariedade",* p. 38). No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., pp. 68-69).
[133] Com o mesmo pensamento, CÁSSIO CAVALLI, no trabalho "*O Controle da Discricionariedade Administrativa e a Discricionariedade Técnica"* (RDA nº 251, 2009, pp. 61/76).
[134] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro* cit., pp. 96-97.
[135] Com o mesmo pensamento, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., p. 70. DIÓGENES GASPARINI também não se refere à atividade vinculada como poder administrativo (*Direito Administrativo* cit., pp. 108-121).
[136] Sobre o tema, vide LUIS MANUEL FONSECA PIRES, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*, Campus-Elsevier, 2008.
[137] Esta é a opinião também de ALEXANDRE C. DE ASSIS ("Excesso de Poder e Discricionariedade: Controle Judicial"), *in RDP* 92/147, que ressalta o reconhecimento de liberdade discricionária para a eleição de certos critérios à vista de variadas soluções. Ao final, remata: *"Neste espaço, é livre a Administração para buscar a satisfação da finalidade pública que a lei em questão reclama"*.
[138] Vide o que dissemos neste Capítulo, no tópico concernente ao *poder-dever de agir*.
[139] Um desses aspectos sensíveis é o das pretensões de cumprimento de obrigação de fazer em face do Poder Público. Examinamos o tema em nosso trabalho "*Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas"* (*Políticas Públicas. Possibilidade de Limites,* obra colet., Fórum, 2008, pp. 107/126).
[140] Vale a pena atentar para o excelente estudo de LEONARDO DE ARAÚJO FERRAZ, *Da Teoria à Crítica. Princípio da Proporcionalidade*, Dictum, 2009, pp. 172/4.
[141] RMS nº 11.050-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 22/2/2000 (*Informativo Jurisprudência do STJ,* nº 48, fev./2000).
[142] Num dos mais profundos trabalhos do direito pátrio sobre controle jurisdicional da atividade administrativa, v. GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, que, com base em estudos de HARTMUT MAURER, JAVIER BERNES (proporcionalidade), JOHN BELL e TOMÁS-RAMON FERNANDEZ (razoabilidade), indica, com detalhes, a construção teórica sobre o controle da atividade não vinculada do Estado em face dos aludidos princípios (*"Controle"* cit., pp. 75-83).
[143] As palavras são do jurista português SÉRVULO CORREIA, *apud* GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, ob. cit., p. 57.
[144] GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, ob. cit., p. 39.
[145] Entre os estudiosos do tema, há aqueles que entendem que não há processo de escolha nos conceitos jurídicos indeterminados. *Concessa venia*, não parece verdadeiro o entendimento, porque, por mais que o intérprete se esforce em delimitar a área de aplicação de tais conceitos, sempre restará uma *zona de incerteza* que lhes é imanente pela própria razão de ser *indeterminado* o conceito legal.
[146] Para maior aprofundamento do tema, remetemos a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra específica *"Discricionariedade e Controle Judicial"* (Ed. Malheiros, 2ª ed., 2001).
[147] Com razão, pois, IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, Atlas, 2006, p. 165.
[148] Explica AUGUSTO HENRIQUE WERNECK MARTINS que *a ideia de 'poder regulamentar' está intrinsecamente ligada à aparição histórica do Estado Liberal*, de modo que a separação de Poderes acabou por reconhecer ao Executivo a capacidade de editar normas jurídicas ("Reflexões acerca do Poder Regulamentar – Propostas à Constituinte", *in RDPGERJ* 40/45).
[149] FABRÍCIO MOTTA, *Função Normativa da Administração Pública*, Del Rey, 2007, pp. 133-135.
[150] Idêntica expressão foi mencionada no art. 130-A, § 2º, I, da CF (também introduzido pela E.C. 45/2004),

relativamente às competências do Conselho Nacional do Ministério Público.

[151] Art. 87, parágrafo único, inc. II, da CF. Sobre a aptidão de regulamentar atribuída a autarquias reguladoras, consulte-se o trabalho de PEDRO DUTRA, *"O poder regulamentar dos órgãos reguladores", in RDA* 211, pp. 239-256, ano 2000.

[152] Exemplo interessante está na Lei nº 9.096, de 19/9/1995, que dispõe sobre partidos políticos. Dita o art. 61 da lei: *O Tribunal Superior Eleitoral expedirá* instruções *para a fiel execução desta Lei.* Apesar da competência do TSE, é fácil constatar que se cuida aqui da mesma função regulamentar de primeiro grau exercida pelo Presidente da República por decretos e regulamentos *ex vi* do art. 84 da CF.

[153] JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *"Administração Pública Centralizada e Descentralizada"*, Ed. América Jurídica, RJ, 2001, p. 231.

[154] É o pensamento de JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA (ob. cit., p. 233). A despeito da distinção entre os modelos, parece-nos não existir erronia no emprego da expressão *poder regulamentar* para ambos. É que tanto num como noutro caso o órgão administrativo está complementando a lei e possibilitando a sua execução, o que, em última instância, se configura como objeto do poder regulamentar.

[155] Art. 2º da Lei nº 9.427, de 26/12/96, e art. 19 da Lei nº 9.472, de 16/7/97, respectivamente.

[156] STJ, REsp nº 3.667-SC, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJ 10/09/1990.

[157] Com razão, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA sustenta que, com menor intensidade, os regulamentos também criam o Direito (A Constitucionalização do Direito Administrativo. O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras, Lúmen Júris, 2009, pp. 63/64).

[158] Em hipótese na qual mero decreto fixava a exigência de garantia de instância como condição de recebimento de recurso, inexistente na lei, foi proferida pelo TRF da 1ª Reg. decisão segundo a qual tal exigência *não pode ser instituída por decreto, a teor da norma do art. 5º, II, da Constituição, mesmo porque a norma regulamentadora não pode extrapolar os limites impostos pela lei, que não contém semelhante formalidade* (ApCív em MS nº 92.01.19152-9-PA, 3ª Turma, unân., Rel. Juiz FERNANDO GONÇALVES, publ. em 1/4/1994, *apud* COAD 65976).

[159] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com fundamento em PONTES DE MIRANDA ("*Poder Regulamentar ante o Princípio da Legalidade"*, RTDP nº 4, pp. 75 e segs., 1993).

[160] STF, ADIN nº 996-6-DF, Pleno, unân., Rel. Min. CELSO DE MELLO, publ. DJ de 6/5/1994. No mesmo sentido, ADIN 2.006-DF, Pleno, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 1/7/1999 (*in Informativo STF* nº 155, publ. DJ de 4/8/1999).

[161] Essa é a orientação firmada pelo STF, que já decidiu: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Objeto – Decreto. Uma vez ganhando contornos de verdadeiro ato autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN nº 1.396-3, Plenário, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, in Informativo STF nº 117/98). Na decisão, o eminente Relator cita decisão precedente com a mesma posição: ADIN nº 1.590-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. no DJ de 15/8/1997.

[162] Sobre o tema, vide ANDRÉ RAMOS TAVARES, em *"Tratado da Arguição de Preceito Fundamental"*, Saraiva, 2001, p. 201. O autor lembra que a Constituição portuguesa prevê o controle concentrado também para casos de ilegalidade.

[163] Para maior detalhamento, vide Cap. XV, item V, no tópico relativo ao mandado de injunção.

[164] Com o mesmo entendimento, DIÓGENES GASPARINI, *Poder Regulamentar*, RT, 2ª ed., 1982, p. 61. Caso concreto foi decidido, com a adoção dessa linha, pelo TRF da 1ª Reg., na ApCív nº 96.01.52554-8, 2ª Turma, Juíza ASSUSETE MAGALHÃES, DJ de 9/10/1997 (Vide ementa no tópico de Jurisprudência).

[165] É a perfeita lição de HELY LOPES MEIRELLES a respeito ("*Direito Administrativo Brasileiro"*, pp. 112-113).

[166] Distinguem-se os regulamentos autônomos dos regulamentos delegados, adotados em alguns sistemas, como o francês, em que a própria Constituição permite que o Legislativo delegue ao Executivo a disciplina de matérias reservadas à lei. Tais atos não têm agasalho em nosso sistema.

[167] HELY LOPES MEIRELLES, *"Dir. Adm. Brasileiro",* p. 112; SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA,

"Direito Administrativo Didático", p. 62; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *"Curso de Direito Administrativo",* p. 121.

[168] CRETELLA JR., *"Curso de Dir. Administrativo",* p. 270; DIÓGENES GASPARINI, *"Direito Administrativo",* p. 113; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *"Direito Administrativo",* p. 71; CELSO RIBEIRO BASTOS, *"Curso de Direito Constitucional",* p. 336.

[169] Art. 81, V.

[170] Art. 84, VI.

[171] É como pensa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 104, conquanto entenda o restabelecimento ocorreu "*de forma muito limitada*".

[172] MARÇAL JUSTEN FILHO adotou o mesmo entendimento, considerando que a EC 32/1001 não restabeleceu o regulamento autônomo no Brasil (*Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 2005, pp. 150-151).

[173] Os especialistas observam que o dispositivo nada acrescenta ao direito comum, que já continha regras repressivas para enfrentar a improbidade administrativa (v. CELSO RIBEIRO BASTOS, *"Comentários à Constituição do Brasil",* vol. III, tomo III, p. 163; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *"Comentários à Constituição Brasileira de 1988",* p. 259). A inovação, porém, consistiu em inserir a infração e as sanções em dispositivo constitucional específico.

[174] Vide nossos comentários sobre a ação de improbidade no Cap. XV, em tópico próprio dentro do estudo sobre o controle judicial da Administração. Vide também, entre outros, EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, *Improbidade Administrativa*, Lumen Juris, 2ª ed., 2004; MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *O Limite da Improbidade Administrativa*, Ed. América Juríd., 2005; MARINO PAZZAGLINI FILHO, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, Atlas, 2002, e WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, *Probidade Administrativa*, Saraiva, 2001.

[175] Vide arts. 14 a 18.

[176] A Lei nº 8.429/92 revogou expressamente as Leis nos 3.164, de 1/7/1957, e 3.502, de 21/12/1958, que dispunham sobre a matéria. Por outro lado, a Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que regula os *consórcios públicos*, acrescentou os incisos XIV e XV ao art. 10 da Lei nº 8.429/92, considerando improbidade condutas que inobservem a legislação específica da matéria no caso da celebração de contratos para a execução de serviços públicos e de contratos de rateio. Sobre a matéria, remetemos o leitor ao Capítulo V.

[177] Ver arts. 116 e 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/1990, estatuto funcional da União, autarquias e fundações públicas federais.

[178] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO lembra, com oportunidade, que o papel do Legislativo nunca se resumiu à função legiferante, mas, ao revés, caracteriza-se ele como o poder financeiro, ao qual, desde a era medieval, tem incumbido as funções de autorizar tributos, consentir em gastos públicos e tomar contas dos administradores (*"Curso de Direito Constitucional",* p. 138).

[179] Essa abrangência tem previsão legal. Vide Lei nº 6.223, de 14/7/1975, alterada pela Lei nº 6.525, de 11/4/1978. O processo de fiscalização pela Câmara e Senado se inscreve na Lei nº 7.295, de 19/12/1984.

[180] MANUEL MARIA DIEZ, *"Manual",* cit., vol. I, p. 28.

[181] O Decreto-lei nº 200, de 25/2/1967 (Reforma Administrativa Federal), alinhou 5 princípios fundamentais (art. 6º): planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Todos eles, de uma forma ou de outra, buscam perseguir maior eficiência na atividade administrativa.

[182] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Admin. Brasileiro* cit., pp. 105/108, e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Dir. Admin. Didático* cit., p. 132.

[183] É como parece considerar DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., p. 38.

[184] É claro que tal dever não obriga o agente de nível inferior a cumprir ordens manifestamente ilegais, aferíveis pelo indivíduo mediano. Essa, aliás, a posição adotada pelo CP, de cujo art. 22 se extrai, *a contrario sensu,* a interpretação de que, se a ordem do superior é manifestamente ilegal, pelo fato responde não só o autor da ordem como aquele que a cumpriu.

[185] "Dicionário de Direito Administrativo", p. 172.

[186] Vide arts. 11 e 12, parágrafo único, do Decreto-lei nº 200/67. Registre-se, ainda, o fato de que a Constituição previu a delegação como possível de ser direcionada do Presidente da República para os Ministros (art. 84, parágrafo único).

[187] MARCELO CAETANO, "Manual de Direito Administrativo", tomo I, p. 246.

[188] Por esse motivo é que está absolutamente adequada a norma que trata da avocação na Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo federal. Dispõe o art. 15: *Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.*

[189] "Curso de Direito Processual Civil", vol. I, p. 216.

[190] Reza, ainda, tal mandamento que, julgada procedente a reclamação, o efeito será a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial, determinando-se que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

[191] Registre-se, por oportuno, que as súmulas do STF já existentes antes da reforma constitucional somente se qualificarão como vinculantes depois de sua confirmação por dois terços dos integrantes do mesmo Tribunal e de sua publicação da imprensa oficial (art. 8º, EC 45/2004).

[192] Mesmo quando cometem um dos crimes contra a própria Administração (arts. 312 a 326 do CP), os servidores públicos são tidos como indivíduos comuns que infringem a norma penal. Concomitantemente, porém, estarão infringindo também uma norma administrativa e, aqui sim, a apenação tem caráter tipicamente funcional.

[193] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 105.

[194] Foi o que decidiu o STJ no MS 7.966-DF, 3ª Seção, Rel. Min. GILSON DIPP, julg. em 8/10/2003 ("*Informativo Jurisprudência do STJ"* nº 187, out./2003).

[195] STJ, MS 12.927-DF, 3ª Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 12.12.2007 (*Informativo STJ* nº 342, dez/2007).

[196] NAGIB SLAIBI FILHO lembra oportunamente que o devido processo legal exige a participação igualitária do Estado nas relações com os indivíduos e corresponde a "um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo" (*Anotações à Constituição de 1988,* Forense, 1989, p. 209).

[197] *"Curso de Derecho Administrativo",* p. 174. Eis o que define o autor sobre a qualificação do *administrado*: "Toda persona privada – física o jurídica – susceptible de ser vinculada por los actos – normativos o no – de la Administración recibe el nombre de *administrado*".

[198] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso",* p. 8.

[199] Sobre o poder de polícia, vale a pena ver a bem elaborada obra de JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *"Repensando o Poder de Polícia",* Ed. Lumen Juris, RJ, 2000.

[200] *Idem,* p. 349.

[201] "On entend par police administrative l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société" ("Droit Administratif", p. 412).

[202] CARLOS ARI SUNDFELD propõe o abandono da noção de poder de polícia e polícia administrativa e sua substituição pela ideia de *administração ordenadora*, que define como sendo a função administrativa exercida através do uso do poder de autoridade para a organização da vida privada (*"Direito Administrativo Ordenador"*, Ed. Malheiros, 1997, pp. 15-21). Contudo, além de a noção ter quase a mesma fisionomia jurídica, difícil seria substituir aquelas expressões, já consagradas no direito clássico. Ademais, o poder de polícia é referido em sede constitucional (art. 145, II, CF).

[203] A distinção, oportuna, aliás, é de JOSÉ ARTHUR DINIZ BORGES (*"Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional"*, Lumen Juris, RJ, 2002, p. 127).

[204] "Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", p. 339.

[205] Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28/12/1966.

[206] O IBAMA criou preço por meio de portaria, embora a hipótese espelhasse pagamento pelo exercício do poder de polícia. O STF deferiu medida liminar para suspender a eficácia da portaria, ante a

plausibilidade jurídica da tese mediante a qual a hipótese seria de taxa a ser criada por lei (ADINMC nº 2.247-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 13/2/2000; vide *Informativo STF* nº 202, de set./2000).

[207] Também: STF RE 588.322-RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 16.06.2010.

[208] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 109.

[209] O Estado do Rio de Janeiro fez editar a Lei nº 2.895, de 20/3/1998, em que, absurda e insensivelmente, previa a autorização e disciplina relativas a competições entre "galos combatentes", bem como o poder de polícia sobre tal atividade. O STF, entendendo ofensa ao meio ambiente (art. 225, § 1º, VII, da CF) por tratamento cruel a animais, suspendeu cautelarmente a eficácia da lei, considerando-a, *a priori*, inconstitucional (ADIN nº 1.856-RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO; vide *Informativo STF* nº 203, de set./2000).

[210] Súmula nº 19, do STJ

[211] Súmula nº 645, do STF.

[212] STF, ADI 3.895-SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 29.09.2008.

[213] O STF considerou competente o Município para impor a bancos a obrigação de instalar sistema de portas eletrônicas com detector de metais e travamento e de vidros à prova de balas, por vislumbrar assunto de interesse local – segurança dos usuários (art. 30, I, CF) (RE 240.406-RS, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 25/11/2003; *"Informativo STF"* nº 332, nov./2003). Também: STJ, RMS 25.988-RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 11.05.2009. A decisão do STF reformou acórdão do TJ-RS – *concessa venia,* com melhor pensamento, a nosso ver –, para o qual a competência restritiva de polícia no caso seria da União, já que a esta cabe legislar sobre questões ligadas ao sistema financeiro nacional.

[214] No mesmo sentido, o parecer do ilustre Procurador do Estado do RJ, Dr. EUGÊNIO NORONHA LOPES, a respeito da FEEMA, fundação estadual, invocando Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva, Cid Tomanik Pompeu e Paulo Afonso Leme Machado (vide Rev.Dir. da PGE-RJ nº 39, pp. 281/7, 1987).

[215] Por falta da previsão em lei formal é que o STJ, por sua 2ª Turma, Relator o Min. Ilmar Galvão, no REsp nº 3.745-RJ, considerou ilegal multa aplicada por entidade paraestatal, ressaltando o acórdão: "Só a lei pode fixar os condicionantes do exercício da liberdade e da propriedade" (*in BDM,* março/91, p. 202).

[216] Um exemplo é a Fundação Depto.Estradas Rodagens do RJ (DER/RJ), fundação estadual de direito privado, que exerce poder de polícia fiscalizatório (Lei RJ 1.695/90 e Decr. 15.330/90).

[217] Nesse sentido, TACív-RJ, Ap.Civ. 3.012, Rel. Des. MAURÍCIO GONÇALVES DE OLIVEIRA, reg.em 13.09.94 (no caso, tratava-se da COMLURB, sociedade de economia mista vinculada ao Município do R.Janeiro destinada à coleta de lixo urbano). *Contra:* STJ, REsp 817.534-MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 10.11.2009 (cuidava-se da BHTrans, sociedade de economia mista vinculada ao Município de B.Horizonte, voltada ao controle do trânsito).

[218] Anote-se, porém, que a Lei Complementar-RJ nº 100, de 15.10.2009, transformou a corporação em *autarquia,* dotada, portanto, de personalidade jurídica de direito público.

[219] TJ-RJ, Ap.Cív. 46.337/05, 13ª Câm.Cív., Rel. Des. ADEMIR PAULO PIMENTEL, em 11.10.2006.

[220] " Art. 280, § 4º. O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência" (grifamos).

[221] Vide TJ-RJ, MS 9074, Des. GILBERTO MOREIRA, em 12.03.2010, e Ap.Civ. 36729, Des. OTÁVIO RODRIGUES, em 03.02.2010.

[222] O STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 9.469/98, que previa a delegação a entidades privadas do poder de fiscalização de profissões regulamentadas, fundando-se a decisão na indelegabilidade do poder de polícia (ADI 1.717-DF, Rel. Min. NELSON JOBIM, publ. 28.03.2003).

[223] A respeito, vide o excelente trabalho de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, "*Estatais com poder de polícia: por que não?"*, publ. na RDA nº 252, ano 2009, pp. 98/118.

[224] No RESp 759.759, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, a 2ª Turma do STJ (DJ 18.09.2006) confirmou, de forma absolutamente acertada, a licitude dos chamados "*pardais eletrônicos"*, fundando-se no fato de que o art. 280, § 2º, da Lei nº 9.503/97 (Cód.Trâns.Brasileiro), admite que a infração também possa ser

comprovada por tais equipamentos, quando inviável for a presença do agente de trânsito.

[225] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO ("Direito Administrativo", p. 90). A autora traz pensamento de ÁLVARO LAZZARINI (RJTJSP, 98/20), segundo o qual 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.

[226] CRETELLA JR., a respeito, assevera: "Embora não seja denominação corrente nos autores especializados, denominamos *polícia mista* ao organismo estatal que acumula ou exerce, sucessiva ou simultaneamente, as duas funções, a *preventiva* e a *repressiva*, como é o caso da polícia brasileira em que o *mesmo agente* previne e reprime" (*in RDA* 162/17, *"Polícia e Poder de Polícia"*).

[227] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso",* p. 353.

[228] *"Poder de Polícia e Polícia do Poder", in RDA* 162/4. Explica o grande jurista que a expressão *police power* ingressou pela primeira vez na terminologia legal do julgamento pela Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso Brown *versus* Maryland, com o sentido de limite ao direito de propriedade visando adequá-lo a interesses da comunidade.

[229] JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, ob. cit., p. 15.

[230] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA denomina tais manifestações como atos de realização ou concretização do Direito (ob. cit., p. 252).

[231] Abstraímo-nos da discussão sobre se podem existir atos de polícia que configuram obrigações de fazer ou se as ordens são apenas para não fazer *(non facere)*. No 1º caso, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 122) e, no 2º, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 355). Preferimos, antes, realçar o caráter impositivo dos atos de polícia, intitulando de *determinações* as imposições estatais.

[232] Vale a pena antecipar um importante aspecto da diferença entre esses atos, realçada, aliás, por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Curso",* p. 341). "No caso da licença, há um direito preexistente à atividade ou ao uso do bem. No caso da autorização, não há qualquer direito preexistente à atividade privada ou ao uso do bem: há meras expectativas a considerar".

[233] Não é incomum verificar-se a confusão que se faz quanto ao sentido das licenças, autorizações e alvarás. A distinção, porém, é clara. A licença e a autorização são os atos administrativos em si, que afinal espelham a vontade da Administração em consentir que o indivíduo exerça certa atividade. Alvará, entretanto, é o documento, o
instrumento de formalização daqueles atos. Por isso é que corretas são as expressões "alvará de licença" e "alvará de autorização". Decorre daí que tecnicamente não há "revogação" ou "anulação" de "alvará"; o que se revoga ou anula é o ato de licença ou autorização.

[234] REsp nº 111.670-PE, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, julg. em 14/3/2000 (*Informativo STJ* nº 50, março/2000).

[235] TJ-RJ, Ap.Cív. 2009.49345, Rel. Des. JESSÉ TORRES, publ. em 13.10.2009.

[236] MARCELO CAETANO refere-se a uma vigilância geral, que se traduz *na observação constante da conduta dos indivíduos nos lugares públicos e de todas as atividades que destes decorrem*, e uma especial, esta traduzindo-se na fiscalização do desenrolar de certa atividade específica (jogos, festas); de locais onde é ela exercida (praças, bares etc.); ou na conduta de certas classes sociais (mendigos, menores etc.) (*"Princípios",* p. 352).

[237] REsp nº 111.670-PE, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, julg. em 14/3/2000 (*Informativo STJ* nº 50, março/2000).

[238] *"Curso",* p. 601.

[239] DIÓGENES GASPARINI, *"Direito Administrativo",* p. 118.

[240] Vide HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 120) e CELSO ANTÔNIO B. DE MELLO (ob. cit., p. 360), com opiniões diametralmente opostas.

[241] ApCív nº 8.900/96-Nova Iguaçu, 6ª CCív, unân., Rel. Juiz LUIZ FUX, reg. em 23/5/1997 (*apud ADCOAS* 8157016).

[242] CAIO TÁCITO, a respeito, indaga: Se a administração pública, em defesa do interesse geral, policia os abusos dos particulares e das empresas, quem policiará os excessos do poder? ("Poder de Polícia e

Polícia do Poder", in RDA 162/6).

[243] Em virtude do não atendimento por Prefeito da determinação de transferir autorização de funcionamento de *trailer* comercial para outro local, juiz trabalhista solicitou ao Estado a intervenção do Município, sendo informado que era impossível a adoção de tal medida em razão de se tratar de assunto da competência privativa municipal, da alçada do Executivo (vide Parecer nº 21/87, do ilustre Procurador do Estado, Dr. SABINO LAMEGO DE CAMARGO, *in* Rev. Dir. da PGE-RJ nº 40, pp. 246-248, 1988).

[244] DEBBASCH, "Droit Administratif", p. 260.

[245] TJ-SP (ApCív nº 165.088-1, 4ª CCív, unân., Rel. Des. ALVES BRAGA, julg. em 19/3/1992).

[246] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aponta três hipóteses em que se torna possível a autoexecutoriedade: 1ª) quando a lei autoriza; 2ª) quando for urgente a providência administrativa; e 3ª) quando não houver outra via idônea para resguardar o interesse público ameaçado ou ofendido (*"Curso",* p. 366).

[247] TJ-RJ, Duplo Grau Obrig.Jurisd. nº 311/98, 9ª Câm.Cív., Rel. Des. MARCUS TULLIUS ALVES, publ. DO 17.11.98. Considerou-se presente excesso de poder, porque teria havido "*forma dissimulada de autoexecutoriedade de poder que não possui a autoridade impetrada*".

[248] A Lei nº 9.503/97 (Cód. Trâns. Brasileiro) dispõe no art. 262, § 2º: "A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica".

[249] No mesmo sentido, v. STJ, REsp 895.377-RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 11.09.2007 (*Informativo STJ* nº 330, set./2007). Também: STJ, REsp 941.659, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 26.06.2008 (que reformou decisão do TJ-RS) e REsp 1.088.532-RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 16.04.2009 (aqui o caso era de apreensão do veículo, como modalidade autônoma de sanção).

[250] Nesse exato sentido, STJ, REsp 1.104.775-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 24.06.2009.

[251] Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição nº 311/98, 9ª CCív, unân., Rel. Des. MARCUS TULLIUS ALVES, publ. DO 17/11/1998.

[252] O próprio Código Tributário Nacional admite, em seu art. 205, que lei possa exigir a prova da quitação de tributos, o que se formaliza através de certidões negativas expedidas pelas autoridades competentes.

[253] Foi como decidiu a 2ª Turma do STJ no REsp nº 765.740-RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 13.12.2005 (*Informativo STJ* nº 271, dez./2005).

[254] Art. 131, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.503, de 24.9.97 (Código de Trânsito Brasileiro). Veja-se o primeiro dos dispositivos: "§ 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados todos os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas".

[255] O Aviso nº 51/2006 (DO de 19.10.2006), do TJ-RJ, aprova, entre outros, o Enunciado nº 9, que, acertadamente, dispõe: "É lícito condicionar a vistoria de veículo automotor ao pagamento dos tributos, encargos e multas já vencidos, observados os verbetes 127 e 312 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (tais verbetes apenas exigem a notificação prévia antes da aplicação da multa).

[256] *"Curso",* p. 367.

[257] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 125) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 93).

[258] TJ/RJ, Ap.Civ., 3.594/97, Rel. Des. MARTINHO CAMPOS. No caso, a Administração deu prazo a estabelecimento comercial para providências contra incêndio e ao mesmo tempo o interditou, o que traduziu desproporção entre o meio e o fim a ser alcançado.

[259] Assim decidiu o STJ, no REsp 462.732-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 31.08.2009.

[260] STF (RE nº 153540-7-SP, 2ª Turma, unân., Rel. Min. MARCO AURÉLIO, publ. DJ de 15/9/1995, p. 29.519).

[261] REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, "Infrações e Sanções Administrativas", p. 26.

[262] A observação é de DANIEL FERREIRA, *Teoria Geral da Infração Administrativa*, Fórum, 2009, p. 231.

[263] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO classifica a sanção de polícia como *sanção externa*, em oposição à *sanção interna*, peculiar à relação funcional e aplicável a servidores públicos (*"Curso",* p. 342).

[264] O TRF – 1ª Região teve oportunidade de decidir, em processo no qual foi anulada portaria do IBAMA, que "portaria não é instrumento adequado a, originariamente, prescrever infrações e sanções administrativas, de modo que somente a lei, em sentido formal e material, pode descrever infração e impor penalidades" (ApCív 1997.01.009481-4-MG, 3ª Turma, Rel. Juiz CÂNDIDO RIBEIRO. Publ. no DJ de 14/5/1999).

[265] O Código de Trânsito Brasileiro, por exemplo, distingue *penalidades* (que, logicamente, é o mesmo que *sanções*), como a advertência, a multa, a suspensão do direito de dirigir etc. (art. 256, I a VII), de *medidas administrativas*, tais como a retenção e remoção do veículo, o recolhimento da carteira de habilitação, a realização de teste de dosagem de alcoolemia etc. (art. 269, I a X).

[266] A distinção também é adotada, corretamente em nosso entender, por FÁBIO MEDINA OSÓRIO (*"Direito Administrativo Sancionador"*, Ed. RT, 2000, pp. 80-82).

[267] Foi o que decidiu o TJ-RJ em hipótese na qual a Administração, sem a garantia do contraditório e ampla defesa, determinou a interdição de atividade mediante cassação do alvará de funcionamento (Duplo Grau de Jurisd. nº 108/97, 7ª CCív, Rel. Des. ASCLEPÍADES RODRIGUES, reg. em 3/11/1997).

[268] Nesse sentido, vale a pena consultar o trabalho de EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR, *"Sanções administrativas e princípios de direito penal"* (*RDA* vol. nº 219, pp. 127-151, 2000).

[269] Súmula nº 312, STJ.

[270] STJ, REsp 894.279-RS, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 06.02.2007 (*Informativo STJ* nº 309, fev./2007).

[271] Vide Súmula nº 434, STJ.

[272] Art. 1º, § 1º.

[273] Art. 2º, I a III. Observe-se, porém, que a lei também disciplinou os casos de suspensão do prazo prescricional. Segundo o art. 3º, suspende-se o prazo durante a vigência dos compromissos de cessação ou de desempenho previstos na Lei nº 8.884/94 (que dispõe sobre a repressão ao abuso do poder econômico e o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e do termo de compromisso previsto no art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385, de 7/12/1976, que dispõe sobre mercado de valores mobiliários (em relação a este último diploma, vide também Decreto nº 3.995, de 31.10.2001).

[274] Súmula 467, STJ (2010).

[275] É o que diz expressamente o art. 5º da lei.

[276] STJ, REsp 1.105.442, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, em 21.12.2009.

[277] "Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", p. 108.

[278] Ob. e loc. cit.

[279] CRETELLA JÚNIOR, "Curso de Direito Administrativo", p. 134.

[280] *"O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário",* p. 93. Assinala o autor, todavia, que às vezes o fato administrativo precede o ato: é o caso da apreensão de bens, em que o agente primeiro produz a operação material de apreender, e depois é que a descreve no auto de apreensão, este sim o ato administrativo.

[281] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Curso,* cit., pp. 172-3.

[282] É o caso de certos atos praticados por concessionários e permissionários de serviços públicos, quando regidos pelo direito público, fato bem assinalado por DIÓGENES GASPARINI (*"Direito Administrativo",* 1992, p. 66).

[283] Deixamos de mencionar a diferença entre "atos da Administração" e "atos de Administração", anotada por CRETELLA JR. É que esta última noção equivale à de "fatos administrativos", segundo o ensinamento do autor, noção já vista anteriormente (*"Curso",* p. 213).

[284] "Curso de Direito Civil", vol. I, p. 175.

[285] A teoria foi desenvolvida nas obras de ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, OERTMANN e RUGGIERO E MAROI, e aceita em alguns ordenamentos modernos.

[286] CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "*Instituições de Direito Civil*", Forense, 1º vol., 1961, pp. 335-340.

[287] SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, em "A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo" (RTDP, vol. nº 25, pp. 43-55).

[288] Alguns autores referem-se a conceito firmado com base em critério *subjetivo*, que leva em consideração o órgão de onde se origina a vontade. O critério, porém, com a devida vênia, não tem relevância, porque é indiscutível que o sujeito da vontade é a Administração Pública ou quem lhe faça as vezes. Daí termo-nos cingido ao critério *objetivo,* este sim significando a própria atividade administrativa.

[289] JOSÉ CRETELLA JR., *"Curso de Direito Administrativo"*, Ed. Forense, 1986, 8ª ed., p. 218; DIÓGENES GASPARINI, "*Direito Administrativo*", cit., p. 61.

[290] LÚCIA VALLE FIGUEIREDO aponta várias dessas prerrogativas especiais de direito público (*"Curso de Direito Administrativo*", Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 102).

[291] Apenas para sublinhar a diferença: os atos de diretora de escola municipal se qualificam como atos administrativos, em face do regime de direito público a que se submete o sujeito da vontade; os atos de diretor de escola mantida por entidade religiosa privada são, como regra, atos privados. Nessa última hipótese estão também os atos de agentes de entidades privadas quando preordenadas à assistência social de populações carentes.

[292] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI, *"Direito Administrativo"*, Saraiva, 4ª ed., 1995, p. 539.

[293] Com o mesmo pensamento, ODETE MEDAUAR, *"Direito Administrativo Moderno"*, RT, 2ª ed., 1998, p. 166.

[294] Se a lei diz, por exemplo, que, "*não se manifestando a autoridade em dez dias, considera-se aprovado o projeto"*, o silêncio equivale ao ato positivo de aprovação.

[295] Foi o que fez o STF em mandado de segurança impetrado pelo Estado de Minas Gerais, no qual, por força de conduta omissiva, assinou ao impetrado – Secretário de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro – o prazo de 30 dias para julgar recurso administrativo do impetrante (MS 24.167-RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 05.10.2006; *Informativo STF* nº 443, out./2006).

[296] É a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*"Curso de Direito Administrativo"*, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 380).

[297] Em abono desse entendimento, DIÓGENES GASPARINI, *"Direito Administrativo"* cit., p. 539.

[298] É também a opinião de DIÓGENES GASPARINI (ob. e loc. cit.). *Contra*: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 380).

[299] Vide Capítulo II, no tópico relativo ao *poder-dever de agir*.

[300] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETO, *Dir. Administrativo* cit., p. 154, e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Dir. Administrativo* cit., p. 106.

[301] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Brasileiro* cit., p. 134, e DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., p. 68.

[302] CRETELLA JR., *"Curso",* p. 284.

[303] Exemplos desses casos encontram-se nos arts. 84 a 87, parágrafo único (competência do Presidente da República e dos Ministros de Estado, no Executivo); arts. 48, 49, 51 e 52 (competência do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal); art. 96, I e II (competência dos Tribunais, no Judiciário); art. 71 (competência do Tribunal de Contas).

[304] Os autores não costumam referir-se a atos de organização como fonte secundária de competência. MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 155) faz interessante registro a respeito, invocando magistério de ALESSI *("Instituciones de Derecho Administrativo"),* para o qual existem dois tipos de órgãos – os que têm individualidade jurídica e os que não a têm. Para os primeiros, a competência é definida em lei, e para os últimos, por normas administrativas de caráter interno.

[305] "El Acto Administrativo", p. 193.

[306] Na esfera da função jurisdicional, a lei admite, em algumas ocasiões, que um órgão incompetente se converta em competente. Daí a dicotomia, na teoria geral do processo, consistente na competência absoluta e na relativa, esta prorrogável (v. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, ob. cit., vol. I, pp. 192-201).

[307] MARCELO CAETANO, *"Princípios",* p. 138.

[308] Art. 13, I a III.
[309] Ob. cit., p. 140.
[310] DELPINO e DEL GIUDICE definem a avocação como o fato pelo qual *"o orgão superior atrai para si a competência para cumprir determinado ato atribuído a outro inferior"*. Lembram os autores, com razão, que a avocação pressupõe sistema de hierarquia e inexistência de competência exclusiva atribuída ao órgão (*"Elementi di Diritto Amministrativo",* p. 92).
[311] A própria Lei nº 9.784/99, citada, indica bem a restrição às figuras, estabelecendo que "será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior (art. 15)".
[312] Na prática, o objeto é a resposta à indagação "para que serve o ato?", o que expressa o fim *imediato* da vontade (v. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *"Direito Administrativo Didático",* p. 96).
[313] MARIA SYLVIA DI PIETRO arrola como requisito a exigência de o ato ser moral (ob. cit., p. 157). Entendemos, porém, com o devido respeito, que tal requisito é mais pertinente ao elemento da *finalidade* do ato, e não ao objeto em si.
[314] *"Instituições",* vol. I, p. 344.
[315] *"Tratado",* vol. I, p. 441.
[316] RAFAEL BIELSA, "Derecho Administrativo", p. 83.
[317] Essa diferença é bem ressaltada por CARLOS FERNANDO URZÚA RAMÍREZ, verbis: "La forma, en síntesis, no es el elemento de los actos administrativos en cuanto forma, sido en cuanto 'determinada forma' exigida, en ciertas oportunidades, como única manera de visualizar una determinación administrativa" (in "Requisitos del Acto Administrativo", p. 99).
[318] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 135.
[319] No Código Civil, é o art. 107 que consagra a liberdade das formas no direito privado: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".
[320] Vide tópico II deste Capítulo.
[321] Com o mesmo entendimento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("*Curso"* cit., 15a ed., p. 377), que se refere à "*metodização de fórmulas"*.
[322] HELY LOPES MEIRELLES, *"Direito Administrativo"* cit., p. 136.
[323] *"Curso",* p. 310.
[324] Na clássica monografia que escreveu sobre o tema, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA confirma o sentido de motivação como sendo a justificativa do ato. Desenvolvendo o estudo, mostra, com base na doutrina estrangeira (JACCARINO, MARIA RIVALTA, JUSO), que a motivação pode ser *contextual* ou *aliunde*: na primeira a justificativa está no próprio ato; na segunda, em instrumento diverso. E que pode, ainda, ser concomitante (quando firmada juntamente com o ato) ou sucessiva *(a posteriori)* (vide *"Motivo e Motivação do Ato Administrativo",* p. 110).
[325] Nesse sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 158) e DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 71).
[326] É a opinião de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, vol. I, 1979, pp. 523/529. Também: FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Inst. Estúdios Políticos, vol. I, 6ª ed., 1973, p. 532.
[327] FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO, *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Del Rey, 2ª ed., 2005, p. 112.
[328] Neste caso, haverá de aplicar-se o princípio da legalidade, que, quando estabelece normas expressas, não deixa margem de atuação para o administrador. O problema é que a lei normalmente é omissa a respeito, e é nesse momento que surge a dúvida no sentido de ser, ou não, obrigatória a fundamentação do ato.
[329] JUAREZ FREITAS refere-se aos atos "de mero expediente, os autodecifráveis pela singeleza de seus pressupostos e aqueles que contam com expressa dispensa constitucional (por exemplo, nomeação para cargo em comissão" (O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Constitucionais, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 261).
[330] Decidindo hipótese relativa à disponibilidade de magistrado por "interesse público", e agitada a questão

da motivação expressa do ato decisório do Tribunal, o STF, pelo eminente Min. MOREIRA ALVES, teve a oportunidade de definir que, em face do sigilo de que se deve revestir a decisão, a motivação deve cingir-se apenas à menção do inquérito administrativo-funcional onde os fatos mereceram apuração, sendo mesmo "a única motivação admissível em escrutínio secreto" (RE nº 77.912, *RTJ* 89/861). O mesmo fundamento foi repetido na decisão no MS nº 20.601 (*RTJ* 129/1019).

[331] É a correta observação de FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO, *Motivação* cit., p. 119, malgrado se tenha referido à *motivação* e não ao *motivo*.

[332] O STJ já anulou ato administrativo discricionário, que indeferiu pedido de autorização para funcionamento de cursos de graduação e pós-graduação, sob o fundamento de que o ato continha apenas a indicação genérica da cláusula de *interesse público* (MS 9.944-DF, 1ª Seção, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 25.5.2005; *Informativo STJ* nº 248, maio/2005).

[333] Ob. cit., p. 111.

[334] LAUBADÈRE, tratando dos vícios no motivo, refere-se a duas espécies, e uma delas é exatamente a falta de correspondência do motivo com a realidade fática ou jurídica. Registra o autor: *"O ato administrativo pode ser ilegal porque os motivos alegados pelo autor não existiram, na realidade, ou não têm o caráter jurídico que o autor lhes emprestou; é a ilegalidade por inexistência material ou jurídica dos motivos (considerada, ainda, erro de fato ou de direito)"* (*in "Manuel de Droit Administratif",* p. 90).

[335] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 181.

[336] "Princípios", p. 148.

[337] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*RDP* 90/64) averba essa outra modalidade viciosa: "Assim, é mister verificar se há relação de *pertinência lógica*, ou seja, de adequação em face de princípios encampados pelo Direito, entre a situação tomada como base para a prática do ato e a finalidade que a lei atribui à competência exercitada". E mais adiante conclui: "Esta adequação entre o motivo e o conteúdo tem como critério avaliador, necessariamente, a finalidade".

[338] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que, por sua vez, reproduz o pensamento do jurista português ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA (*"Curso",* p. 187).

[339] Sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, veja-se, para não haver repetições inúteis, o que foi dito no Capítulo I, no tópico pertinente aos princípios administrativos.

[340] MARIA CUERVO SILVA E VAZ CERQUINHO, ob. cit., p. 60.

[341] RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, *"O Desvio de Poder"* (RTDP nº 40, pp. 186/214, 2002).

[342] Há autores que colocam a exigibilidade como característica à parte (DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 78; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, ob. cit., p. 195; LUCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. cit.). Parece-nos, contudo, que esse atributo é consectário natural da imperatividade, até porque pode haver exigibilidade sem coercibilidade.

[343] "Manual", vol. I, p. 224. Completa o grande publicista argentino que, presentes os elementos necessários do ato, "puede considerarse que el acto es legítimo con relación a la ley y válido en relación a las consecuencias que debe producir".

[344] Também: ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo*, Saraiva, 2005, p. 53.

[345] Foi como decidiu o antigo Tribunal de Alçada do RJ na Ap.Civ. 11.947/90, 6ª Câm. Cível, Rel. Juiz. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, reg. em 26.08.91. Vide também: JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE, "*Presunção de legalidade, ônus da prova e autotutela: o que diz a Constituição ?"*, *in* RTDP nº 30, pp. 86/101, ano 2000.

[346] "Droit Administratif", p. 173.

[347] Exemplo da autoexecutoriedade no direito privado está na proteção à posse (art. 1.210, § 1o, do Código Civil): "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

[348] A doutrina francesa denomina de *"privilège du préalable"* a nossa autoexecutoriedade. Para mostrar que é a mesma a fisionomia jurídica do instituto, veja-se a definição de RIVERO: *"On désigne en général par privilège du préalable la situation ainsi faite à l'administration du fait de l'autorité qui s'attache à sa décision préalablement à toute*

vérification par le juge (*"Droi Administratif",* p. 101).

[349] GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ, *"Curso de Derecho Administrativo"* cit., vol. I, p. 49.

[350] Vide o excelente trabalho de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA. *"Executoriedade dos atos administrativos", in RT* 684/44.

[351] É o caso das medidas liminares admitidas no mandado de segurança (art. 7º, Lei nº 12.016/2009), na ação popular (art. 5º, § 4º, Lei nº 4.717/65) e na ação civil pública (arts. 4º e 12, Lei nº 7.347/85). Entretanto, é importante lembrar que em várias situações a lei impede a concessão de liminares (art. 7º, § 2º, Lei nº 12.016/2009).

[352] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 138.

[353] Vide Capítulo II, no tópico relativo ao poder discricionário. Vide também GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, *"Controle",* cit., pp. 71-73.

[354] "O Controle", p. 147.

[355] Por sua clareza e síntese, vale a pena destacar, entre tantas decisões, a proferida pelo TJ-SP: "Ato Administrativo – Ingerência do Judiciário – Limitação. É princípio de direito administrativo que o controle judicial dos atos da Administração limita-se à ordem da legalidade: o Judiciário não tem poder de ingerência no mérito administrativo dos atos do Executivo" (ApCív no 212.259-1-6, 2a CCív, Rel. Des. WALTER MORAES, julg. em 22/11/1994, apud ADCOAS 147502).

[356] TJ-SP (ApCív no 234.352-1, 2a CCív, Rel. Des. CORREIA LIMA, julg. em 2/5/1995).

[357] TJ-MG (ApCív no 142.110-6, 4a CCív, Rel. Des. BADY CURY, julg. em 23/12/1999).

[358] ROMS no 1288/91-SP, 4a Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, publ. DJ 2/5/1994, p. 9.964.

[359]*Habeas Corpus* no 73.940, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, publ. DJ 29/11/1996, p. 47.157.

[360] JUAREZ FREITAS, com precisão, assinala: "O mérito (relativo a juízos de conveniência e de oportunidade) pode até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito o será sempre" (O Controle dos Atos Administrativos cit., p. 217, grifo nosso).

[361] STF, RE 365.368-Agr/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 22.5.2007 (*Informativo STF* nº 468, mai./2007). No caso, anulou-se a criação de 42 cargos em comissão, porque o quadro total era de 67 servidores, remanescendo apenas 25 cargos efetivos. Considerou-se também vulnerado, além dos citados princípios, o da moralidade.

[362] Em trabalho sobre a formação, eficácia e extinção dos atos administrativos, HELY LOPES MEIRELLES mostra que os denominados atos *negociais* (como a licença e a autorização) *"formam-se sempre com a participação do particular interessado na sua obtenção"* (*in RDA* 158/16). Muitos outros, porém, só contam com a participação dos órgãos administrativos.

[363] Ob. cit., pp. 97-99.

[364] Interessante comparação dessa hipótese é feita por HELY LOPES MEIRELLES em relação à sentença pendente de recurso, que, antes de transitar em julgado, é eficaz por ter idoneidade para produzir efeitos, mas é ainda inexequível por não ter transitado em julgado (ob. cit., p. 142).

[365] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 157.

[366] Observações similares a respeito são bem anotadas por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 176.

[367] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ob. cit., p. 113.

[368] Os atos gerais ou normativos são considerados como de natureza legislativa, por trazerem em si os aspectos de generalidade, abstração e impessoalidade. Submetem-se, por isso, em alguns casos, ao controle concentrado da constitucionalidade, como deflui do art. 102, I, "a", da CF.

[369] Em precioso trabalho sobre o poder discricionário em relação a *conceitos indeterminados* (como, *v.g.,* "interesse público", "ordem pública" etc.), EROS ROBERTO GRAU afirma que, diversamente daquele poder, onde há liberdade de eleição entre alternativas possíveis, para aquelas hipóteses só há uma solução justa, lição, aliás, ministrada por GARCIA DE ENTERRÍA (*in RDP* 93/42).

[370] Para registrar-se a divergência dos autores, convém assinalar que SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA não aceita os atos compostos nessa classificação *("Dir. Adm. Didático").* DIÓGENES GASPARINI (ob.

cit.) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO *("Elementos")* a eles não fazem referência. MARIA SYLVIA DI PIETRO *("Direito Administrativo")* os distingue, mas o exemplo que dá de ato composto (a nomeação do Procurador-Geral da República, sendo precedida de aprovação do Senado, conforme art. 128, § 1º, CF) parece situar-se entre os atos complexos.

[371] Estudamos longamente esse assunto no trabalho "Regime Jurídico dos Atos Administrativos de Confirmação e de Substituição" (*"Doutrina",* vol. I, pp. 196-205).

[372] A rigor, a aplicação em si da multa é ato autoexecutório. Os efeitos pecuniários que do ato resultam é que não podem ser consumados diretamente pelos órgãos administrativos, mas, ao revés, dependerão de ação judicial.

[373] *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29ª ed., 2004, pp. 176/195.

[374] Adotando a mesma classificação, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, 7ª ed., 1989, pp. 121/124.

[375] As Constituições estaduais e as Leis Orgânicas municipais, adotando a mesma sistemática da Constituição Federal pela teoria do paralelismo principiológico, atribuem a Governadores e Prefeitos a competência para expedir decretos. Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a competência está no art. 145, IV, e na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, no art. 107, IV.

[376] Para não repetir matéria, veja-se o que dissemos a respeito no Capítulo II, no tópico pertinente ao Poder Regulamentar.

[377] Deve-se registrar, a bem da verdade, que o caráter administrativo decorre do exame do ato sob o aspecto orgânico (o órgão de que emana) e formal (processo de criação idêntico ao dos demais atos administrativos). Não obstante, sob o aspecto material ou substancial, podem os decretos ser considerados como tendo caráter legislativo ou normativo, eis que projetam normas gerais, abstratas e impessoais.

[378] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Admin.Brasileiro* cit., p. 163. Registre-se apenas que o saudoso jurista informa que os regulamentos são atos *"postos em vigência por decreto"*, quando, na verdade, outros atos também podem ter essa função (resolução, portaria etc).

[379] Segundo PONTES DE MIRANDA, "são atos do Senado Federal ou do Congresso Nacional que independem de sanção e têm as regras jurídicas de elaboração conforme o Regimento interno ou o Regimento Comum" ("Comentários à Constituição de 1967", tomo III, p. 142). Tratam elas normalmente de matéria de interesse direto das Casas Legislativas (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Curso de Direito Constitucional", p. 186).

[380] A Resolução CNJ nº 2, de 16.08.2005, publ. no DO de 23.8.2005, aprovou o regimento interno do órgão, no qual se apresenta sua estrutura e organização.

[381] Outros exemplos de resoluções de natureza primária estão nos arts. 155, § 2º, IV, e 68, § 2º, da CF.

[382] ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Didático*, RT, 8ª ed., 2004, p. 170.

[383] 107 CRETELLA JR., *"Dicionário",* p. 34.

[384] OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *"Princípios",* vol. I, p. 575.

[385] Foi como decidiu o STF no MS 24.073-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 31.10.2003. Ressalve-se apenas que o acórdão invocou o fundamento de que o parecer não seria ato administrativo, o que, *concessa venia*, constitui equívoco. Embora seja ato de natureza opinativa, o parecer não deixa, só por isso, de configurar-se como ato administrativo.

[386] O STF, porém, endossou ordem do TCU que, em processo administrativo, determinara a audiência de procuradores federais (MS 24584-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 09.08.2007; *Informativo STF* nº 475, ago./2007). O melhor direito, a nosso ver, esteve com os votos vencidos dos Min. EROS GRAU, GILMAR MENDES e CÁRMEN LÚCIA. Em abono de nossa opinião: TJ-RJ, Ap.Cív. 45421/2006, 15ª C.Cív., Rel. Des. JOSÉ PIMENTEL MARQUES, em 09.01.2007.

[387] OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais* cit., vol. I, p. 576.

[388] Nesse sentido decidiu o STF, no MS 24631-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 09.08.2007 (*Informativo STF* nº 475, ago./2007).

[389] Em edições anteriores, considerávamos tais atos como *enunciativos*, em atenção à doutrina clássica. Melhor

refletindo, passamos a tê-los como *declaratórios*, porque neles o agente público *declara* situação jurídica. Assim, reservamos a primeira categoria para os atos em que o agente exprime juízo de valor – caso específico dos pareceres, como acentuamos anteriormente.

[390] Nesse sentido, ApCív nº 450/85, TJ-MS, 27/2/1986, e MS nº 15, TJ-BA, de 27/11/1987, Sessão Plena.

[391] ARMANDO DE OLIVEIRA MARINHO e ZAIRO LARA FILHO, *"Programa de Direito Administrativo",* p. 99.

[392] HELY LOPES MEIRELLES, com base em Umberto Fragola, F.P. Mastropasqua e Guido Zanobini (ob. cit., p. 169).

[393] HELY LOPES MEIRELLES, ob. e loc. cit.

[394] Ob. cit., p. 173.

[395] Nesse sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 180) e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, que se refere, no caso, à hipótese de *revogabilidade com indenização* (ob. cit., p. 113).

[396] RE nº 105.634, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, publ. DJ 8/11/1985. Em relação ao tema, há precedente: RE nº 85.002, 2ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES (*RTJ* 79/1016).

[397] RE nº 212.780-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 27/4/1999 (vide *Informativo STF* nº 147, maio/99. Registre-se que nessa decisão o eminente Relator menciona como precedente o citado RE nº 85.002, publ. na *RTJ* 79/1016.

[398] LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Disciplina Urbanística da Propriedade",* pp. 85-91). A tese, embora incomum, parece-nos mais coerente com o sistema jurídico do que a de revogabilidade com indenização.

[399] O Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei nº 9.503, de 23/9/1997, prevê o que denomina de "Permissão para Dirigir" conferida àquele que for aprovado no exame de habilitação, tendo a validade de um ano, período após o qual será outorgada a carteira definitiva (art. 148, § 2º). Apesar da denominação, não se trata de "permissão", mas sim de licença, porque o ato é vinculado e a ele tem direito o indivíduo que preenche as condições fixadas no Código. A provisoriedade de sua eficácia não lhe retira a natureza de licença, e tanto isso é verdadeiro que a cassação do ato somente se legitima se ocorrer algum dos fatos que a lei expressamente prevê.

[400] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 171.

[401] Art. 40.

[402] O próprio STF, em discussão sobre o tema, decidiu, por apertada maioria, que não mais existe diferença conceitual entre a concessão e a permissão de serviços públicos (ADIN nº 1.491-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO). Vejam-se os comentários a serem feitos no Capítulo VIII.

[403] Apenas para mostrar a confusão que reina atualmente quanto à caracterização do instituto, a Lei nº 9.472, de 16/7/97, que dispõe sobre o sistema de telecomunicações, alude à permissão como ato administrativo discricionário e precário (art. 118), contrariando, pois, a configuração prevista na Lei nº 8.987/95.

[404] Pelas dificuldades oriundas da aplicação dos atos de consentimento estatal, cuja variação de espécie mais confunde do que elucida, talvez se possa no futuro adotar uma só denominação para os institutos da licença, permissão e autorização, buscando-se na respectiva lei o regime jurídico aplicável na espécie, como ocorre em alguns sistemas estrangeiros, inclusive no direito italiano.

[405] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 172.

[406] Este último foi reconhecido pelo STF como ato de autorização, de natureza precária e de caráter discricionário, sujeito à apreciação de conveniência e oportunidade pela Administração federal (RMS 22.665, Rel. Min. NELSON JOBIM; vide *Informativo STF* nº 434, ago./2006).

[407] MARIA SYLVIA DI PIETRO considera esta como uma terceira modalidade, a autorização de serviço público (ob. cit., p. 172). Com a devida vênia, entendemos que o art. 21, XII, da CF, prevê para a execução de serviços públicos a concessão e a permissão, também mencionadas no dispositivo. É que as atividades ali constantes podem ser do interesse somente privado, hipótese em que, aí sim, o ato será de autorização. Ver a respeito JOSÉ AFONSO DA SILVA (*"Curso de Direito Constitucional Positivo",* p. 430).

[408] A distorção foi bem observada por DINORÁ MUSETTI GROTTI em seu trabalho *"Regime jurídico das telecomunicações"*, publicado na RDA 224 (ano 2001), pp. 183-196.

[409] Ressalve-se, entretanto, que a lei admitiu a celebração de convênios entre o Ministério da Justiça (*rectius*: União Federal) com Estados e Distrito Federal para o cumprimento de suas normas (art. 22). Desse modo, será possível a delegação a tais entes federativos da função de expedir atos de autorização de porte e de posse de arma.

[410] A natureza dos citados instrumentos é mais elucidativa nos diplomas reguladores, respectivamente o Decr.-lei nº 227, de 28.02.67 (Código de Mineração), em seu art. 2º, I, e a Lei nº 4.117, de 27.08.62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), em seu art. 34, § 1º.

[411] HELY LOPES MEIRELLES admite que a aprovação possa ser vinculada (ob. cit., p. 172). Permitimo-nos, porém, com o respeito que nos merece o insuperável publicista, qualificá-la como tipicamente discricionária, na esteira, aliás, da doutrina dominante (D. GASPARINI, ob. cit., p. 86); CELSO A. BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 210); LUCIA VALLE FIGUEIREDO, (ob. cit., p. 101).

[412] Com idêntica opinião, DIÓGENES GASPARINI, *Dir.Administrativo* cit., p. 81, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir.Administrativo* cit., p. 174.

[413] É a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Brasileiro* cit., p. 173.

[414] O exemplo é de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir.Administrativo* cit., p. 175.

[415] Era o caso do art. 35, do Decr.-lei nº 7.661/45 – a antiga lei de falências –, quando o falido descumpria as obrigações impostas quando da decretação da falência (art. 34).

[416] Súmula 280: "O art. 35 do Decreto-lei 7.661/45, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988".

[417] A Lei nº 11.101, de 9.2.2005 (a nova lei de falências), porém, suprimiu em bom momento a anomalia, considerando agora que o falido, na hipótese, comete crime de desobediência (art. 104, parágrafo único). Assinalando a alteração, veja-se FÁBIO ULHOA COELHO (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, Saraiva, 2005, p. 284).

[418] Const. de 1891 (art. 72, § 13); de 1934 (art. 113, inc. 21); de 1937 (art. 122, inc. 11); de 1946 (art. 141, § 20); de 1967 (art. 150, § 12); e E.C. 1/69 (art. 153, § 12).

[419] CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil* cit., 2º vol., 1989, p. 292; J. CRETELLA JR., *Comentários* cit., vol. I, p.556.

[420] Arts. 61 (deportação de estrangeiro), 69 (expulsão) e 81 (extradição).

[421] "Tratado de Derecho Administrativo", vol. I, p. 426. Diz o grande autor uruguaio: "En el ejercicio de sus potestades sancionadoras la administración actúa com cierta discrecionalidad, algo más amplia que la de la justicia penal. Pero con frecuencia la ley limita y aun excluye esa discrecionalidad".

[422] No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso* cit., 20ª ed., 2006, p. 805) e DANIEL FERREIRA (*Sanções Administrativas*, Malheiros, 2001, pp. 64/5). *Contra* (exigindo culpabilidade): FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, RT, 2000, pp. 312 e segs.

[423] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 20ª ed., p. 808.

[424] Vide o Cap. III, no tópico pertinente às sanções de polícia.

[425] GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA, *Manuale de Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milão, 1978, p. 239.

[426] LUISA CRISTINA PINTO E NETTO, *Participação Administrativa Procedimental*, Forum, 2009, pp. 37/41.

[427] "Teoria del Decaimiento de los Actos Administrativos", Edit. Juríd. Chile, 1968, p. 11.

[428] Em sentido lato, esta última hipótese poderia enquadrar-se na forma extintiva da *caducidade*. Reservamos, porém, para esta perfil específico, como se verá em tópico a seguir.

[429] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 82.

[430] "O Controle", p. 46.

[431] Ob. cit., p. 226.

[432] Perfilham esse pensamento HELY LOPES MEIRELLES, DIÓGENES GASPARINI, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERRAZ (estes dois últimos citados por D. GASPARINI, ob. cit., p. 103).

[433] Adotam este entendimento CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, SEABRA FAGUNDES, CRETELLA JÚNIOR, SÉRGIO DE ANDRÉA

FERREIRA, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, entre outros.

[434] A matéria sobre a invalidação dos atos administrativos está longe de ser pacificada. De qualquer modo, é interessante consultar o trabalho de HERALDO GARCIA VITTA, *"Atos Administrativos. Invalidações. Classificação"* (*RDA* 211, pp. 257-272, ano 2000), em que o autor tece algumas considerações também sobre os denominados *atos inexistentes.*

[435] "Derecho Administrativo", p. 51.

[436] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 179.

[437] "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", p. 32.

[438] Observamos que estão incluídos também os atos discricionários, ao contrário do que pensam alguns. Da mesma forma que os vinculados, tais atos devem observar os requisitos exigidos para sua validade. Apenas no que toca ao juízo de valoração concedido ao administrador é que somente se consuma o controle de legalidade quando está ele contaminado de algum vício.

[439] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 186.

[440] RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *"Ato Administrativo",* p. 124; SEABRA FAGUNDES, *"Controle"*, cit., p. 52; TOSHIO MUKAI, *"Direito Administrativo Sistematizado",* p. 229.

[441] Adotamos aqui o ensinamento de WEIDA ZANCANER em seu excelente trabalho *"Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos",* pp. 60-62.

[442] Anteriormente aludíamos à *prescrição*, mas nova reflexão sobre o tema nos convenceu tratar-se de *decadência*. É o que resulta, inclusive, do art. 54 da Lei nº 9.784/99 (*"O direito da Administração de anular os atos administrativos....decai em cinco anos..."*). Cabível, pois, nos parece a correção.

[443] Relembramos aqui, por oportuno, o excelente exemplo de imodificabilidade de ato administrativo pelo decurso do tempo, oferecido pelo STF no RE nº 466.546-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 14.2.2006 (*Informativo STF* nº 416, fev./2006), decisão já mencionada no Capítulo I, no item relativo ao princípio da segurança jurídica.

[444] WEIDA ZANCANER, ob. cit., p. 61.

[445] Consulte-se a respeito o recente e bem elaborado trabalho *"Princípios do fato consumado no Direito Administrativo",* de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS (*RDA* 220, pp. 195-208, 2000).

[446] Os Tribunais têm sido sensíveis a tais situações, embora com a ressalva de serem excepcionais. Como exemplo, cite-se a decisão do TRF da 5ª Região, na AMS nº 694-RN, 1ª Turma, Rel. Juiz FRANCISCO FALCÃO, publ. 19/4/1991.

[447] A respeito do assunto, remetemos o leitor ao Capítulo I, tópico V, no item referente ao princípio sob enfoque.

[448] Súmulas 346 e 473 do STF.

[449] CRETELLA JUNIOR, "Dicionário de Direito Administrativo", p. 89.

[450] ADILSON ABREU DALLARI, "Os Poderes Administrativos e as Relações Jurídico-Administrativas", in RTDP nº 24, pp. 68-69 (1998).

[451] Ob. e loc. cit.

[452] RE nº 158.543-9-RS, 2a Turma, maioria, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, publ. DJ 6/10/1995.

[453] O STF reafirmou esse entendimento no RE (AgRg) 210.916-RS, 2a Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julg. em 19/3/2002 ("*Informativo STF*" nº 262, abril/2002), reformando, inclusive, acórdão do TJ-RS, que entendeu ser desnecessário instaurar processo administrativo na hipótese. Também: STF, AI 587.487-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 31.05.2007 (*Informativo STF* nº 469, jun./2007).

[454] Art. 49, § 3º: "No caso de desfazimento do processo licitatório, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa".

[455] TJ-SP (ApCív nº 179.373-1, 8ª CCív, unân., Rel. Des. ANTÔNIO MARSON, julg. em 24/11/1992).

[456] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso",* p. 229.

[457] Exemplo clássico é o de um agente coletor de tributos com investidura ilegítima. Invalidada a investidura, produzindo efeitos em relação ao servidor e à Administração, nem por isso se deixará de validar a quitação obtida por contribuintes pelo pagamento de impostos feito àquele servidor.

[458] Súmula nº 473.

[459] REsp nº 367-0-RJ, 2ª Turma, unân., Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO, publ. DJ 8/3/1993 (*apud ADCOAS* 140127).

[460] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 189. A mesma posição é adotada por DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 105) e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (ob. cit., p. 171).

[461] Decreto nº 20.910, de 6/1/1932, e Decreto-lei nº 4.597, de 19/8/1942.

[462] O Código anterior fixava a prescrição das ações reais em 10 anos, entre presentes, e 15 anos entre ausentes (art. 177).

[463] Art. 54. Esse prazo extintivo caracteriza-se como *decadência*, eis que o direito à desconstituição do ato tem prazo determinado para ser exercido.

[464] STJ, 3ª Seção, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julg. em 14.09.2005 (*Informativo STJ* nº 260, set./2005).

[465] "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e, se na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

[466] Para exemplificar: se o prazo anterior para anular o ato era de 20 anos e já haviam transcorrido 11 anos, o interessado terá ainda 9 anos para fazê-lo; se já houvessem transcorrido apenas 2 anos, haveria de aplicar-se o novo prazo (cinco anos), tendo o interessado 3 anos ainda antes da decadência.

[467] Anteriormente, tínhamos a data da vigência dos atos como termo inicial da contagem. Repensando o tema, passamos a considerar a data da vigência do novo Cód. Civil em virtude do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, aliás, decidiu a 4ª Turma do STJ, no REsp nº 698.195-DF, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, em 4.5.2006 (*Informativo STJ* nº 283, maio/2006).

[468] É como pensa JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos* cit., p. 267.

[469] LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. cit., p. 146.

[470] "Manual de Direito Administrativo", vol. I, p. 557.

[471] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA PINTO, ob. cit., p. 170.

[472] Note-se que a *reforma* e a *conversão* afetam o elemento *objeto* do ato – no qual pode ocorrer *vício extrínseco*; no entanto, não há convalidação do *elemento* viciado, mas sim sua supressão ou substituição.

[473] Não há unanimidade na doutrina nem quanto à terminologia nem quanto às formas de aperfeiçoamento do ato. Aliás, é muito oportuno sublinhar, neste passo, que esse tema não mereceu ainda, por parte dos estudiosos de direito público, o necessário aprofundamento. De qualquer modo, adotamos os termos, as formas e respectivos pressupostos mencionados por MARCELO CAETANO (*"Manual",* vol. I, pp. 556-560). Não obstante, consideramos que a Professora WEIDA ZANCANER é autora de um dos mais profundos estudos sobre o tema, em sua obra *"Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos"*. Vale acrescentar, porém, que a Lei RJ nº 5.427, de 01.04.2009, que regula o processo administrativo no Estado, referiu-se expressamente às três categorias de convalidação que mencionamos no texto (art. 52, parág.único, I e II).

[474] Com a mesma opinião, WEIDA ZANCANER, ob. cit., p. 68.

[475] Advirta-se, contudo, que, se o objeto ou conteúdo do ato for único, não haverá como saná-lo: a correção será necessária por ato de anulação. A hipótese de viabilidade não foi prevista por WEIDA ZANCANER, que considerou o vício no objeto como insanável e o ato inconvalidável, sem fazer a distinção mencionada (ob. cit., p. 75).

[476] WEIDA ZANCANER, ob. cit., p. 60, na primeira das limitações com apoio em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

[477] Eis os termos do art. 55 da lei: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração".

[478] GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, "Curso de Derecho Administrativo" cit., vol. I, p. 645. O jurista espanhol alude à "revocación por motivos de legalidad" e à "revocación por motivos de oportunidad".

[479] ODETE MEDAUAR ("*Direito Administrativo Moderno"*, RT, 2ª ed., 1998, p. 175); LÚCIA VALLE

FIGUEIREDO (*"Curso de Direito Administrativo"*, Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 159); HELY LOPES MEIRELLES (*"Direito Administrativo Brasileiro"* cit., p. 184), dentre outros.

[480] MIGUEL REALE, ob. cit., p. 31. (grifos do autor)

[481] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 184.

[482] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 187.

[483] WALTER CAMPAZ, "Revogação dos Atos Administrativos", p. 79. Com felicidade, assinala ainda o autor: "a revogação elimina, no ato revogado, a possibilidade de ser fonte de efeitos jurídicos" (ob. e loc. cit.).

[484] Art. 5º, XXXVI, da CF.

[485] Ressalva-se apenas o caso da licença para construção, quando a obra não foi ainda iniciada. Veja-se o que dissemos a respeito ao estudarmos anteriormente o ato de licença.

[486] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 224.

[487] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., p. 188.

[488] Ob. cit., p. 102.

[489] DIÓGENES GASPARINI lembra exemplos elucidativos em que o Administrador, para dissipar possíveis dúvidas, faz expressar, nos atos que revogam atos revogadores, a indicação de que estão restaurando este ou aquele ato (ob. e loc. cit.). Parece-nos bastante prudente que o Administrador o faça, para demonstrar que se trata de ato novo.

[490] Opinião diversa sobre o assunto tem CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*"Curso",* p. 222), para quem no terceiro ato está implícito *"o alcance de repristimar a situação original"*. Ressalva apenas que os efeitos desejados devem se iniciar a partir da última revogação.

[491] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 189.

[492] No mesmo sentido: STF, ADI 916-MT, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 02.02.2009.

[493] CRETELLA JÚNIOR, *"Curso",* p. 374.

[494] Como oportunamente relembra MARIA SYLVIA DI PIETRO, o nivelamento jurídico entre o Estado e o particular tem que ser interpretado *cum grano salis,* porque a figuração político-jurídica do primeiro terá sempre algumas exigências formais e materiais peculiares (ob. cit., p. 189).

[495] A justa advertência é de CAIO TÁCITO (ob. cit., p. 292).

[496] Art. 54 da Lei no 8.666, de 21/6/1993.

[497] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *"Comentários à Constituição Brasileira de 1988",* vol. I, p. 183.

[498] STF, ADI 3.670-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 2.4.2007 (*Informativo STF* 462, abr./2007). No caso, tratava-se da Lei nº 3.705/2005, do Distrito Federal.

[499] O STF, aliás, já teve a oportunidade de decidir a esse respeito. Na ADIN nº 927-3-RS (Medida Cautelar), Relator o eminente Min. CARLOS VELLOSO, a Corte, embora por maioria de votos, decidiu que o art. 17,

I, "b" e "c", II e § 1º, da Lei nº 8.666/93, que regula a alienação de bens da Administração, fixando algumas restrições, só poderia ser interpretado, para ser considerado constitucional, no sentido de se tratar de bens da União, mas não dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Sendo assim, teriam estas entidades competência para tal disciplina, eis que própria de normas específicas.

[500] A Lei nº 9.648, de 27/5/1998 (antecedida pela MP 1.531/98 e outras anteriores), também introduziu algumas alterações na Lei nº 8.666/93. Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.854, de 27/10/1999, que também procedeu a algumas alterações.

[501] CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Aplicação do Código Civil às Licitações e Contratos*, Del Rey, 2004, pp. 14/22.

[502] HELY LOPES MEIRELLES (*Dir. Admin. Brasileiro* cit., p. 195). *Contra:* DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., p. 382.

[503] Art. 1º, parágrafo único, do Estatuto.

[504] Nesse sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO, em *"Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos",* p. 21.

[505] CELSO RIBEIRO BASTOS, "*Comentários"* cit., 7º vol., pp. 187/188.

[506] O Decreto nº 6.204, de 05.09.2007, regulamentou o Estatuto no âmbito da administração pública federal.
[507] A respeito dos requisitos para o enquadramento nas categorias de microempresa e empresa de pequeno porte, vide Capítulo XIV, no tópico relativo à matéria.
[508] Art. 47.
[509] São as formas previstas no art. 48, I a III.
[510] A ressalva em foco está prevista no art. 48, § 1º.
[511] Art. 49, I a IV.
[512] Arts. 60 a 64 do Estatuto. A própria licitação, exigível em regra, configura-se como formalismo exigível nos contratos administrativos.
[513] Bem observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que a supremacia dos interesses públicos representa condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento dos administrados (*"Curso",* p. 20).
[514] Vejam-se, entre outros, os arts. 58; 65, I; 65, § 1º; e 78, XII, do Estatuto.
[515] Resp 527.137-PR, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 11.5.2004 (*Jurisprudência STJ* nº 208, maio/2004).
[516] Acentuando a relação motivo/finalidade da função pública, v. CAIO TÁCITO (*"Direito Administrativo",* p. 61). Também ROGER BONNARD (*"Précis de Droit Administratif",* pp. 81-83).
[517] O conceito de obra está firmado no art. 6º, I, do Estatuto.
[518] Art. 6º, IX, do Estatuto.
[519] Art. 7º, § 2º, do Estatuto.
[520] Art. 11 do Estatuto.
[521] V. art. 6º, VIII, "b", e art. 10, II, "b", do Estatuto. Essa modalidade baseia-se no art. 614, do Código Civil, que se refere à hipótese em que "*a obra constar de partes distintas*".
[522] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 236.
[523] TATIANA MARTINS DA COSTA CAMARÃO, *Licitações e Contratos. Aspectos Relevantes* (obra conjunta), Ed. Fórum, 2007, p. 85.
[524] É como ensinam IVAN BARBOSA RIGOLIN e MARCO TULLIO BOTTINO, em *Manual Prático das Licitações*, Saraiva, 2ª ed., 1998, pp. 124-125.
[525] Também: MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,* Dialética, 9ª ed., 2002, p. 118.
[526] É a clássica divisão apontada por HELY LOPES MEIRELLES (*"Direito Administrativo Brasileiro",* p. 238).
[527] Quando tais profissionais atingem grau muito elevado de conhecimentos, adquirindo prestígio e reconhecimento entre outros da própria área em que atuam, passam ao timbre de *profissionais de notória especialização*, e podem ser contratados diretamente, sem licitação prévia (art. 25, II, do Estatuto).
[528] Vide nosso trabalho "Terceirização no setor público: encontros e desencontros", em Terceirização na Administração, org. por Cristiana Fortini, Ed. Fórum, 2009, pp. 38/62.
[529] Art. 2º.
[530] Arts. 1º e 4º.
[531] O art. 4º, § 1º, prevê a expedição dos certificados pelo CENP-Conselho Executivo de Normas-Padrão, entidade privada constituída de representantes do setor de publicidade, ou por entidade equivalente.
[532] Art. 2º, §§ 1º e 2º.
[533] É também como pensa CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Divulgação Institucional e Contratação de Serviços de Publicidade*, Forum, 2010, p.83. O autor cita o Acórdão nº 1.499/2006, do TCU, TC nº 006.834/1995, Rel. Min. Fernando Gonçalves, no mesmo sentido.
[534] Arts. 15, parág.único, e 18.
[535] É oportuno anotar que o Estatuto não usa o termo "fornecimento", mas sim "compra" quando faz a definição de dados nele mencionados (arts. 6º, III, e 14 a 16).
[536] HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUZA, *Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública*, Lumen Juris, 2008, p. 61.
[537] Art. 15, § 3º, III, Estatuto.
[538] A respeito, veja-se EDGAR GUIMARÃES e JOEL DE MENEZES NIEBUHR, em *Registro de Preços. Aspectos Práticos e Jurídicos*, Ed. Fórum, 2008, pp. 22/32.

[539] Na administração federal, a regulamentação efetivou-se pelo Decreto nº 3.931, de 19.09.2001.
[540] Com a mesma opinião, EDGAR GUIMARÃES e JOEL DE MENEZES NIEBUHR, *Registro* cit., p. 34.
[541] Vide o que dissemos no Cap. IV (Ato Administrativo), no tópico referente aos atos de autorização.
[542] Capítulos VIII e XVI, respectivamente.
[543] É conhecida a advertência de HELY LOPES MEIRELLES, de que "erroneamente as Administrações têm feito concessões remuneradas de uso de seus bens sob a imprópria denominação de locação, pretendendo submetê-las ao Código Civil ou às leis do inquilinato..." (ob. cit., p. 438).
[544] Os arts. 17 a 19 do Estatuto mencionam tais requisitos, como autorização legislativa, avaliação, justificação de interesse público, licitação etc. Sobre o tema referente à alienação, serão feitos comentários mais detalhados no Capítulo XVI, destinado aos bens públicos.
[545] Queremos deixar o registro de que, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, entendemos que coexistem os contratos de locação e de concessão remunerada de uso, cada qual regido pelo sistema próprio, aquele pelo direito privado e este pelo direito público. A Lei nº 8.245/91, que regula as locações, admite expressamente locações em imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações públicas (art. 1º, parágrafo único, "a", nº 1).
[546] Cf. HELY LOPES MEIRELLES (*"Licitação e Contrato Administrativo",* pp. 256-311); MARIA SYLVIA DI PIETRO (*"Direito Administrativo",* pp. 213-226); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., pp. 424-426).
[547] V. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Curso de Direito Administrativo",* pp. 145-146). Em relação à locação, diz o autor que o aluguel pago pelo locatário privado constitui receita pública, sendo, então, o contrato de direito público. Não obstante, diz adiante que a denominação mais apropriada seria a "concessão de uso".
[548] "Licitação", p. 311.
[549] "Direito Administrativo", ob. cit., p. 232.
[550] V. C. GASPARINI (ob. cit., p. 429); DIOGO DE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 144).
[551] Sobre os *contratos de franquia postal*, celebrados pelos Correios, vide Cap. IX, no tópico referente aos contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.
[552] "Direito Administrativo", p. 292.
[553] V. art. 65, I, "a" e "b", do Estatuto.
[554] Cf. art. 65, § 1º, Estatuto. A Lei nº 9.648, de 27/5/1998, incluindo o § 2º no art. 65, estabeleceu que nenhum acréscimo pode exceder os limites da lei, enquanto que a supressão admite essa possibilidade desde que haja acordo entre as partes.
[555] MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,* Dialética, 9ª ed., 2002, p. 506; VERA LÚCIA MACHADO D'ÁVILA, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Malheiros, 5ª ed., 2001, p. 315.
[556] No mesmo sentido, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, para quem "*acréscimos de maior porte sugerem a configuração de objeto diverso daquele que foi submetido à licitação pública"* (*Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 656). É verdade que o TCU já admitiu que a Administração ultrapassasse os limites legais, mas ressaltou que se trata de hipótese excepcionalíssima, em relação à qual deve haver minuciosa motivação e ser claramente atendido o interesse público (Decisão Plenária nº 215/99). Tal decisão, é óbvio, difere fundamentalmente da posição que admite irrestritamente a ultrapassagem dos limites quando se trata de alteração qualitativa.
[557] É também a observação de MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, pp. 498-501.
[558] Nesse sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 203).
[559] V. art. 79, § 2º, do Estatuto. Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *"Dir. Adm. Bras.",* p. 199.
[560] HELY LOPES MEIRELLES (*"Dir. Adm.",* cit., p. 200) chega a afirmar que não se admitiria a paralisação sumária do contrato, pena de considerar-se culposa a conduta do contratado, sujeitando-o, inclusive, à indenização. V. também D. GASPARINI (ob. cit., p. 413).
[561] *"Curso",* p. 292.
[562] Art. 78, XV, c/c art. 79, § 2º, do Estatuto.
[563] Nesse sentido, o correto entendimento de TOSHIO MUKAI, para quem esse prazo só é válido para o

caso de rescisão, mas não impede a suspensão da execução do contrato pelo particular (*"Execução contratual – Suspensão dos serviços – Atraso nos pagamentos – Vale-alimentação (tíquete)*", *in Boletim de Licitações e Contratos* 2/72, *apud* FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, em "*Aspectos jurídicos da interrupção de obras públicas por inadimplência da Administração*" (*RTDP* nº 27, p. 114, 1999).

[564] WALINE, "Droit Administratif", p. 575.

[565] A pertinente observação é de FLÁVIO AMARAL GARCIA, *Licitações e Contratos Administrativos*, Lumen Juris, 2007, p. 146.

[566] O Brasil tem sofrido a incidência de inúmeros planos econômicos, processados com os mais diversos parâmetros, tudo para evitar o ritmo inflacionário que há anos assola o país. Cabe aqui anotar que a Lei nº 9.069, de 29/6/1995, que dispõe sobre o *Plano Real,* só admite cláusula de correção monetária quando a periodicidade do reajuste seja superior a um ano, sendo nula a cláusula que inobservar essa regra (art. 28 e § 1º).

[567] Cf. a distinção conceitual também feita por CARLOS HENRIQUE MAGALHÃES MARQUES, em "Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato e Encargos Sociais – Revisão de Preços" (*RDP* nº 91, p. 104).

[568] TRF-1ª Região (Rem. *Ex officio* nº 91.01.178911-DF, 3ª Turma, unân., Rel. Juiz VICENTE LEAL, publ. DJ 31/5/1993, *apud* ADCOAS 141051).

[569] STJ, Ag.Rg.-REsp 915.697-PR, 1ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 24.05.2007.

[570] Cf. arts. 60 e 61.

[571] Cf. art. 56, § 5º, do Estatuto.

[572] MARIA SYLVIA DI PIETRO, *"Temas Polêmicos",* p. 185.

[573] O prazo está previsto na Lei nº 4.320/64. O art. 167, § 2º, da CF, por sua vez, é expresso no sentido de que os créditos especiais e extraordinários têm sua vigência no exercício financeiro em que forem autorizados.

[574] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, "Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública", p. 394. Também: MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, "Licitações e Contratos Administrativos", p. 292.

[575] A Lei nº 9.648, de 27/5/1998 (antecedida pela MP 1.531/98 e outras anteriores), acrescentou mais um parágrafo ao art. 57. Segundo o dispositivo (§ 4º), os contratos de serviços contínuos ainda podem, em caráter excepcional e com justificação e autorização expressas da autoridade superior, ser prorrogados por mais doze meses.

[576] Art. 57, V, com redação da Lei nº 12.349, de 15.12.2010.

[577] Foi como decidiu, com acerto, o STF no MS 26.250, Min. AYRES BRITO, em 17.02.2010.

[578] Com a razão, portanto, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, quando averba que é "imperativo frisar que a prorrogação dos contratos administrativos deve se dar sempre em caráter excepcional, não podendo ser encarada como procedimento rotineiro..." ("Licitações" cit., p. 292).

[579] "*Direito Administrativo"* cit., p. 218. (grifos do autor)

[580] "Instituições de Direito Privado", vol. II, p. 272.

[581] Um dos casos de inexecução culposa é o que HELY LOPES MEIRELLES denomina de "fato da Administração" (ob. cit., p. 223), aquele que espelha descumprimento por ela de obrigações fixadas contratualmente, e do qual "decorrem os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste". Tem ela previsão no art. 78, XVI, do Estatuto.

[582] Art. 80, I a IV, Estatuto.

[583] Apesar da revogação do art. 583, CPC, pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006, a execução em foco pressupõe o título executivo judicial.

[584] Também: MARÇAL JUSTEN, *Comentários* cit., 9ª ed., p. 558.

[585] A execução fiscal é regulada pela Lei nº 6.830/80.

[586] STJ, REsp 476.450, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 24.10.2006 (*Informativo STJ* nº 302, nov./2006).

[587] Art. 78, XVIII, da Lei nº 8.666/93. O novo inciso do art. 78 foi introduzido pela Lei nº 9.854, de

27/10/1999.

[588] TJ-RJ (ApCív nº 16429/98, 18ª CCív, unân., Rel. Des. JORGE LUIZ HABIB, publ. DO de 26/5/1999).

[589] ADC 16-DF, Min. CEZAR PELUSO, em 24.11.2010.

[590] Art. 31 da Lei 8.212, de 24.07.91. Anote-se, porém, que esse dispositivo, mais de uma vez alterado, se limita a exigir que o contratante de serviço com cessão de mão-de-obra retenha 11% do valor da nota fiscal ou fatura; nenhuma alusão faz à responsabilidade do contratante.

[591] MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, p. 514.

[592] A oração completa é "*nemo potest venire contra factum proprium*". Em tradução livre, indica que ninguém pode conduzir-se contrariamente à sua postura inicial.

[593] Art. 422, Cód. Civil.

[594] RUY ROSADO AGUIAR JR, *A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, Aide, 1991, pp. 240/2. Também: STJ, REsp 47.015, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, 1997.

[595] ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *"Manuel de Droit Administratif",* p. 214. Aduz o autor que, embora estudado o tema a propósito dos contratos de concessão, incide também em todos os demais contratos administrativos.

[596] *"Direito Administrativo",* p. 210. Assinala ainda o grande publicista que "o fato gerador da imprevisão deve ser independente da vontade do beneficiário", o que confirma que não agiu com culpa e que ao evento não deu causa.

[597] Observa oportunamente MARIA SYLVIA DI PIETRO que o Direito brasileiro não contemplou objetivamente o instituto e que se poderia apontar o art. 55, II, *b,* da antiga Lei de Licitações e Contratos, que admitia o ajuste bilateral para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial, como tímido fundamento para seu reconhecimento (ob. cit., p. 211). O argumento persiste, porque o previsto é repetido no art. 65, II, *d,* do vigente Estatuto.

[598] CAIO TÁCITO, ob. cit., p. 207.

[599] "O Fato do Príncipe nos Contratos Administrativos", in RDPGERJ, nº 23, 1986, pp. 73-79.

[600] RIVERO, *"Droit Administratif",* p. 127. CAIO TÁCITO entende que, quando se trata de pessoa diversa, é de se aplicar a teoria da imprevisão.

[601] Em abono desse entendimento, DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 404.

[602] A respeito, diz textualmente RIVERO: "Quando o Poder Público (o príncipe) agrava, por fato seu, as condições de execução do contrato, pode ele ser obrigado a indenizar o contratado. A indenização *é agora integral*, isto é, igual ao prejuízo causado" (ob. cit., p. 127).

[603] A distinção entre o caso fortuito e a força maior tem suscitado inúmeras discrepâncias. Entretanto, o que importa é que, independentemente do sentido que se lhes empreste, ambos se caracterizam como *fatos imprevisíveis*. A *imprevisibilidade* é que figura como núcleo central daquelas situações. Sobre tais fatos, vide o tópico IV do Capítulo X.

[604] Cf. arts. 78, XVII, e 79, § 2º, do Estatuto. Nota-se, pois, que a solução do Estatuto é, nesse aspecto, mais favorável ao pactuante impossibilitado do cumprimento da obrigação, que a prevista no Código Civil.

[605] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 221.

[606] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 416.

[607] DIÓGENES GASPARINI lembra que, no caso de morte do contratado, pode o contrato ser extinto ou continuar com os sucessores, consoante o que estabelecer o contrato. No silêncio, todavia, há de considerar-se extinto, observação com que concordamos inteiramente (ob. cit., p. 417).

[608] Art. 49, § 2º, do Estatuto. Normalmente, é cabível a anulação quando a Administração contrata diretamente sob a errônea consideração de que se trata de caso de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. (TJ-RJ, Ap.Civ. 6.371/96, 8ª Câm.Cív., Rel. Des. LAERSON MAURO, reg. em 9.5.97).

[609] A hipótese é enfatizada pelo Estatuto no art. 60, parágrafo único: "É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento".

[610] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 211.

[611] MARIA SYLVIA DI PIETRO diz que o contratado deve ser indenizado se não participou do processo da ilegalidade do contrato, embora tenha aludido ao art. 49 do antigo Estatuto (ob. cit., p. 205). Esta

regra, porém, só se refere à indenização pelo que o contratado houver executado. Pensamos, no entanto, que, se a culpa da ilegalidade na contratação é creditada exclusivamente à Administração, há outros interesses do particular prejudicado suscetíveis de indenização, além daquele concernente ao que de fato executou.

[612] Corroborando o pensamento, vide STJ, REsp 1.096.917-PE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 09.10.2009.

[613] ALMIRO DO COUTO E SILVA, no trabalho "Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa *in Contrahendo* no Direito Administrativo Brasileiro" (*RDA* 217, pp. 163-171, 1999). O autor fez substancial estudo do direito comparado sobre o tema, especialmente o Direito alemão, e concluiu que, em face do art. 37, § 6º, da CF, que responsabiliza objetivamente o Estado por atos de seus agentes, essa seria a única solução viável para compatibilizar o art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 com aquele mandamento constitucional.

[614] Art. 79, § 1º, do Estatuto.

[615] No elenco de hipóteses ensejadoras da rescisão do contrato, o Estatuto prevê algumas que traduzem atuação culposa da Administração, como é o caso, por exemplo, de não liberação de área para a obra (denominado por alguns de *"fato da Administração"*), ou o atraso no pagamento por mais de 90 dias. Cf. art. 78, XIII a XVII, do Estatuto. Nessas hipóteses, dificilmente o particular verá reconhecidos seus direitos indenizatórios sem o recurso ao Judiciário.

[616] Art. 80, I a IV, do Estatuto.

[617] TJ-RS, Reex.Necess. 70.031.777.766, publ. 25.09.2009.

[618] STJ, RMS 27.759, Min. HUMBERTO MARTINS, em 14.09.2010.

[619] Cf. art. 79, § 2º, do Estatuto, que faz referência ainda à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pelo que tiver sido executado até a rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

[620] Vide os comentários sobre o tema no tópico respectivo dentro do Capítulo XV, aos quais acrescentamos indicações doutrinárias a respeito.

[621] No capítulo VIII, comentaremos o tema com maior detalhamento.

[622] Art. 87 do Estatuto.

[623] RENATO GERALDO MENDES só se refere a duas correntes (*"Lei de Licitações e Contratos Anotada"*, ZNT Edit., Curitiba, 3ª ed., 1998, p. 144).

[624] É a posição, dentre outros, de MARÇAL JUSTEN FILHO (*"Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos"*, Dialética, SP, 2000, p. 625) e de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (ob. cit., ed. 2001, pp. 295-296).

[625] MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS, *"Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos"*, Malheiros, 1995, p. 207); JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR (ob. cit., 5ª ed., 2002, p. 791).

[626] Em abono de nosso entendimento, decidiu, com absoluto acerto, o STJ no REsp 520.553-RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, em 03.11.2009.

[627] Com o mesmo entendimento, v. STJ, MS 13.964-DF, 1ª Seção, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 13.05.2009. Também: STJ, MS 14002, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, em 28.10.2009.

[628] É também a acertada observação de ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS, *Crimes na Lei de Licitações*, Lumen Juris, 2007, p. 26.

[629] Ob. cit., p. 354.

[630] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (ob. cit., p. 148). O autor desenvolve o tema à luz da teoria do *ato complexo*, originada do Direito alemão talvez por criação de Otto Gierke, como espécie do gênero *atos bilaterais*.

[631] DIOGO DE FIGUEIREDO admite que o convênio se transfigure em novo ente (ob. e loc. cit.). Entendemos melhor, contudo, a doutrina de HELY LOPES MEIRELLES, para quem os convênios refletem mera aquiescência de pessoas, estas sim autônomas (ob. cit., p. 355).

[632] Em abono dessa orientação, decidiu corretamente o STF no Inq. 1.957-PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 11.5.2005 (vide *Informativo STF* nº 387, maio/2005).

[633] Em contrário, HELY LOPES MEIRELLES, que, todavia, reconhece que o STF (*RTJ* 115/597) tem considerado inconstitucional a norma que exige autorização legislativa por intromissão indevida na

competência do Executivo (ob. cit., p. 355).

[634] A norma, embora de princípio programático, espelha um postulado do federalismo cooperativo, e, como bem ressalta CRETELLA JUNIOR, "longe de circunscrever-se ao âmbito local, interessa a todo o país, concretizando-se em normas de cooperação federais" (*"Comentários à Constituição de 1988",* vol. IV, p. 1.771).

[635] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 356.

[636] A referida lei foi regulamentada pelo Decreto federal nº 6.017, de 17.01.2007.

[637] A correta conclusão é de ALICE GONZALEZ BORGES, que ainda observa que os termos do art. 241 da CF são imprecisos e podem levar à indevida interpretação de que todos os entes federativos têm competência para legislar sobre o tema (*"Consórcios Públicos: Nova Sistemática e Controle"*, Rev. do Trib.Contas da Bahia, nº 1, nov./2005, pp. 188-189).

[638] Nossa obra *Consórcios Públicos*, Lúmen Juris, 2009, p. 26.

[639] MARCELO HARGER, *Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05*, Fórum, 2007, p. 68.

[640] Art. 1º, § 1º.

[641] Nossa obra *Consórcios Públicos* cit., p. 8.

[642] Destacando o costumeiro equívoco de "personalização" de convênios e consórcios administrativos, vide DAMIÃO ALVES DE AZEVEDO, no trabalho "*A natureza jurídica das associações de Municípios e dos consórcios intermunicipais"* (RDA 238/2004, pp. 375/384).

[643] É como observa FERNANDA MARINELA, *Direito Administrativo*, Ed. Podivm, vol. I, 2005, p. 371.

[644] O protocolo de intenções corresponde, na verdade, ao próprio conteúdo do ajuste. Por tal motivo, a lei reclama a inserção de várias *cláusulas necessárias* (art. 4º, I a XII), todas elas pressupostos de validade do negócio. Seu enunciado demonstra que tais cláusulas definem a atuação dos entes estatais e as formas de consecução de seus objetivos. A extensão da atuação também depende das pessoas federativas consorciadas; as normas que regulam a matéria estão no art. 4º, § 1º, do diploma em foco.

[645] Art. 6º, § 2º.

[646] É a conclusão firmada por ODETE MEDAUAR e GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, *Consórcios Públicos*, RT, 2006, p. 78.

[647] Nossa obra *Consórcios Públicos* cit., p. 40. Também: DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., 11ª ed., 2006, p. 345, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 466.

[648] Art. 5º, § 4º.

[649] No mesmo sentido: ALICE GONZALEZ BORGES, *"Consórcios Públicos: Nova Sistemática e Controle"* (Rev. Trib. Contas Bahia, nº 1, 2005, p. 192). *Contra*: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem se trata de nova espécie de entidade da Adm. Indireta (*Dir. Admin.* cit., 19ª ed., 2006, p. 466). Diversamente, consideramos tais associações como nova categoria *de autarquias*.

[650] É como pensa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que, todavia, reconhece a impropriedade da solução (*Dir. Admin.* cit., 19ª ed., 2006, p. 470).

[651] ODETE MEDAUAR e GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, *Consórcios Públicos*, RT, 2006, p. 75.

[652] É importante registrar que aos consórcios só foi conferido o poder de *efetivar* a desapropriação ou a servidão, seja por meio de acordo com o proprietário, seja por meio da competente ação de desapropriação. Neste caso, o consórcio será a parte autora da ação e aquele a quem incumbe indenizar o proprietário.

[653] Os aludidos efeitos estão mencionados no art. 2º, § 1º, I a III, da Lei 11.107.

[654] Com pessoa não participante, porém, a contratação poderá exigir prévia licitação, conforme o caso; no caso de ente participante, no entanto, o certame será naturalmente dispensado, como averba a lei. Aliás, poderá haver dispensa de licitação até mesmo com pessoa não participante, tudo dependendo, é claro, do objeto da contratação. No caso, aplicar-se-á a respeito a Lei nº 8.666/93.

[655] Art. 2º, § 3º.

[656] Como bem averba MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a expressão *contrato de programa* era empregada como ajuste ligado aos contratos de gestão previstos no art. 37, § 8º, da CF. Com a Lei nº

11.107, passou a ter o significado também de *convênio* entre entidades públicas (*Direito Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 472).

[657] Na opinião de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o art. 13, § 1º, é incompreensível porque um ente federativo não poderia ser concessionário de outro ((*Dir. Admin.* cit., 19ª ed., 2006, p. 474). Esse fato é verdadeiro, mas, segundo pensamos, o dispositivo refere-se à relação entre o consórcio como prestador do serviço e os usuários, e não entre os figurantes em si do consórcio.

[658] Tais normas reguladoras dos contratos de programa estão delineadas nos §§ 3º a 7º, do art. 13, da lei sob comento.

[659] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., 19ª ed., 2006, p. 467.

[660] Vide Capítulo VI.

[661] RAFAEL BIELSA, *"Derecho Administrativo",* tomo II, p. 157.

[662] SAYAGUÉS LASO, "Tratado de Derecho Administrativo", vol. I, p. 552.

[663] Estudaremos neste Capítulo as normas gerais de licitações para contratos de obras, serviços e compras previstos na Lei 8.666/93. As normas específicas para contratos de concessão comum e especial de serviços públicos (parcerias público-privadas) serão estudadas no capítulo próprio (Capítulo VIII).

[664] Aliás, a própria lei declarou o objetivo da licitação. V. art. 3º da Lei nº 8.666/93 – o Estatuto dos Contratos e Licitações.

[665] RAFAEL ENTRENA CUESTA, *"Derecho Administrativo",* vol. I, p. 249.

[666] A Lei nº 8.666/93 registrou expressamente esse aspecto de vinculação no art. 41.

[667] STF, ADI 1917/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 26.4.2007 (*Informativo STF* 464, abr./2007). O foco da decisão foi a Lei nº 1.624/97, do Distrito Federal.

[668] Embora estes mandamentos digam respeito mais estritamente à própria contratação, não é menor sua importância no que toca à licitação, e isto porque não é incomum ser esta indevidamente dispensada com o fito de ser eleito determinado particular para firmar o contrato, às vezes com ilícito locupletamento de certos administradores públicos.

[669] As Leis nº 8.987/95 (lei das concessões) e 11.079/2004 (concessões especiais; parcerias público-privadas) consignam algumas normas específicas sobre licitações para os contratos que disciplinam. Por questão de método, comentaremos as especificidades no capítulo destinado às concessões e permissões de serviços públicos (Capítulo VIII).

[670] A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.174, de 12.05.2010.

[671] Para a análise de tais normas, dedicaremos tópico próprio mais adiante.

[672] Art. 118 do Estatuto.

[673] Art. 1º, parágrafo único.

[674] Nesse sentido, decisão do STJ em relação a sociedade de economia mista voltada à atividade econômica (REsp 80.061-PR, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, julg. em 24.8.2004; *Informativo STJ* nº 219, ago./2004).

[675] STJ, REsp nº 683.668-RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 4.5.2006 (vide *Informativo STJ* nº 283, mai/2006); REsp nº 594.117-RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 18.5.2006 (*Informativo STJ* nº 285, maio/2006).

[676] Abonando esse entendimento, citem-se, entre outros, CARLOS ARI SUNDFELD (*"Licitação e Contrato Administrativo"*, Malheiros, 1994, p. 39) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("*Curso"* cit., p. 273). MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO parece ser contrária a essa posição ("*Temas Polêmicos sobre Contratos e Licitações"*, Malheiros, 2ª ed., 1995, pp. 20-21).

[677] É a incensurável observação de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (*"Licitação e Contrato Administrativo"*, Ed. Esplanada, 3ª ed., p. 388).

[678] Veja-se a respeito o trabalho de CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA, "*Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério"* (RDA nº 245, pp. 13/30, ano 2007).

[679] Veja-se o que dissemos a respeito no Capítulo IX, tópico V, no item destinado ao regime jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista.

[680] A despeito da dicção da lei, o Tribunal de Contas da União, depois de entender dessa forma, modificou

sua orientação, considerando excluídas tais entidades da incidência do Estatuto. Sobre o tema, vide as observações feitas adiante mais minuciosamente no Cap. IX, tópico VII, na parte relativa às pessoas de cooperação governamental.

[681] Art. 119 e parágrafo único do Estatuto. Advirta-se, ao ensejo, que o STF concluiu que o regime adotado para as licitações realizadas em face de entidades paraestatais prestadoras de serviços de telecomunicações é o previsto na Lei nº 9.472, de 16/7/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), não se lhes aplicando, em consequência, a Lei nº 8.666/93 (ADIN-MC 1668, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO, em 20/8/1998, *apud Informativo STF* 119, ago./98).

[682] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso"* cit., p. 245.

[683] TOSHIO MUKAI, "Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos", p. 16.

[684] HELY LOPES MEIRELLES, *"Licitação",* p. 40.

[685] Art. 112, § 1º, do Estatuto, com a redação dada pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005 (reguladora dos *consórcios públicos*). No Capítulo V, foi examinada a matéria atinente a esse instituto.

[686] MARÇAL JUSTEN FILHO, "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", p. 31.

[687] "Manual Prático das Licitações", p. 38.

[688] Foi como decidiu acertadamente o STF, a propósito de dispositivo da Constituição do Rio Grande do Norte (ADI 3.070-RN, Rel. Min. EROS GRAU, em 29.11.2007; *Informativo STF* nº 490, nov./2007).

[689] RAUL ARMANDO MENDES, "Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos", p. 11.

[690] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 27.

[691] Cf. IVAN RIGOLIN, ob. cit., p. 44.

[692] CARLOS ARY SUNDFELD, "Licitação e Contrato Administrativo", p. 21.

[693] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 307.

[694] Também: MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, p. 304.

[695] O art. 3º, § 1º, I, do Estatuto, com a alteração da Lei nº 12.349/2010, fez referência às sociedades cooperativas, para indicar a necessidade de preservar o princípio da competitividade..

[696] Vide TRF-2ª-R, AMS 19952-3, 5ª T, Rel. Juiz MAURO LUÍS ROCHA LOPES, publ. 07.04.2008; e Ap.Cív. 17871-0, 7ª T, Rel. REIS FRIEDE, publ. 25.03.2008.

[697] STJ, REsp 1.141.763-RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 23.02.2010. Também: STJ, REsp 1.185.638, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 10.08.2010. Esta decisão alude, inclusive a ajuste entre a União e o Ministério do Trabalho para vedar a contratação de cooperativas.

[698] Como veremos adiante, a Lei nº 12.349, de 15.12.2010, estabeleceu algumas exceções ao princípio.

[699] CARLOS ARY SUNDFELD, ob. cit., p. 23.

[700] *Também*: JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 4ª ed., 2002, pp.42/43. *Contra*: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional"* (RTDP nº 27, pp.5/10, 1999).

[701] Veja-se a definição nos inc. XVII e XVIII, do art. 6º, do Estatuto, com a alteração inserida.

[702] A nova lei estabeleceu critérios para as preferências: art. 3º, § 6º, Estatuto.

[703] É o que consta no novo art. 3º, § 7º, Estatuto.

[704] Art. 3º, § 8º, Estatuto.

[705] Art. 3º, 9º, Estatuto, com remissão ao art. 23, § 7º.

[706] Art. 3º. § 12, Estatuto.

[707] RAUL ARMANDO MENDES, ob. cit., p. 66.

[708] A respeito, vide JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 23, e MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Licitações* cit., pp. 142 e 147.

[709] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR (*Comentários* cit., p. 258).

[710] A exigência está no art. 26 do Estatuto, com a redação da Lei nº 11.107, de 6.4.2005.

[711] Sobre hipótese concomitante de dispensa pelo valor e de inexigibilidade, vide os comentários adiante no tópico específico a respeito da inexigibilidade de licitação.

[712] Resultam do percentual os valores de R$ 15.000,00, para obras e serviços de engenharia, e R$ 8.000,00, para outros serviços e compras.
[713] Art. 24, parágrafo único, do Estatuto, antes com a redação da Lei nº 9.648/98, e agora com a da Lei nº 11.107/2005.
[714] MARÇAL JUSTEN, aliás, realça acertadamente a distinção e conclui pela constitucionalidade da discriminação das pessoas administrativas no caso (*Comentários* cit., 9ª ed., 2002, p. 238).
[715] A ampliação foi introduzida no art. 24, parágr. único, do Estatuto, pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que regula os consórcios públicos. Sobre este instituto, vide Capítulo V.
[716] Em virtude de ser *fática* a situação e ainda porque não o exige a lei, entendemos que a declaração de calamidade, por decreto do Chefe do Executivo, não é a condição da dispensa, com o que lamentamos divergir de DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 317).
[717] Cf. art. 24, IV, do Estatuto.
[718] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, com citação, inclusive, das Decisões nº 820/96 e 927/2000, do TCU, admitindo a prorrogação (*Comentários* cit., 5ª ed., 2002, pp. 24-25). Também: MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, p. 242.
[719] Ob. cit., p. 81.
[720] Tem, por isso, toda procedência a crítica feita por IVAN RIGOLIN, de que o texto refletiu um péssimo momento da lei e uma demonstração de "subdesenvolvimento cultural e primitivismo mental próprios de um Estado semicivilizado", ao momento que se dificultou ou impediu ao máximo a ligação do Poder Público com a arte (ob. cit., p. 190).
[721] RAUL ARMANDO MENDES, ob. cit., p. 22.
[722] MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, "Licitações e Contratos Administrativos", p. 149.
[723] No fundo, é inegável que também esta se possa considerar hipótese de *licitação frustrada* (FLAVIO AMARAL GARCIA, *Licitações e Contratos Administrativos*, Lúmen Júris, 2007, p. 35).
[724] É como também consigna MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., p. 244.
[725] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Temas Polêmicos* cit., pp. 81-82.
[726] A correta observação é de MARÇAL JUSTEN FILHO, que exemplifica com o caso de sindicatos contratados para educação de adultos, ou de fundações de pesquisa contratadas para realizar concursos públicos, hipóteses de evidente *impertinência* (*Comentários* cit., 9ª ed. 2002, p. 255).
[727] Em contrário, MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 9ª ed., 2002, p. 265.
[728] Sobre tais entidades e as diferenças com as organizações sociais, vide os comentários feitos no capítulo destinado aos serviços públicos (Cap. VII).
[729] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, "Comentários à Nova Lei das Licitações", p. 133.
[730] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 321.
[731] No mesmo sentido, EDUARDO AZEREDO RODRIGUES, em "*Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica"*, publ. na Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, nº 1, pp. 171/8, ano 2005. *Contra*, admitindo a dispensa: MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, p. 249.
[732] É o que pensam também EDUARDO AZEREDO RODRIGUES, ob. e loc. cit.; DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., p. 458; e MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 248.
[733] É o pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação e Contrato Administrativo* cit., p. 53.
[734] Com o mesmo entendimento, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 275.
[735] O acréscimo decorreu da Lei nº 9.648, de 27.5.98.
[736] MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., p. 263.
[737] A acertada advertência é de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (*"Licitações e Contratos Administrativos",* p. 94).
[738] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 277.
[739] O dispositivo foi incluído pela Lei nº 9.648, de 27.05.98, sendo alterado pela Lei nº 12.349, de 15.12.2010, que acrescentou a aquisição de "insumos".

[740] A lei, impropriamente, mencionou apenas as siglas das entidades. São elas: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (fundação vinculada ao Min. da Educação); Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP (empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia); e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (fundação vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia).

[741] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 288.

[742] A legislação sobre energia elétrica é dispersa e abundante. Referem-se à matéria as Leis nos 8.987/95 e 9.074/95 (concessões); 9.427/96 (ANEEL) e a própria Lei nº 9.648/98.

[743] É a observação de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Licitações* cit., p. 161.

[744] Procedente, pois, a crítica de MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 263.

[745] Apenas como fonte de esclarecimento, *contrato de programa* é aquele em que em ente federativo projeta e regula as obrigações que assume perante outra pessoa da federação ou consórcio público, alvitrando a gestão associada de serviços públicos. Foi previsto no art. 13 da Lei nº 11.107/2005, que disciplina a matéria relativa aos consórcios públicos.

[746] Sobre os consórcios públicos, remetemos o leitor ao Capítulo V.

[747] Para MARÇAL JUSTEN, a solução, no caso, seria a de permitir o parcelamento do valor total para cada aquisição (*Comentários* cit., 9ª ed., p. 259). Com a devida vênia, porém, tal solução nos parece artificial e até mesmo incompatível com o sistema do Estatuto, que fixa a vedação de parcelamentos de contratação por serem quase sempre indicativos de fraude aos princípios, dentre outros, da legalidade e da competitividade. Já a situação de emergência e de risco para pessoas e serviços é indiscutível em face do curto período de permanência e da necessidade do abastecimento.

[748] No mesmo sentido, CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 50, e MARÇAL JUSTEN, *Comentários* cit., p. 258.

[749] A observação também foi feita por MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários* cit., p. 258), para quem deve ser tomada a providência de dar-se notícia à Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça. E também ao Ministério Público, acrescentamos nós, tendo em vista a ocorrência em tese de crime contra a ordem econômica (Lei nº 8.137, de 27.12.90).

[750] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., p. 284.

[751] É também como pensa MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários* cit., p. 258).

[752] MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., p. 259.

[753] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., p. 287, e CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação* cit., p. 50.

[754] Não custa lembrar que o art. 15, I, do Estatuto, admite, de forma genérica, que compras observem o princípio da padronização, o que, de certo modo, já permite incluir nesse dispositivo a hipótese focada no art. 24, XIX.

[755] Nesse sentido, a perfeita observação de EROS ROBERTO GRAU: "Assim, temos que há dois grupos nos quais se manifestam casos de inexigibilidade de licitação: de um lado os declarados nas discriminações enunciativas dos preceitos indicados; de outro, os albergados pelo enunciado *quando houver inviabilidade de competição* inscrito no *caput* desses mesmos preceitos normativos" ("Inexigibilidade de licitação: Aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico", *in RDP* 100, p. 32).

[756] JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*, Fórum, 2ª ed., 2005, pp. 463/4.

[757] Também: MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 2002, p. 271.

[758] Art. 13, § 2º.

[759] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 326.

[760] D. GASPARINI, ob. e loc. cit.

[761] JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES adverte quanto ao uso indevido de outras formas de comprovação (*Contratação Direta sem Licitação"*, Brasília Jurídica, 5ª ed., 2004, p. 555).

[762] MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 148.

[763] HELY LOPES MEIRELLES, *"Licitações"* cit., p. 104. Adverte ainda o autor que tal preferência deve ser formalizada na Administração e devidamente expressos os motivos da conduta administrativa, tudo com o fito de evitar simulação ao princípio da obrigatoriedade, previsto no art. 2º do Estatuto.

[764] Art. 25, § 1º, do Estatuto.

[765] No mesmo sentido, MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS ("*Contrato Administrativo"*, Ed. América Jurídica, 2ª ed., 2002, p. 508). Contra: Min. CARLOS ÁTILA, do TCU, em voto no Proc. TC nº 010.578/95-1, DJ de 28/11/95, p. 19.420 (citação na obra daquele excelente autor).

[766] EROS ROBERTO GRAU, "Inexigibilidade de Licitação – Serviços Técnico-Profissionais Especializados – Notória Especialização", *in RDP* 99, pp. 70 e seguintes.

[767] O STJ, aliás, julgou ilegal contrato firmado por Município com escritório de advocacia para serviços jurídicos sem singularidade, mesmo ressalvando a excelência dos advogados contratados (REsp 436.869-SP, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julg. em 6.12.2005; *Informativo STJ* 269, dez./2005).

[768] MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO PEREIRA advoga o entendimento, a nosso ver acertado, de que, como regra, o profissional de advocacia, pela natureza de sua atividade, pode ser contratado de forma direta (*Licitações e Contratos. Aspectos Relevantes* (obra conjunta), Ed. Fórum, 2007, pp. 97/104). Também: STJ, REsp 1.103.280-MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, em 16.04.2009.

[769] O TJ-SP já decidiu a respeito: "Licitação – Administração Pública – Dispensa – Inadmissibilidade. A notória especialização do contratado, por si só, é insuficiente para justificar a dispensa da licitação, sendo imprescindível o elemento necessidade por parte da Administração Pública" (ApCív nº 115.400-5/8-Monte Azul Paulista, 3ª Câm. Dir. Públ., unân., Rel. Des. PIRES DE ARAÚJO, julg. em 1/6/1999, apud ADCOAS 8175346).

[770] Vale a pena relembrar que os valores fixados, de modo absoluto, na lei, podem sofrer atualização anual pelo Poder Executivo federal, *ex vi* do art. 120 da Lei Licitatória, com a redação da Lei nº 9.648/98.

[771] Por exceção, a lei admite o leilão quando a aquisição se origine de procedimento judicial ou de dação em pagamento (art. 19).

[772] O Estatuto admite a tomada de preços quando haja cadastro de empresas estrangeiras e, o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país (art. 23, § 3º).

[773] Vide art. 42, §§ 3º e 4º, do Estatuto.

[774] Art. 21, § 2º, I, "b", e II, "a", da Lei Licitatória.

[775] Nessa hipótese, incide, da mesma forma, o art. 120 do Estatuto, pelo qual será admissível a atualização anual dos valores fixados na lei.

[776] A alteração, como vimos, foi introduzida pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que inseriu o § 8º, ao art. 23, do Estatuto.

[777] Na lei anterior, somente os já cadastrados participavam da tomada de preços. A lei vigente, como se viu, ampliou o universo de participantes.

[778] Art. 21, § 2º, II, "b", e III.

[779] HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 283.

[780] Sobre o tema, vale consultar o excelente trabalho de ANNA RITA TAVARES, "Desconsideração da Pessoa Jurídica em Matéria Licitatória" (*RTDP* nº 25, pp. 107-121, 1999). A autora mostra exemplo concreto desse tipo de fraude e, para enfrentá-la, admite a aplicação do *princípio da desconsideração da pessoa jurídica (disregard of legal entity)*, pela qual a responsabilidade da pessoa jurídica se transfere para os sócios quando estes se servem daquela para causar prejuízos a terceiros.

[781] Art. 23, § 4º.

[782] Relembramos aqui o que dissemos para as modalidades anteriores: as faixas de valor são computadas em dobro, no caso de *consórcios públicos* com o máximo de três pactuantes, e em triplo, se for maior a quantidade dos consorciados (art. 23, § 8º, do Estatuto, introduzido (o parágrafo) pela Lei nº 11.107, 6.4.2005, que regula os consórcios públicos).

[783] Cf. art. 21, § 2º, IV, do Estatuto.

[784] ANTÔNIO MARCELLO DA SILVA, *Contratações* Administrativas, RT, 1971, pp. 61/2. Assim também

decidiu o STJ no REsp nº 640.679-RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 11.4.2006 (*Informativo STJ* 292, abr/06). Note-se, contudo, que o juízo *a quo* entendera válido o certame.

[785] Com esse entendimento, ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos Jurídicos da Licitação* cit., 4ª ed., 1997, pp. 81/82, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Temas Polêmicos* cit., pp. 70/1.

[786] DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, *Temas Polêmicos* cit. (vários autores), pp. 68-69.

[787] Vide arts. 52, § 2º, e 111, do Estatuto.

[788] Observa, com razão, CARLOS ARY SUNDFELD que há pouca diferença entre a modalidade de concurso e a do tipo licitatório de *melhor técnica*. Neste, porém, a Administração deverá fixar *com objetividade* os critérios seletivos, ao passo que no concurso a tônica é o julgamento relativamente subjetivo (mas não arbitrário) (ob. cit., p. 86).

[789] Art. 53, § 2º.

[790] As regras básicas sobre as comissões estão no art. 51 e parágrafos do Estatuto.

[791] As licitações são *simultâneas* quando tiverem objetos similares e a realização seja prevista para intervalos não superiores a trinta dias; licitações *sucessivas* são aquelas, também com objetos similares, em que o edital subsequente tenha data anterior a cento e vinte dias após o fim do contrato referente à licitação precedente (art. 39, parágrafo único).

[792] *"Licitação"* cit., p. 110.

[793] Assentando tais premissas, vide STJ, REsp nº 354.977-SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 9.12.2003.

[794] V. art. 21, § 1º, do Estatuto.

[795] É o que averba, acertadamente, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, ob. cit., p. 213.

[796] Adverte JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR que a caducidade só pode mesmo dar-se na via administrativa, porque em nosso sistema de controle – de jurisdição una – é sempre assegurado o recurso à via judicial (ob. cit., p. 214). Com idêntico pensamento, márcia walquiria batista dos santos (*"Temas Polêmicos"* cit., vários autores, p. 162). Embora seja lógica tal conclusão, a tese é controvertida no STJ, como restou mencionado pela Min. ELIANA CALMON, no RMS 15.051-RS, 2ª Turma, julg. em 1/10/2002 (vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 149, out./2002).

[797] A correta advertência é de marcos juruena villela souto, *"Licitações"*, cit., pp. 188-189.

[798] Com a mesma opinião, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., pp. 439/440. *Contra*: MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, p. 386.

[799] Foi como decidiu, acertadamente, o STJ no REsp 1.059.501-MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ de 10.09.2009.

[800] No mesmo sentido, STF, RE 547.063-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 07.10.2008 (*Informativo STF* 523, out/2008).

[801] MS nº 5624-DF, 1ª Seção, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, publ. DJ 26/10/1998.

[802] STJ, Ag-REsp 960.503-RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 08.09.2009.

[803] Nesse sentido, decidiu o TJ-MG na Ap.Civ. 111.550-0, 2ª C.Cív., Rel. Des. SÉRGIO LELIS SANTIAGO, em 10.11.98.

[804] Foi o que, com exatidão, decidiu a 2ª Turma do STJ (REsp nº 172.199-SP, Rel. a Ministra ELIANA CALMON, julg. em 16/4/2001; vide Informativo *"Jurisprudência do STJ"* nº 92, abr./2001).

[805] Sobre o tema, consulte-se o trabalho de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *"A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos"* (RDA 138/2004, pp. 121/130). Como se observa no título, o autor estende a mesma possibilidade para os contratos de concessão de serviços públicos.

[806] HELY LOPES MEIRELLES, *"Licitações"*, ob. cit., p. 130.

[807] No mesmo sentido, CARLOS ARY SUNDFELD, ob. cit., p. 130.

[808] Não comungamos, com a devida vênia, da posição de MARIA SYLVIA DI PIETRO, para quem o art. 37, XXI, da CF teria suprimido a exigência de regularidade jurídico-fiscal prevista no art. 29, IV, do Estatuto (ob. cit., p. 244). Mais coerente, a nosso ver, é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual a inabilitação só deve ocorrer quando os débitos fiscais puserem em risco

a garantia do cumprimento das futuras obrigações (*"Curso"* cit., p. 266).

[809] O STJ já decidiu em semelhante sentido (REsp 974.854-MA, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 06.05.2008; *Informativo STJ* 354, mai/2008).

[810] A responsabilidade solidária foi instituída pelo art. 4º da Lei nº 9.032, de 28/4/1995, que deu nova redação ao art. 71, § 2º, do Estatuto. Destaque-se, ainda, que no convite podem ser dispensados os documentos de habilitação (art. 32, § 1º) e na tomada de preços podem ser substituídos pelo certificado cadastral quando houver informações em sistema informatizado (art. 32, § 2º, com a redação da Lei nº 9.648/98).

[811] Sobre o assunto, vide tópico XVIII deste Capítulo.

[812] Esse novo requisito consta do inciso V do art. 27 do Estatuto, introduzido pela Lei nº 9.854, de 27/10/1999.

[813] Foram repudiadas, por exemplo, inabilitações que tiveram por base a negativa de eficácia a balanço elaborado por profissional de contabilidade e ratificado por sócio-gerente da empresa (STJ, MS nº 563, 1ª Seção, unân., Rel. Min. HUMBERTO G. DE BARROS, publ. DJ 21/9/1998); ou a falta de assinatura dos dirigentes no balanço da empresa (STJ, MS nº 559, 1ª Seção, unân., Rel. Min. GARCIA VIEIRA, publ. DJ 21/9/1998); ou a consideração de que as cláusulas do contrato social não se harmonizavam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura (STJ, MS nº 5.606-DF, 1ª Seção, unân., Rel. Min. JOSÉ DELGADO, publ. DJ de 10/8/1998); ou o número mínimo de empregados (TRF da 5ª Reg., Ap. em MS nº 49137-RN, 3ª Turma, publ. DJ de 10/11/1995); ou, ainda, o período mínimo de três anos de existência (TRF 2ª Reg., RJ, Rem. ex officio 89.02.02.702-3, 2ª Turma, Rel. Juíza JULIETA LUNZ, publ. DJ de 19/10/1989).

[814] O STF suspendeu cautelarmente dispositivo de portaria do Ministério da Saúde em que, indevidamente, se exigia das empresas fornecedoras de medicamentos seu credenciamento junto à sociedade detentora do registro (vide ADI 4105, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 17.03.2010).

[815] Art. 32, § 1º.

[816] Art. 40, § 4º.

[817] É o que consta no art. 32, § 3º, do Estatuto.

[818] Art. 32, § 2º.

[819] O consórcio comum de empresas é regulado pelos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

[820] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 387.

[821] É também como pensa MARÇAL JUSTEN FILHO, que confessa ter mudado seu entendimento quando à questão da constitucionalidade (*Comentários* cit., Dialética, 9ª ed., 2002, p. 351).

[822] Foi como decidiu o STJ no REsp 710.534, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 17.10.2006 (*Informativo STJ* nº 301, out./2006).

[823] Veja-se a propósito EGON BOCKMANN MOREIRA, em *"Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas"* (RTDP nº 40, pp. 35/48, 2002).

[824] Ob. cit., p. 119.

[825] Art. 45, § 1º, I a IV, do Estatuto.

[826] No mesmo sentido, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ob. cit., p. 135.

[827] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 362.

[828] O STJ já decidiu: "Na licitação, impõe-se a desclassificação de proponente que, ao apresentar oferta, descumpre cláusula editalícia, não agindo assim a Administração, em desconformidade com o direito, quando o alija do certame" (MS nº 4.222-DF, Corte Especial, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, publ. DJ 18/12/1995, p. 44.453).

[829] No caso de obras e serviços de engenharia, considera-se inexequível a proposta de valor inferior a 70% do fixado pela Administração ou da média dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pelo Poder Público (art. 48, § 1º, introduzido pela Lei nº 9.648, de 25/7/1998).

[830] Comentamos tais regras específicas no tópico XVIII deste Capítulo.

[831] IVAN RIGOLIN, *Manual Prático das Licitações* cit., p. 400.

[832] LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso* cit., p. 325.

[833] Nesse sentido, as incisivas palavras de ADILSON DALLARI (embora se referindo à adjudicação como o ato de resultado final): "O adjudicatário não tem direito ao contrato, mas apenas o direito de não ser preterido e, além disso, de exigir da Administração a integração do procedimento licitatório (Aspectos Jurídicos da Licitação", p. 113). Com idêntica opinião, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ob. cit., p. 140).

[834] DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., p. 368.

[835] É como pensa ADILSON DALLARI, *Aspectos Jurídicos* cit., p. 112.

[836] Também: ADILSON DALLARI, *Aspectos Jurídicos da Licitação* cit., 7ª ed., 2006, p. 159; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (e outras), *Temas Polêmicos* cit., 5ª ed., 2001, p. 232 (embora aludindo à aplicação do art. 48, § 3º, do Estatuto).

[837] É claro que, sendo desclassificado o único licitante, será o caso de *licitação frustrada*, impondo-se a realização de novo certame, como já decidiu o TRF-2ª R (AMS 5931-6, 8ª T, Rel. Des. RAUDÊNIO COSTA, publ. 07.04.2008).

[838] Art. 49 do Estatuto.

[839] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 359. No mesmo sentido: FLÁVIO AMARAL GARCIA, *Licitações* cit., p. 31.

[840] MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (ob. cit., p. 217) e JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR (*"Comentários"* cit., 5ª ed., 2002, p. 454), registrando-se, porém, algumas opiniões em contrário (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 279; LUCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. cit., p. 325).

[841] Como bem assinala ADILSON DALLARI, "a licitação, no momento em que é aprovada, aperfeiçoa uma promessa de contrato, um compromisso de contratar, emergindo daí um direito ao contrato" (ob. cit., 2ª ed., p. 186).

[842] ADILSON DALLARI afirma peremptoriamente: *"A adjudicação é um ato vinculado, tanto no tocante à sua prática quanto ao seu conteúdo"* (ob. cit., p. 153). Contra: DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 359).

[843] Em abono desse entendimento, FLÁVIO AMARAL GARCIA, *Licitações* cit., p. 31.

[844] Ob. cit., p. 186. Averbe-se que pode haver dúvida quanto à caracterização da responsabilidade, se contratual ou extracontratual. Avulta, no entanto, no caso, a ideia de que haverá dever indenizatório em favor do prejudicado, cabendo-lhe apenas provar os prejuízos que sofreu em decorrência de não ter sido firmado o respectivo pacto administrativo.

[845] Em consonância, diga-se por oportuno, com a orientação firmada nas Súmulas nºs 346 e 473 do STF.

[846] Art. 49, § 2º, c/c art. 59, parágrafo único, da Lei Licitatória.

[847] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 372.

[848] ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa *In Contrahendo* no Direito Administrativo Brasileiro", *in RDA* 217/168 (1999). O autor invoca, ainda, como fundamentos os princípios da fé pública

e da presunção de legitimidade dos atos do Poder Público, configurando-se o que a doutrina alemã denomina de "proteção da confiança". Quanto à inconstitucionalidade do art. 49, § 1º, o autor informa que idêntico pensamento tem MARÇAL JUSTEN FILHO (*"Comentários"* cit., pp. 497 e seguintes)

[849] STJ, REsp 959.733-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 19.11.2007.

[850] No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., p. 448.

[851] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., p. 525.

[852] Assim também decidiu o STF em caso de revogação efetivada após a habilitação dos participantes (ROMS 24.188-DF, 2ª Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 14.09.2007).

[853] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 370. Contra: HELY LOPES MEIRELLES, *"Licitação"* cit., p. 160. Parece-nos contraditória a posição desse grande autor: diz ser um erro considerar-se discricionário o ato, porque apenas a valoração do interesse público fica ao alvedrio da Administração. Ora, é exatamente essa valoração que qualifica o ato como discricionário...

[854] Discordamos, pois, da opinião de HELY LOPES MEIRELLES (*"Dir. Adm. Bras."*, cit., p. 276). Em abono do nosso entendimento, v. IVAN RIGOLIN (ob. cit., p. 260). Ressalve-se, para ficar bem claro,

que a hipótese é diversa daquela em que a licitação já foi até homologada: aqui a Administração não tem desculpa. A revogação de que tratamos é exatamente aquela que, em razão dos fatores supervenientes, acabou por não gerar a homologação.

[855] Art. 109, § 2º, da lei.

[856] HELY LOPES MEIRELLES, *"Licitação",* p. 185. Esclarece o autor que a essa imutabilidade da decisão é que alguns denominam de *coisa julgada administrativa*, expressão imprópria para caracterizar o referido fato administrativo preclusivo.

[857] MARÇAL JUSTEN FILHO critica esse rigor punitivo. Afirma que o caso é do que se denomina atualmente de *criminalidade econômica*, em que de maior valia seriam as penas de caráter pecuniário, como decorre de tendência moderna da política criminal. Com a vênia devida, entendemos graves as condutas, pois que todas dizem respeito ao próprio erário público. O que se nota atualmente é a resignação da sociedade por não vislumbrar a aplicação da lei penal justamente aos criminosos de *colarinho branco*.

[858] Veja-se sobre o tema ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS, *Crimes da Lei de Licitações*, Lumen Juris, 2007. Vide também o que dissemos no Capítulo anterior, no tópico referente aos crimes e penas.

[859] Também: STJ, RHC 18.598-RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 06.11.2007 (*Informativo STJ* nº 338, nov./2007).

[860] Também: STF, RE 464.621-RN, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 14.10.2008.

[861] Sobre essa nova modalidade licitatória, consultem-se os trabalhos *"O pregão como nova modalidade de licitação"*, de nossa autoria (Revista *"Doutrina",* vol. 10, ano 2000) e *"Pregão: nova modalidade licitatória"*, de MARÇAL JUSTEN FILHO (*RDA* 221, ano 2000).

[862] A doutrina constitucionalista distingue a natureza das leis oriundas da União Federal. Lei nacional é aquela cujas normas se aplicam indistintamente a todo o território nacional, ao passo que lei federal é aquela editada para ter eficácia exclusivamente junto aos órgãos federais, sem abranger, por isso, as demais pessoas da federação.

[863] A União fez editar o Decreto nº 5.450, de 31.5.2005, pelo qual regulamentou, no âmbito federal, o pregão na forma eletrônica, previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.520/2002.

[864] Art. 9º.

[865] O art. 1º da nova lei diz que, para a aquisição de bens e serviços comuns, *poderá* ser adotada a modalidade de pregão.

[866] Art. 4º, Decreto nº 5.450, de 31.5.2005.

[867] O pregão na forma eletrônica, contudo, não se aplica aos contratos de obras de engenharia e às locações imobiliárias e alienações de modo geral (art. 6º, Decreto nº 5.450/2005).

[868] No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão comum e Eletrônico)*, Dialética, SP, 4ª ed., 2005, p. 215).

[869] Art. 11.

[870] Esses elementos comparativos foram muito bem explanados por JOEL DE MENEZES NIEBUHR, em sua excelente obra *Pregão Presencial e Eletrônico*, Zênite, 4ª ed., 2006, pp. 281-287.

[871] A lei fala impropriamente em *aquisição de bens e serviços comuns*. Bens são realmente adquiridos, mas serviços, sendo atividades, são tecnicamente *contratados*.

[872] Art. 1º, parágrafo único.

[873] O citado decreto sofreu algumas alterações pelos Decretos nºs 3.693, de 20/12/2000, 3.794, de 6/4/2001 e 7.174, de 12/5/2010.

[874] O art. 2º da MP 2.182-18/2001 consignava expressamente que o pregão podia ser adotado *"qualquer que seja o valor estimado da contratação"*. Na Lei nº 10.520, o art. 2º foi vetado. Não obstante, embora aquela norma esteja revogada, deve entender-se que não há restrição quanto ao valor, eis que todo o sistema do pregão foi calcado no critério *da natureza dos bens e serviços*, além de que não há qualquer restrição quanto ao *valor* da contratação.

[875] Art. 12 da Lei nº 10.520/2002. Na verdade, esse dispositivo introduz o art. 2º-A, com os incisos I a III, na Lei nº 10.191, de 14/2/2001, e nele dá as linhas da nova disciplina.

[876] Art. 3º, I a IV.
[877] Art. 3º, inc. IV.
[878] Art. 3º, IV. O Decreto nº 3.555/2000 também previu a aludida equipe de apoio e os aspectos de sua composição (art. 10).
[879] Na Administração federal, a matéria, como vimos, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.450, de 31.5.2005, que, inclusive, revogou o Decreto nº 3.697, de 21.12.2000, que regulava o assunto. Os demais entes federativos, porém, têm competência para editar seus próprios regulamentos.
[880] Para aplicação no âmbito da União, foi editado o Decreto nº 3.555/2000, que estabelece faixas de valor como critério de convocação. O Diário Oficial e o meio eletrônico, porém, são sempre exigíveis. Mas, dependendo da faixa, pode: a) não haver publicação em outro jornal; b) ser exigida publicação em jornal de circulação local; c) determinar-se a publicação em jornal de grande circulação regional ou nacional (art. 11, I, "a" a "c").
[881] Art. 4º, V.
[882] Art. 21, § 2º, I a IV, da Lei nº 8.666/93.
[883] É o preceito que está no art. 6º do referido diploma.
[884] Art. 12 do Decreto nº 3.555/2000.
[885] Sob idêntica inspiração, entendemos aplicável ao pregão, da mesma forma, o art. 41, § 1º, do Estatuto, que assegura para o licitante o direito de impugnação do ato convocatório.
[886] O princípio da publicidade ampla está expresso no art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que permite a qualquer cidadão acompanhar o procedimento licitatório. A condição de cidadania consente, ainda, que terceiros possam impugnar os termos do edital, se houver vulneração à lei reguladora (art. 41, § 1º, Estatuto).
[887] Art. 17, Decreto nº 3.555.
[888] Art. 4º, XVI.
[889] Arts. 43, IV, e 48 da Lei nº 8.666/93.
[890] Art. 11, IX e XI, do Dec. 3.555/2000. Parece-nos, porém, que, sendo omissa a lei a respeito, pode o ente federativo dispor de forma diferente sobre a referida sequência de lances orais, já que se trata de matéria própria de atos regulamentares.
[891] É a hipótese contemplada no art. 48, II, do Estatuto, que, para a verificação do preço superfaturado ou inexequível, considera os custos dos insumos e os coeficientes de produtividade.
[892] Art. 4º, XVII.
[893] Art. 45, § 3º.
[894] Para exemplificar: se a melhor proposta foi 100, e duas microempresas tiverem oferecido 103 e 104, será convocada a primeira; entretanto, se tiverem oferecido 106 e 107, nenhuma será convocada, já que, ultrapassado o percentual de 5%, inexistirá o empate legal.
[895] Sobre o tema, vide nossos comentários no tópico XVIII deste Capítulo.
[896] É o que dispõe o art. 4º, XII.
[897] Art. 4º, XIV.
[898] Art. 4º, XVIII.
[899] Art. 4º, XVIII, da Lei 10.520, e art. 11, XVII, do Decreto nº 3.555.
[900] Art. 4º, XXI e XXII.
[901] As vedações estão contempladas no art. 5º, I a III.
[902] Art. 7º da Lei nº 10.520/02 e art. 14 e parágrafo único, Decreto nº 3.555.
[903] Art. 18.
[904] Art. 8º.
[905] Vejam-se os comentários no tópico V do referido Capítulo. Lembramos que o Decreto nº 6.204, de 05.09.2007, regulamentou o Estatuto para a administração pública federal.
[906] É o pensamento de JAIR EDUARDO SANTANA e EDGAR GUIMARÃES (*Licitações e o Novo Estatuto da Pequena e Microempresa*, Fórum, 2ª ed., 2009, p. 25).
[907] JAIR EDUARDO SANTANA e EDGAR GUIMARÃES reconhecem que essa é a posição do TCU a

respeito: acórdãos nºs 702/2007 e 2.144/2007 (ob. e loc. cit.).

[908] Art. 49, I c/c arts. 47 e 48.

[909] Art. 42.

[910] Art. 43, § 1º.

[911] Tal critério está previsto no art. 44.

[912] Um exemplo esclarece o procedimento: A, empresa comum, ofereceu o menor preço: 100; B, C e D, microempresas, propuseram os preços de 105, 107 e 107, respectivamente. Convoca-se a empresa B para oferecer proposta menor que 100; se ela oferece 99, será a contratada; caso não o faça, convocam-se as remanescentes (C e D), mas, como estas apresentaram os mesmos valores, deverá sortear-se a que poderá oferecer *primeiramente* sua nova proposta.

[913] É a ressalva contida no art. 45, § 2º.

[914] Vejam-se outros aspectos de contratação e licitação no já referido tópico V do Capítulo anterior, destinado aos *sujeitos do contrato*.

[915] Art. 5º.

[916] Art. 6º, II, III e V.

[917] Na hipótese de convite, a lei admite, diante de eventuais dificuldades, que a subcomissão técnica seja substituída pela comissão permanente ou, não havendo esta, por servidor que tenha conhecimento na área de comunicação (art. 10, § 10). Como se vê, nem sempre será possível atender a tais exigências.

[918] Arts. 6º, I e 11, XI.

[919] A mesma perplexidade é compartilhada por CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Divulgação Institucional* cit., pp. 196/197.

[920] Essa distinção básica dos sentidos subjetivo e objetivo é adotada por JEAN RIVERO, que se refere a *"définition organique"* e *"définition matérielle"* (*"Droit Administratif",* p. 424).

[921] ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO aponta tais concepções, dividindo-as nos sentidos amplíssimo, amplo, restrito e restritíssimo (*Direito dos Serviços Públicos*, Forense, 2007, pp. 144-149).

[922] ANDRÈ DE LAUBADÈRE, "Manuel de Droit Administratif", p. 21.

[923] "Manual de Direito Administrativo", tomo II, p. 1.043.

[924] "Droit Administratif Allemand", p. 198.

[925] MANUEL MARIA DIEZ, *"Manual de Derecho Administrativo",* tomo II, p. 16.

[926] "Direito Administrativo Brasileiro", p. 289.

[927] "Direito Administrativo", p. 80.

[928] É claro que, além dessas, é possível catalogar outras classificações de serviços públicos, fundadas em critérios diversos. Referimo-nos a elas em outros tópicos mencionados adiante. Os *serviços comuns* e *privativos* são estudados no tópico relativo à competência. No tópico concernente à remuneração, tratamos dos *serviços remunerados* e *gratuitos*. Podem ainda ser *centralizados* ou *descentralizados* (vide tópico da Execução do Serviço). Admite-se também classificá-los como *serviços compulsórios* e *facultativos,* de um lado, ou *suspensíveis* e *contínuos,* de outro, como se poderá verificar nos tópicos relativos aos princípios da continuidade e da remuneração.

[929] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Brasileiro* cit., p. 290.

[930] DIÓGENES GASPARINI adota essa classificação (*Dir. Administrativo* cit., p. 222).

[931] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 291) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 84).

[932] O serviço é disciplinado pela Lei nº 6.538/78, sendo executado, em monopólio federal, pela ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, criada pelo Decr.-lei n° 509/69, a quem foi atribuída a exclusividade de execução ("*privilégio*").

[933] Vide ADPF 46/DF, Rel. Min. EROS GRAU, em 05.08.2009 (*Informativo STF nº 554*). A discussão não deixou dúvida de que o serviço postal é serviço público; a discrepância cingiu-se à maior ou menor extensão do sentido de "*serviço postal*".

[934] STF, ADI 3.136-MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, e ADI 3.135-PA, Rel. Min. GILMAR MENDES (*Informativo STF* nº 434, ago./2006).

[935] STF, ADI 3729-SP, Rel. Min.GILMAR MENDES, em 17.09.2007 (*Inform.STF* nº 480, set./2007).

[936] STF, ADI 845-AP, Rel. Min. EROS GRAU, em 23.11.2007 (*Informativo STF* nº 489. nov./2007). No caso, tratava-se de inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual.

[937] Tal competência foi consolidada pela Súmula Vinculante nº 2, do STF (vide tópico de Súmulas, ao final deste Capítulo).

[938] Em relação aos serviços comuns, dificilmente haverá, em nosso entender, absoluta coincidência quanto aos aspectos da prestação, dadas as peculiaridades de cada pessoa federativa e os interesses que protege. Apesar disso, HELY LOPES MEIRELLES vislumbra essa possibilidade, entendendo que, se inteiramente coincidentes, deve prevalecer o da esfera superior, por serem excludentes e, havendo pontos específicos, devem estes subsistir por serem complementar-supletivos (ob. cit., p. 295).

[939] O STF, aliás, em litígio entre Município e entidade estadual prestadora dos referidos serviços, reformou acertadamente tutela antecipada concedida àquele exatamente pela falta de recursos técnicos e humanos para dar continuidade ao serviço (STA – Susp. Tutela Antecipada nº 26-Agr/PE, Rel. Min. NELSON JOBIM, em 1.6.2005 (*Informativo STF* nº 390, jun./2005). A decisão, porém, foi anulada no julgamento do Agravo Regimental.

[940] Em abono de nosso entendimento quanto à titularidade do serviço, vide o trabalho de RICARDO MARCONDES MARTINS, "*Titularidade do serviço de saneamento básico"*, em RDA 249, pp. 170/195, ano 2009.

[941] Para mais profundo exame da matéria, vide LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO, em *Direito do Saneamento*, Ed. Millennium, 2007.

[942] FRITZ FLEINER, ob. cit., p. 203.

[943] MARCELO CAETANO, ob. cit., p. 1.050.

[944] GEORGES VEDEL, *"Droit Administratif",* p. 814.

[945] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 224.

[946] VEDEL, ob. cit., p. 816.

[947] O STJ, confirmando vários julgados, admitiu expressamente a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica por inadimplemento do usuário (REsp 510.478-PB, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, julg. em 10/6/2003; vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 176, jun./2003). Em idêntico sentido, a Súmula nº 83 do TJ/RJ: *"É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei"* (julg. em 12/09/2005).

[948] Nesse sentido, é expresso o art. 6º, § 3º, I, da já referida Lei nº 8.987/95.

[949] Vide STJ, REsp 935.468-AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 24.03.2009.

[950] Vide a respeito LUIZ EMYGDIO DA ROSA JR. (*"Manual de Direito Financeiro e de Direito Tributário",* pp. 390-391).

[951] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 297).

[952] STJ, REsp 201.112-SC, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, em 20.04.99 (*Informativo STJ* nº 15, abr/99). Vide também REsp 782.270-MG, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 18.10.2005, em que se considerou ser o serviço remunerado por taxa, ainda que prestado por concessionário (*Informativo STJ* nº 265, out./2005).

[953] RE (Agr) 201.630-DF, Rel. Min. ELEN GRACIE, publ. DJ de 2/8/2002 (vide transcrição do acórdão no *"Informativo STF"* nº 275, ago./2). A decisão menciona, inclusive, precedentes: ERE 54.491-PE e RREE 85.268-PR e 77.162-SP. No caso, a discussão versava sobre tarifa adicional da água, cujo tratamento foi o mesmo aplicado à sobretarifa de energia elétrica.

[954] RICARDO LOBO TORRES ensina que o serviço de água deveria gerar remuneração através de preço público (tarifa), mas que, em tese, poderia também ser cobrado por meio de taxa (*Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Renovar, 12ª ed., 2005, p. 190).

[955] Resp nº 337.965-MG, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 2/9/2003 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 182, set./2003*).* Na decisão, há remissão à posição contrária adotada pela 1ª Turma do mesmo Tribunal.

[956] REsp nº 363.943-MG, 1ª Seção, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, em 12/11/03 (Vide

Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 195, dez./2003). Também: REsp 596.320-PR, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 12.12.06 (*Informativo STJ* nº 308, dez./2006).

[957] EREsp 690.609-RJ, 1ª Seção, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 26.03.2008 (*Informativo STJ* nº 349, mar/2008).

[958] No mesmo sentido: STJ, REsp 909.146-RN, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 04.05.2007. Também: REsp 1.040.147-RS, 2ª T, Rel. Juiz Convocado CARLOS MATHIAS, DJ 19.05.2008.

[959] TJ-RJ, Ap.Civ. 350.258, Des. RICARDO CARDOZO, em 27.04.2010, e TJ-SC, AMS 28.069, Des. JOSÉ VOLPATO, publ. 05.05.2010.

[960] (ApCív nº 110.283/9, 4ª CCív, Rel. Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO, publ. no DO de 10/3/1999). Idêntica linha foi adotada pelo TJ-SP (ApCív nº 236.975/1, 3ª CCív, Rel. Des. EDUARDO BRAGA, em 6/6/1995).

[961] STJ, REsp 628.833-RS, 1ª Tuma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 22.06.2004 (*Informativo STJ* nº 215, jul./2004).

[962] REsp 460.271-SP, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, 6/5/2004 (*Jurisprudência STJ* nº 207, maio/2004). No mesmo sentido: REsp 853.392, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 21.09.2006 (*Informativo STJ* nº 297, set./2006). REsp 848.784-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 09.02.2008 (*Informativo STJ* nº 345, fev/2008).

[963] O STJ, na SS 1.764-PB, Rel. Min. ARI PARGENDLER, em 27.11.2008, denegou recurso de Município, que, mesmo inadimplente com a tarifa de água e esgoto, pleiteava a continuidade do serviço.

[964] STJ, Súmula 356, referente a serviços de telefonia fixa (vide texto no tópico relativo às Súmulas). Também: STJ, REsp 911.802-RS, 1ª Seção, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 24.10.2007. Ainda: Súmula 84 do TJ-RJ.

[965] A 19ª Câm.Cível do TJRS, no Proc. 70017122979, Rel. o Des. MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA, considerou, por maioria, ilegal a cobrança de tarifa mínima do serviço de telefonia móvel (www.gazetajuris.com.br, de 29.11.2006). Vide também: STJ, Rcl. 4.983, Min. CESAR ASFOR ROCHA, em 10.12.2010.

[966] À guisa de exemplo, cite-se o Estado de S.Paulo, que editou lei proibindo a cobrança da "assinatura mensal" nos serviços de telecomunicações. O STF, porém, suspendeu sua vigência por ofensa à competência legislativa da União (ADI 4369, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 23.06.2010).

[967] DIÓGENES GASPARINI exemplifica com as hipóteses do serviço de iluminação pública em local sem construções e da implantação de grupo escolar para mil e duzentos alunos onde a localidade tem universo de apenas duzentos e cinquenta alunos (ob. cit., p. 224). Essas distorções, como se pode observar, podem ser evitadas dentro da Ciência da Administração, na qual se pode avaliar a relação custo/benefício do serviço.

[968] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *"Direito Administrativo Didático",* p. 235.

[969] MANUEL MARIA DIEZ, ob. cit., p. 17.

[970] *Contra*, entendendo ser ilegítima a cobrança: STF, RE 500.171-GO, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 13.08.2008 (com quatro votos vencidos). A hipótese referia-se à taxa de matrícula em universidade pública para a criação de um fundo em favor de estudantes de baixa condição socioeconômica. Vide também Súmula Vinculante nº 12, STF.

[971] Esse é também o entendimento de ADILSON ABREU DALLARI, retratado no trabalho *"Cobrança de taxa remuneratória do serviço de coleta de lixo"* (*RTDP* vol. nº 25, pp. 20-32, 1999).

[972] O STF já decidiu que é inconstitucional a lei municipal (no caso, as Leis nºs 6.989/66 e 11.152/91, do Município de S. Paulo) que institua taxa para remunerar serviços de limpeza pública não mensuráveis, inespecíficos e indivisíveis para contribuinte determinado, sendo, ainda, vedado tomar por base de cálculo elemento que sirva de fator para o cálculo do IPTU, como é o caso da área do imóvel (RE nº 204.827, Pleno, maioria, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, publ. DJ de 25/4/1997, p. 15.213).

[973] STF, Súmula Vinculante nº 19 (out/2009).

[974] STF, RE 576.321, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 04.12.2008.

[975] Sobre o tema, vide MARCOS PAULO MARQUES ARAÚJO, *Serviço de Limpeza Urbana à luz da Lei de Saneamento Básico*, Ed. Fórum, 2008, pp. 360/365, e CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, no excelente trabalho "*Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana*" (*in* RDA nº 216, pp.75/108, ano 1999).

[976] Na oportunidade, comentamos que, a despeito de hesitações, a tendência atual é considerá-lo como serviço de natureza contratual e, por consequência, remunerado por tarifa. Vide o que dissemos em nota de rodapé no tópico relativo aos princípios administrativos (Tópico VI, item nº 2, retro).

[977] Vide Súmula 407 do STJ.

[978] Outro exemplo é a Tarifa Social de Energia Elétrica, instituída pela Lei nº 10.438, de 26.04.2002, em benefício de usuários de baixa renda.

[979] SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *"Curso de Direito Tributário Brasileiro"*, Forense, 1999, p. 148.

[980] Súmula nº 670. Essa indevida forma de cobrança, adotada por vários Municípios, é que mobilizou a promulgação da E.C. 39/2002, que, inserindo o art. 149-A na CF, admitiu que o custeio do serviço de iluminação pública possa efetuar-se por contribuição imposta por Municípios e pelo Distrito Federal, na forma das respectivas leis, facultando-se a cobrança na fatura de consumo de energia elétrica (art. 149-A, parágrafo único, CF).

[981] Sobre a *tarifa mínima*, vide as observações que fizemos anteriormente neste Capítulo, no tópico relativo ao *Princípio da Continuidade*.

[982] Com acerto decidiu o TJ-RJ: Enunciado nº 21 (v. Aviso 55/2009).

[983] TJ-RJ, Ap.Civ. 350.258, Des. RICARDO CARDOZO, em 27.04.2010.

[984] STJ, REsp (AgRg) 1.166.704-RJ, Min. HUMBERTO MARTINS, em 09.02.2010.

[985] STJ, REsp (AgRg) 1.101.8440RJ, Min. HERMAN BENJAMIN, em 04.02.2010.

[986] Art. 168, I, Lei 5.172/66: 5 anos a partir da extinção do crédito tributário.

[987] Art. 27, Lei 8.078/90: 5 anos a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

[988] Art. 205, Cód.Civil: 10 anos a partir da violação do direito (art. 189, CC). Dependendo da época, pode ter que aplicar-se o C.Civil de 1916: prazo de 20 anos (art. 177). Se aplicáveis ambos os Códigos, incide o art. 2.028, do Código vigente, norma de direito intertemporal.

[989] Súmula 412, STJ.

[990] Embora lacônico o dispositivo constitucional, é de entender-se presentes os dois elementos da contribuição de melhoria – a *despesa* com as obras e a *valorização* dos imóveis em decorrência daquelas. A respeito, vide RICARDO LOBO TORRES (*Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Ed. Renovar, 12ª ed., 2005, p. 408), que, inclusive, informa ser esta também a posição do STF.

[991] "Direito Administrativo", p. 251.

[992] Ob. e loc. cit. O autor demonstra que essa é a doutrina dominante, encontrando apoio nos ensinamentos de LAUBADÈRE, DUGUIT, GARRIDO FALLA, DUEZ E DEBEYRE.

[993] VEDEL relembra que, no Direito francês, a defesa do direito do usuário preterido se faz através do recurso por excesso de poder, interposto na via do contencioso administrativo (ob. cit., p. 817).

[994] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 295.

[995] Nesse sentido, VEDEL (ob. e loc. cit.) e LAUBADÈRE (ob. cit., p. 264). Na doutrina pátria, D. GASPARINI (ob. cit., p. 226) e HELY L. MEIRELLES (ob. cit., p. 295).

[996] Arts. 2º, 3º e 22 da Lei nº 8.078.

[997] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 227. O Estatuto das Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95) consigna alguns deveres atribuídos aos usuários, direcionados a possibilitar a melhor execução do serviço público concedido (vide art. 7º).

[998] Pode considerar-se também execução indireta aquela que decorre de contratação com terceiros por parte da pessoa incumbida da prestação do serviço. Exemplo: sociedade de economia mista quando contrata com outras empresas para executar o serviço de manutenção de redes elétricas. Sob esse prisma, pois, haverá execução indireta tanto em relação às pessoas incumbidas *originariamente* da execução direta como da indireta.

[999] RIVERO faz, inclusive, a distinção dessa forma de descentralização em regimes federativos, como o do Brasil, e em regimes unitários, como na França. Explica que, no primeiro caso, já existe uma

descentralização no quadro das competências constitucionais, ao passo que, no segundo, é a lei comum que consuma a transferência (*"Droit Administratif",* pp. 307-309).

[1000] Nesse sentido, HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Brasileiro* cit., p. 298, e DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., p. 233. RIVERO também faz a distinção e considera a desconcentração forma de prestação centralizada do serviço (*Droit Administratif* cit., p. 307).

[1001] Exemplo de desconcentração administrativa ocorreu quando o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, um órgão único, se subdividiu em dois: o Ministério do Trabalho e o Ministério da Previdência Social. Ou quando o Ministério da Educação e Cultura foi desmembrado em Ministério da Educação e Ministério da Cultura.

[1002] A despeito de serem duas as formas *básicas e tradicionais* de descentralização dos serviços públicos, pode dizer-se que atualmente vem sendo desenvolvida uma terceira modalidade – a do regime de parceria, que veremos mais adiante.

[1003] É como pensam HELY LOPES MEIRELLES (*Dir.Admin.Brasileiro* cit., 29ª ed., 2004, p. 331) e DIÓGENES GASPARINI (*Dir. Administrativo* cit., 9ª ed., 2004, p. 298).

[1004] PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA, *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*, Lumen Juris, 2003, pp. 35/43. Quanto aos convênios, preferimos estudá-los em separado, no regime de parceria, conquanto reconheçamos que sua celebração também proporciona descentralização administrativa.

[1005] A Lei nº 9.491/97 recebeu alterações, também quanto a procedimentos, pelas Leis nºs 9.635, de 15/5/1998, e 9.700, de 18/11/1998.

[1006] Sobre a desestatização, vale a pena consultar a excelente obra de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *"Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações"*.

[1007] Art. 2º, I a V, da Lei nº 9.491/97.

[1008] Art. 2º, § 1º, "b", Lei 9.491/97.

[1009] STF, MS 27.516-DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 22.10.2008.

[1010] Art. 4º, I a VII. Note-se que a lei admitiu a modalidade de *leilão* para várias das formas de desestatização, como é o caso da alienação da participação societária, a dissolução de sociedades e a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos (art. 4º, § 3º). Para essa última hipótese, o STF confirmou a admissibilidade do leilão (MS 27.516-DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 22.10.2008).

[1011] Art. 2º, § 1º: "Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade".

[1012] STF, ADI 2.452, Min. EROS GRAU, em 17.06.2010. No caso, a ação foi proposta pelo Estado de Minas Gerais diante de lei do Estado de S. Paulo, que estabelecia tal vedação.

[1013] Art. 17, § 7º, Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), com a redação da Lei nº 10.303/2001.

[1014] Sobre o tema, vale a pena ver o percuciente estudo de FÁBIO GUIMARÃES BENSOUSSAN em sua obra *Intervenção Estatal na Empresa Privatizada* (Sérgio Fabris Ed., 2007).

[1015] Exemplos dessas autarquias são a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e a ANP – Agência Nacional de Petróleo.

[1016] Vide Capítulo IX.

[1017] É o objetivo, inclusive, da valiosa obra de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, "*Direito Administrativo Regulatório*", Ed. Lumen Juris (RJ), 2002.

[1018] Art. 241, com a redação dada pela citada EC 19/98. Especificamente sobre os consórcios públicos, regulados pela Lei nº 11.107/2005, com base no mesmo art. 241, da CF, vide o tópico próprio no Capítulo V.

[1019] De fato, já nos referimos a tais convênios no Capítulo V, pertinente aos contratos administrativos. Voltamos a comentá-los, embora em síntese, tendo em vista o enfoque especial que devem merecer – a prestação de serviços públicos. Assim, remetemos o leitor àquele Capítulo para o exame de outros aspectos referentes ao instituto.

[1020] Decreto nº 6.017, de 17.01.2007, que regulamentou a Lei 11.107/2005, disciplinadora dos consórcios públicos.

[1021] Sobre as novas linhas estratégicas do Estado, vale a pena ler o trabalho de PAULO MODESTO, *"Reforma Administrativa e Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil", in RDA* 214, pp. 55-68.

[1022] Consigne-se, neste passo, que tem sido empregada a expressão *"quarto setor"* para indicar as entidades privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista) de natureza empresarial (ou de mercado), exploradoras de atividade meramente econômica (vide ADPF nº 46-7, voto do Min. MARCO AURÉLIO).

[1023] Foi como bem acentuou RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso de Direito Administrativo*, Parte Geral, Ed. Podium, 2008, p. 881. V. também sobre a matéria: RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor,* Lúmen Júris, 2009, p. 279.

[1024] Idêntico é o pensamento de LUCIANA CORDEIRO RODRIGUES, *"A concessão do título jurídico de organização social"* (RDA 232, pp. 133-140, 2003).

[1025] Pelo art. 3º da Lei nº 9.637/98, deve haver: a) 20 a 40% de representantes do Poder Público; b) 20 a 30% de representantes de entidades da sociedade civil; c) até 10%, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou associados; d) 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho; e) até 10% de membros indicados ou eleitos na forma fixada no estatuto.

[1026] No MS 10.527-DF (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. DENISE ARRUDA, julg. em 14.09.2005), discutiu-se a desqualificação de entidade parceira por irregularidades financeiras e insuficiente cumprimento de metas, entendendo-se, porém, que no *writ* seria inviável reexaminar os critérios de aferição adotados pela Administração (*Informativo STJ* nº 260, set./2005).

[1027] Faz-se necessário, por outro lado, prever o controle financeiro, estabelecendo-se os limites e os critérios para despesas com remuneração e vantagens pecuniárias em favor dos dirigentes e empregados da entidade pactuante (art. 7º, I e II).

[1028] Art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93, introduzido pela Lei nº 9.648, de 27/5/1998.

[1029] Vide art. 10. Completando a proteção dos recursos públicos, a lei permite a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações no país e no exterior (art. 10, § 2º).

[1030] VICENTE GRECO FILHO, *"Direito Processual Civil Brasileiro",* cit., pp. 173-175).

[1031] Para o exame de outros aspectos relativos às organizações sociais, vejam-se os artigos "Organizações Sociais de Colaboração", de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, e "Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil", de PAULO MODESTO, ambos publicados na RDA nº 210, ano 1997, pp. 183 e 195, respectivamente.

[1032] Vide a respeito o trabalho "*Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão"*, de EGON BOCKMAN MOREIRA (RDA 227, pp. 309/320, ano 2002).

[1033] Na esfera federal estavam relacionadas, em dezembro de 2010, apenas sete organizações sociais (vide sítio http://pgpe.planejamento.gov.br/os.htm).

[1034] Art. 8º, III, Lei nº 9.099, de 26.09.95, com a redação da Lei nº 12.126, de 16.12.2009.

[1035] É a irreparável observação de PAULO MODESTO, em seu trabalho "*Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil"*, *in* RDA nº 214/98, pp. 55/68.

[1036] Em consequência, não podem distribuir, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, qualquer parcela indicativa de excesso operacional *(superavit),* dividendos, bonificações, participações ou parcelas de seu patrimônio (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.790/99).

[1037] Art. 3º, I a XII.

[1038] Arts. 5º e 6º.

[1039] Apenas como dado de pesquisa, convém informar que, até dezembro de 2010, havia 5.587 OSCIPs cadastradas no Ministério da Justiça (vide sítio *www.mj.gov.br*).

[1040] Arts. 9º e 10.

[1041] Art. 4º, IV, Lei 9.790/99.

[1042] São observações de MARIA TEREZA FONSECA DIAS, *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação*, Fórum, 2008, p. 300.

[1043] A perda da qualificação poderá dar-se também por decisão proferida em processo judicial com a observância do contraditório e da ampla defesa. Além disso, o cidadão somente poderá exercer o direito

de requerer a perda da qualificação se estiver devidamente identificado, posto que a lei veda expressamente o anonimato. Vide arts. 7º e 8º da Lei nº 9.790/99.

[1044] Poderão ser adotadas, sem prejuízo, outras medidas constritivas e reparatórias, como as previstas na Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre a improbidade administrativa, e a Lei Complementar nº 64/90. Em relação ao sequestro, repetimos o comentário já feito, a propósito das *organizações sociais,* no sentido de que se trata realmente de arresto. O pedido, conforme menciona a lei, será processado nos termos dos arts. 822 a 825 do CPC. Se necessário, incluir-se-á na ação o pedido de investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações, no país e no exterior (art. 13, §§ 1º e 2º).

[1045] A respeito de ambas as entidades do terceiro setor, vale a pena ler o trabalho de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, "As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público", *in RDA* nº 217, pp. 105-118 (1999).

[1046] A lei considera como pessoas em desvantagem (e, portanto, merecedoras de apoio e estímulo social): a) os deficientes físicos e sensoriais; b) os deficientes psíquicos e mentais, os que dependem de acompanhamento psiquiátrico permanente e os egressos de hospitais psiquiátricos; c) os dependentes químicos; d) os egressos de prisões; e) os condenados a penas alternativas à detenção; f) os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

[1047] Apenas a título de informação, examinaremos no presente capítulo apenas as concessões de serviços públicos; por conseguinte, não trataremos das concessões de uso de bem público, matéria a ser examinada no capitulo relativo aos bens públicos (Cap. XVI).

[1048] Veja-se o que dissemos nos Capítulos IV (tópico relativo às autorizações) e V (tópico pertinente aos contratos de concessão e de permissão).

[1049] Para o melhor entendimento da norma, é de considerar-se que, a despeito do termo *diretamente*, nele se inclui a atuação direta *stricto sensu,* bem como a que o Estado desempenha através de sua Administração Indireta, resultante de processo de descentralização por delegação legal. No mesmo sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS, *"Comentários",* vol. III, pp. 130-131.

[1050] Vide art. 136, Const. de 1934; art. 146, Const. de 1937; art. 151, Const. de 1946; e art. 167, Const. de 1967, com a EC nº 01/69.

[1051] "Direito Administrativo", p. 251.

[1052] VEDEL, "Droit Administratif", p. 831.

[1053] A expressão *concessão de obra pública* era a adotada tradicionalmente pelos estudiosos. A ela se referem HELY LOPES MEIRELLES (*"Dir. Adm. Bras."* cit, p. 242); MARIA SYLVIA DI PIETRO (*"Dir. Adm."* cit., p. 222); ANTÔNIO QUEIROZ TELLES (*"Introdução ao Direito Administrativo",* p. 238), dentre outros. A antiga Lei nº 1.481, de 21/6/1989, do Estado do Rio de Janeiro, embora já revogada, referia-se, em sua ementa, à concessão de serviços e *obras públicas,* repetindo a expressão também no art. 21 e inc. II.

[1054] É o pensamento de FLÁVIO AMARAL GARCIA, *Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas*, Lumen Juris, 2004, p. 52.

[1055] Como bem registra CÁRMEN LUCIA ANTUNES ROCHA, o contrato de obra continua igual ao que era: acabada a obra, o Poder Público paga o empreiteiro. Na concessão, o sistema é diferente, porque *é a própria obra que vai ensejar a execução do serviço* (*Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, p. 43).

[1056] Avulta notar que também seria viável que o ente público celebrasse *contrato de obra* com empresa privada para a *reparação* da rodovia (Lei 8.666/93), mas nesse caso teria que arcar com o pagamento do empreiteiro, fato que não ocorre com a concessão, em que a remuneração do executor provém das tarifas pagas pelos usuários.

[1057] No sentido de que é contrato administrativo, HELY L. MEIRELLES (ob. cit., p. 342); D. GASPARINI (ob. cit., p. 242) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 215). No sentido de que pode ser contrato ou ato unilateral, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *"Direito Administrativo Didático",* p. 240.

[1058] Exemplo típico de norma regulamentar extracontratual, de natureza impositiva, é o da Lei nº 9.991, de 24/7/2000, que obriga concessionários e permissionários do setor de energia elétrica a aplicarem,

anualmente, percentual da receita operacional em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico e em programas de eficiência energética.

[1059] "Droit Administratif", p. 451.

[1060] VERA MONTEIRO, *Concessão*, Malheiros, 2010, p. 44.

[1061] Nesse exato sentido, TOSHIO MUKAI, no excelente trabalho "Contrato de Concessão formulado pela Agência Nacional do Petróleo – Comentários e Sugestões", onde reproduz parecer firmado a respeito do tema (*RTDP* nº 25, pp. 82-93, 1999).

[1062] Sobre o tema, vide CRISTIANA FORTINI, *Contratos Administrativos*, Del Rey, 2007, pp. 65-70, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, Atlas, 3ª ed., 1999.

[1063] Sobre o tema, vide também Cap. IX, no tópico relativo aos contratos de empresas públicas e sociedades de economia mista.

[1064] Seja-nos permitido consignar, todavia, que sempre nos pareceu infeliz a opção da lei das concessões (e do próprio art. 175, § 1º, da CF) quanto à caracterização das permissões de serviços públicos como contratos. A uma, porque inexistiu qualquer razão plausível para isso e, a duas, porque a nova configuração jurídica trouxe mais elementos de confusão do que de elucidação, o que é lamentável para aqueles que desejam tratar o direito com rigor científico. Mas *legem habemus*...

[1065] A Lei nº 8.987/95 admitiu a subconcessão, mas a condicionou ao fato de estar prevista no contrato e à autorização do concedente.

[1066] Remetemos o leitor ao Capítulo V, no qual tratamos dos contratos administrativos (tópico VI, item 2).

[1067] Vide HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 339.

[1068] A Lei nº 9.427/96, no art. 3º, IV, fazia a mesma delegação à ANEEL, no que toca ao serviço de energia elétrica. A Lei nº 10.848/2004, contudo, alterou o dispositivo e suprimiu o poder de *celebração* dos contratos, mantendo apenas a competência para geri-los.

[1069] São de MARCELO CAETANO as seguintes palavras: "A concessão a particulares é o caso normal e típico, pois a concessão destina-se fundamentalmente a utilizar os recursos, a técnica e a produtividade da iniciativa privada em benefício da realização do interesse público" ("Manual de Direito Administrativo", tomo II, p. 1.083).

[1070] Os dispositivos foram alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nºs 5/95 e 8/95, as quais eliminaram do texto o anômalo instituto.

[1071] Endossamos o pensamento de MARIA SYLVIA DI PIETRO, para quem tal sistema ocasiona a perda da grande vantagem da concessão, e que foi, inclusive, sua fonte de inspiração – a prestação de serviços públicos sem a necessidade de o Estado lançar-se a investimentos de grande vulto, o que é uma perda irreparável nesses tempos de reduzidos recursos públicos (ob. cit., p. 217). Vide também o trabalho "Concessões de Serviço Público de Abastecimento de Água aos Municípios", de ALICE GONZALEZ BORGES, no qual são apresentados os vários questionamentos sobre as competências e as formas de prestação desse serviço (*RDA* 212/95), e a obra "Concessões de Serviços Públicos", de MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem essa relação jurídica configura mais propriamente uma "concessão-convênio", porque se trata de pessoas da Administração e estas têm interesses comuns e paralelos.

[1072] STF, ADI 2.716-RO, Rel. Min. EROS GRAU, em 29.11.2007 (*Informativo STF* nº 490, nov./2007).

[1073] Nesse sentido, STF, RE 422.591, Min. DIAS TOFFOLI, em 01.12.2010.

[1074] A antiga Lei de Licitações (Decreto-lei nº 2.300/86) já estabelecia que a modalidade de licitação adequada para os contratos de concessão era a *concorrência* (art. 21, § 1º), o que significava, e continua significando, pelo teor do Estatuto das Concessões, que para tais ajustes a indicação da modalidade licitatória não segue a regra geral pertinente ao valor do contrato *(ratione valoris),* mas sim à natureza deste *(ratione materiae).*

[1075] STF, ADI 2.716-RO, Rel. Min. EROS GRAU, em 29.11.2007 (*Informativo STF* nº 490, nov./2007).

[1076] Art. 18-A, I a IV, da Lei nº 8.987/95, incluído pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005.

[1077] Cf. art. 14 da lei e art. 3º da Lei nº 8.666/93.

[1078] Art. 17 e § 1º da lei.

[1079] Ob. cit., p. 240. Ressalve-se, no entanto, que o autor também admite um aspecto *subjetivo* na delegação,

constitutiva de direitos e obrigações de natureza contratual.

[1080] Ob. cit., p. 205. Em abono desse pacífico entendimento, aponta o autor vários publicistas que dele comungam, como WALINE, DUGUIT, JÈZE, DUEZ e DEBEYRE, LAUBADÈRE, entre outros.

[1081] STF, ADI 2.299-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 29.08.2003. A ação teve por objeto a Lei Estadual nº 11.462/2000, do R.G. do Sul.

[1082] FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, no trabalho "Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (ius variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos", in RDA vol. nº 219, pp. 107-125, 2000.

[1083] Vide a respeito o trabalho de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *"Breves considerações sobre o equilíbrio econômico e financeiro nas concessões"* (RDA nº 227/2002, pp. 105-109).

[1084] TJ-RJ, Repr.Inconst. nº 41/2006, Órgão Especial, Rel. Des. Roberto Wider, em 21.12.2006. No caso, tratava-se da Lei nº 3.167/2000, do Município do Rio de Janeiro.

[1085] STF, ADI 3225-RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, em 17.09.2007 (*Informativo STF* nº 480, set./2007).

[1086] A Constituição anterior era mais clara a respeito da *performance* das tarifas. Rezava o art. 167 que as tarifas deveriam permitir ao concessionário a justa remuneração do capital, a melhoria e expansão dos serviços e a observância da equação econômico-financeira do contrato. A despeito, porém, da atual redação, bem mais lacônica, deve ter-se como assegurados tais objetivos.

[1087] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 346

[1088] STF, RE 228.177-MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 17.11.2009.

[1089] A matéria hoje está pacificada no STJ: vide Súmula 407 (2009). Também: Súmula 82 do TJ-RJ.

[1090] Art. 11 do Estatuto.

[1091] Em litígio sobre tal matéria, o STJ, acertadamente a nosso ver, assegurou a empresas concessionárias do Estado do Paraná o reajuste da tarifa de pedágio, de acordo com expressa cláusula contratual (Ag.Reg. na Suspensão de Liminar nº 76-PR, Corte Especial, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, julg. em 1.7.2004; vide *Informativo STJ* nº 215, jul./2004).

[1092] Com igual pensamento, ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, no trabalho "Validade de leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas" (RTDP nº 31, pp. 97-105, ano 2000).

[1093] No Rio de Janeiro, houve dois exemplos significativos. No primeiro, o Governo Estadual reduziu a tarifa antes fixada para a concessionária Via Lagos explorar estrada estadual (RJ 124). No outro, o Governo Municipal também decidiu determinar a redução da tarifa no pedágio fixado na concessão com a LAMSA – Linha Amarela S.A., concessionária da exploração dessa via. Foram ambas decisões atabalhoadas e sem amparo legal, em que os administradores faziam acusações aos respectivos governos anteriores, dirigidos por opositores políticos. Mesmo sem julgamento final, ambas as concessionárias obtiveram provimentos judiciais cautelares, pelos quais se lhes assegurou, corretamente, o restabelecimento do valor anterior da tarifa. E o que é pior: num dos casos, a concessionária pleiteou indenização relativa à diferença do que deixou de arrecadar no período em que a tarifa fora ilegalmente reduzida. A pretensão é legítima e mais uma vez o ônus vai incidir sobre o erário e o bolso dos indivíduos...

[1094] Assim decidiu corretamente o STF na ADI 3.768-DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 19.09.2007 (*Informativo STF* nº 480, set./2007).

[1095] ADI 2649-DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 08.05.2008 (*Informativo STF* 505, maio/2008).

[1096] O STJ já decidiu nesse mesmo sentido no REsp nº 417.804-PR, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julg. em 19.4.2005 (vide *Informativo STJ* nº 243, abr./05). Também: REsp 617.002-PR, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 05.06.2007 (*Informativo STJ* nº 322, jun./2007).

[1097] ADIN nº 2.337-SC (Medida Cautelar), Rel. Min. CELSO DE MELLO (vide *Informativo STF* nº 257, fev./2002

[1098] REsp nº 4873-SP, 2a Turma, unân., Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, publ. DJ 2/3/1998, p. 51.

[1099] Súmula 412, STJ. Vide o que comentamos no Cap. VII, no tópico ref. à remuneração dos serviços públicos.

[1100] STJ, REsp nº 20.741-DF, 2ª Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 3/6/96. Também o TJ/RJ, na Súmula nº 84, alude expressamente à tarifa mínima para os serviços de água e energia elétrica.

[1101] Alguns julgados já adotam esse entendimento. Vide a referência feita pelo STF, no RE 567.454-BA, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 17.06.2009.

[1102] A propósito, vale a pena relembrar que tem sido criticado, por alguns setores da sociedade, o denominado "pagamento de assinatura" para concessionários dos serviços de telefonia. Como se trata de tarifa, não seria devido tal pagamento se o usuário não o utilizasse em determinado período. Em nosso entender, deveria ser revisto o sistema para adequá-lo ao real sentido dos serviços concedidos, como o fazem outros países. *Contra*, decidindo pela legitimidade: STJ, REsp 911.802-RS, 1ª Seção, Rel. Min..JOSÉ DELGADO, em 24.10.2007. Também: STJ, Súmula 356 (vide texto ao final do Capítulo).

[1103] HELY LOPES MEIRELLES já destacava esse desvio e fazia a seguinte exortação: "Já é tempo de os concedentes reagirem contra esta inversão de poderes, defendendo melhor o público e exigindo dos seus concessionários, na feitura dos contratos novos ou na fiscalização dos já existentes, a prestação eficiente e regular dos serviços que lhes são concedidos" (ob. cit., p. 343).

[1104] Art. 23.

[1105] Art. 23, parágrafo único, I e II.

[1106] Para não repetir matéria, vide os comentários sobre o tema nos Capítulos V e XVI, referentes, respectivamente, a contratos administrativos e ao controle da Administração.

[1107] Vide o excelente trabalho de SUZANA DOMINGUES MEDEIROS, "*Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro"* (RDA 233/71, 2003).

[1108] Art. 23-A, da Lei 8.987/95, incluído pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005.

[1109] RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO (vide *Informativo STF* nº 370, nov./2004).

[1110] Tem a mesma opinião CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso",* p. 345.

[1111] Art. 25.

[1112] Note-se que a hipótese se refere a prejuízos decorrentes da *execução do serviço,* e não aqueles que se tenham originado das relações privadas entre o concessionário e terceiros. Neste caso, incidem as regras que regulam a responsabilidade civil no direito privado.

[1113] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO lembra oportunamente que o fundamento da responsabilidade primária está em que "o dano foi efetuado por quem agia em nome do Estado e só pôde ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente" (ob. cit., p. 345).

[1114] Art. 25 e §§ 1º e 2º.

[1115] Art. 27, § 1º, I e II.

[1116] Art. 27, § 2º, com a redação da Lei nº 11.196, de 21.11.2005.

[1117] Art. 27, §§ 3º e 4º, com a redação da Lei nº 11.196/2005.

[1118] Considera-se de *longo prazo* o contrato que tenha prazo médio de vencimento superior a 5 anos (art. 28-A, parág.único, Lei 8.987/95, incluído pela Lei nº 11.196/2005).

[1119] Art. 28-A, *caput*, Lei 8.987/95, incluído pela Lei nº 11.196/2005.

[1120] Art. 28-A, I e II.

[1121] Art. 28-A, IV, V e VIII.

[1122] "Droit Administratif Allemand", p. 213.

[1123] HELY LOPES MEIRELLES traz, inclusive, o ensinamento de BILAC PINTO, autor de trabalho sobre o tema (ob. cit., p. 345).

[1124] Vide art. 29, I, II, VI e VII. Mais importante se tornou a função de controle dos concessionários depois do processo de desestatização, previsto primeiramente na Lei nº 8.031/90 e, depois, na Lei nº 9.491/97. Essa função está sendo hoje exercida pelas agências autárquicas, como adiante detalharemos. Vide sobre o assunto o Capítulo IX, item IV, nº 15.

[1125] Comentamos o assunto mais detalhadamente no tópico nº 12.3, supra.

[1126] Tais encargos, que também indicam poderes administrativos, são previstos nos incisos VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987/95, sendo compatíveis com a regra geral que permite a declaração, pelo Estado, de

utilidade pública – o art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41, a lei geral de desapropriações. No caso de energia elétrica, a competência é da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (art. 10, Lei nº 9.074/95, com a redação da Lei nº 9.648/98).

[1127] Art. 29, X.

[1128] Art. 31.

[1129] Art. 175, parágrafo único, IV.

[1130] Art. 6º, § 1º.

[1131] Art. 31, parágrafo único.

[1132] *"Tratado de Derecho Administrativo",* tomo II, p. 23. O autor mostra que alguns qualificam o vínculo como de direito privado (ZANOBINI), outros como de direito público (BUTTGENBACH), outros como contrato de adesão (BIELSA e GRECA), e outros consideram o usuário como numa situação objetiva e estatutária por força de condições estabelecidas pelo concedente (DUGUIT, DUEZ Y DEBEYRE, GARCIA OVIEDO).

[1133] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 337.

[1134] Veja-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 219.

[1135] Art. 7º, I a III, do Estatuto.

[1136] O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95 denuncia esse aspecto de generalidade da lei, indicando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem adequar-se ao regime nela estabelecido.

[1137] Vide Cap. VII, no tópico referente ao direito dos usuários.

[1138]Súmula Vinculante nº 27, STF.

[1139] Art. 7º, IV e V. Convém observar que o art. 37, § 3º, da CF, com a redação dada pela EC 19/98, faz menção à edição de lei que regule as reclamações de usuários relativas à prestação de serviços públicos, bem como preveja a manutenção de serviços de atendimento aos usuários. Trata-se de importante oportunidade de garantir o direito dos usuários, hoje verdadeiramente inermes contra os prestadores de serviços públicos.

[1140] O STJ já teve a oportunidade de confirmar tal consequência jurídica (Resp 510.478-PB, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, julg. em 10/6/2003; vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 176, jun./2003).

[1141] Vejam-se, v.g., os termos da Súmula nº 83, do TJ/RJ: "É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei" (julg. em 12.09.2005, Rel. Des. ROBERTO WIDER).

[1142] O Estatuto dos Contratos e Licitações (Lei nº 8.666/93) estabelece um limite de cinco anos para os contratos administrativos que tenham por objeto a prestação de serviços a serem executados de forma contínua (art. 57, II). A norma somente se aplica aos contratos de serviço prestados diretamente à Administração, mas não incide sobre as concessões, em cujo estatuto, dotado de caráter especial, não há fixação de prazo máximo.

[1143] Art. 32, parágrafo único.

[1144] Art. 5º, LV, CF.

[1145] Art. 33, § 2º, do Estatuto.

[1146] Art. 33, § 1º.

[1147] Com o mesmo entendimento, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 259).

[1148] Nesse sentido decidiu o STJ, no REsp 1.059.137-SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, em 29.10.2008.

[1149] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 350.

[1150] Cf. art. 5º, LXXIII, da CF, e art. 4º, III, "a", "b" e "c", da Lei nº 4.717, de 29/6/1965.

[1151] *"Manual",* vol. II, p. 1.115.

[1152] Art. 39.

[1153] A despeito da estrita referência legal, porém, não nos parece descartada a hipótese de *rescisão bilateral amigável* ou *distrato*, em que as partes concordam em pôr fim ao contrato. Embora não se tenha mencionado tal forma, não foi ela vedada na lei. Além do mais, pode haver interesse recíproco das partes

contratantes em extinguir o ajuste, não sendo razoável que fossem a isso impedidas.

[1154] HELY LOPES MEIRELLES lembra que a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido pelo contratado tem sido mitigada na doutrina e na jurisprudência, sobretudo quando há *encargo extraordinário e insuportável*, como no caso de falta de pagamento por prolongados períodos (ob. cit., p. 201).

[1155] Art. 38.

[1156] MARCELO CAETANO, ob. e vol. cit., p. 1.115. É também o que a doutrina francesa denomina de *déchéance du concessionaire*, ou seja, infração do concessionário (RIVERO, ob. cit., p. 456).

[1157] Art. 38, §§ 2º a 5º.

[1158] Cf. HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 348); LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 69); CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 339).

[1159] A respeito da encampação em si, lembra VEDEL que a previsão se encontra em vários "cadernos de encargos" e revela a disposição do concedente em retomar o serviço, pagando a necessária indenização (ob. cit., p. 851).

[1160] Com propriedade, LUCIA VALLE FIGUEIREDO define o instituto como sendo *"a incorporação* dos bens da concessionária ao patrimônio do concedente, ao cabo da concessão" (ob. cit., p. 69).

[1161] Cf. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. cit., p. 244). Explica o autor, com muita oportunidade, que, "por uma figura de linguagem, o termo reversão passou a designar o fenômeno da perda dos bens pelo concessionário e de sua aquisição pelo Poder Concedente".

[1162] Art. 36 do Estatuto.

[1163] GABINO FRAGA anota que, quando a concessão enseja para o concessionário a recuperação de seus investimentos, a expiração do prazo acarreta a propriedade para o Estado de todas as instalações e obras efetuadas, tudo em virtude do *denominado direito de reversão* (ob. cit., p. 259).

[1164] Acertadamente consigna CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que, nesse caso, "quando a concessão se extingue por expiração do prazo, os bens aplicados ao serviço já estarão amortizados e o lucro esperado já terá sido fruído" (ob. cit., p. 343).

[1165] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO exemplifica com algumas espécies de bens como locomotivas, vagões, trilhos, estações de desembarque, e, ainda, diques, cais portuário de embarque e desembarque, dragas marítimas, todos esses tipicamente bens que só passam a interessar ao concedente, que retomou o serviço (ob. cit., p. 342).

[1166] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 348) e DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 266).

[1167] No mesmo sentido, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. cit., p. 245), de cujas palavras se vislumbra o cuidado de não haver artifícios escusos da parte do concessionário, com vistas a desagregar bens que venham a sofrer reversão.

[1168] Art. 42.

[1169] Art. 43, parágrafo único.

[1170] Art. 44 e parágrafo único.

[1171] Art. 42, § 2º.

[1172] Art. 3º, I a V.

[1173] Vide Capítulo VII.

[1174] A ANEEL foi criada pela Lei nº 9.427, de 26/121996, e a ANATEL pela Lei nº 9.472, de 16/7/1997.

[1175] No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foram criadas a AGETRANS – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do ERJ (Lei nº 4.555/2005) e a AGENERSA – Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do ERJ (Lei nº 4.556/2005).

[1176] Art. 16, § 1º.

[1177] Art. 2º, §§ 1º e 2º.

[1178] Na ADI 3.989-DF, Rel. Min. EROS GRAU, foi imputada a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 11.284/2006.

[1179] Com a mesma opinião, RAFAEL VERAS, em seu trabalho "*A concessão de florestas e o desenvolvimento*

sustentável", em RDPE – Rev.de Dir.Público da Economia nº 26/2009, pp. 107/133. O autor cita, inclusive, decisão do Min. GILMAR MENDES do STF que, reformando acórdão do TRF-2ª R, ordenou o prosseguimento de licitação para a concessão da floresta do Jamari, em Rondônia, suspensa pela decisão reformada (p. 114).

[1180] Para que a outorga da gestão tenha fisionomia democrática, a lei impõe que, antes da publicação do edital, o concedente promova *audiência pública* ou outra forma de *consulta pública*, permitindo-se a participação das comunidades interessadas no processo (art. 8º).

[1181] Art. 13, Lei 11.284 c/c art. 3º, Lei nº 8666 (legalidade, moralidade, competitividade etc.).

[1182] Art. 13, §§ 1º e 2º.

[1183] Como já consignamos, essa foi a posição que adotamos, por se afigurar mais lógica e consentânea com o sistema de delegação negocial.

[1184] Nesse sentido, aliás, decidiu o STF na ADIN nº 1.491/98, como detalharemos adiante.

[1185] Neste sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 220); HELY LOPES MEYRELLES (ob. cit., pp. 343-350); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (ob. cit., pp. 378 e 284); CRETELLA JÚNIOR (*"Curso de Direito Administrativo",* p. 398).

[1186] Vide o nosso trabalho "A Contradição da Lei no 8.987/95 quanto à Natureza da Permissão de Serviços Públicos", in "Arquivos do Tribunal de Alçada" (TA-RJ, vol. 21, 1995, pp. 22-25).

[1187] ADIn nº 1.491-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, com voto de desempate do Min. SIDNEY SANCHES (julg. em 1/7/1998; vide *Informativo STF* nº 117, jul./98).

[1188] O art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, averba: *"Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei"*. Com isso, admitiu a incidência das regras da concessão no ajuste permissional.

[1189] O art. 18 da Lei nº 8.987/95 determina sejam obedecidas as normas gerais sobre contratos e licitações contidas na legislação própria. E esta, basicamente representada pela Lei 8.666/93, impõe a obrigatoriedade de ser anexada ao edital a minuta do futuro contrato (art. 40, § 2º, III).

[1190] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 221), que, inclusive, cita MEIRELLES TEIXEIRA, autor de trabalhos em que firmou o mesmo entendimento (*RDP* 6/100 e 7/114). Traz ainda a opinião de IVAN RIGOLIN, para quem o melhor seria extinguir o instituto.

[1191] A respeito, veja-se Capítulo IV (Ato Administrativo), no tópico relativo ao ato de permissão.

[1192] V. tópico 12.3. da parte II deste Capítulo.

[1193] Art. 40, parágrafo único, do Estatuto.

[1194] Vide STJ, REsp 886.763-RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 08.04.2008 (*Informativo STJ* 351, abr./2008).

[1195] Não é demais lembrar, porém, que, mesmo tendo prazo certo, a permissão pode ser extinta antes do final, quando, por exemplo, há necessidade de retomar o serviço. A retomada do serviço, aliás, obedece às mesmas regras incidentes sobre as concessões.

[1196] Anote-se que, embora também traduza *desfazimento*, o certo é que a *encampação* não se confunde com a *revogação*, sendo esta adequada ao desfazimento de *atos administrativos*, e não de *contratos*, como é o caso atual da *permissão*.

[1197] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 261).

[1198] Foi a observação que fizemos nas edições anteriores, considerando a permissão como ato administrativo.

[1199] É o que dispõe o art. 28 e § 1º da Lei 11.079/2004.

[1200] Também: ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Direito dos Serviços Públicos* cit., pp. 684-685.

[1201] Vide o trabalho "*Parcerias Público-Privadas e a Fiscalização dos Tribunais de Contas"*, de autoria de AURO AUGUSTO CALIMAN, no qual comenta decisão do TC-SP a respeito de edital de licitação para uma PPP descaracterizada, pela ausência de contraprestação do concedente ao concessionário (RDA nº 244, pp. 306/329, ano 2007).

[1202] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., 19ª ed., p. 315.

[1203] LUIZ TARCISIO TEIXEIRA FERREIRA, *Parcerias Público-Privadas. Aspectos Constitucionais*, Ed. Fórum, 2006, p. 72. O autor invoca as opiniões de GUSTAVO BINEMBOJM e FLORIANO DE AZEVEDO

MARQUES NETO no mesmo sentido.

[1204] Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras e serviços.

[1205] PAULO MODESTO, "Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas", em Parcerias Público-Privadas (coord. Carlos Ari Sundfeld), Malheiros, 2005, p. 483.

[1206] No mesmo sentido, LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA, *Parcerias Público-Privadas. Aspectos Constitucionais*, Malheiros, 2006, p. 70.

[1207] Projeto de Lei nº 2.546, do Poder Executivo.

[1208] Veja-se sobre o tema ALEXANDRE ARAGÃO, no excelente trabalho *"As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Brasileiro"*, publ. na RDA nº 240, p. 120, ano 2005. Com razão, anota o autor que as concessões em foco "*se encontram a meio caminho entre a delegação e a terceirização"*.

[1209] É o pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*Curso"* cit., 20ª ed., 2006, p. 732.

[1210] Em abono de nossa opinião no que toca à distinção entre os contratos, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *"Dir. Administrativo"* cit., 19ª ed., 2006, p. 315.

[1211] Sobre a matéria, vide a obra de ADILSON ABREU DALLARI e ADRIANO MURGEL BRANCO, *O Financiamento de Obras e de Serviços Públicos*, Bertin/Paz e Terra (SP), 2006.

[1212] É o que consta expressamente do art. 5º, III, da Lei 11.079.

[1213] Cf. art. 6º da lei.

[1214] É o que dispõe o art. 5º, § 1º.

[1215] É o que pensa o ilustre Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 20ª ed., p. 743.

[1216] LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA, Parcerias Público-Privadas. Aspectos Constitucionais, cit., p. 36.

[1217] Art. 7º e parágrafo único da Lei 11.079.

[1218] No projeto de lei falava-se em "pagamento em dinheiro". A alteração foi saudável, visto que poucas são as despesas pagas efetivamente em dinheiro pela Administração. Já a ordem bancária indica o pagamento em cheque ou através de outro mecanismo em que o valor esteja disponibilizado no estabelecimento bancário.

[1219] É o pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso* cit., 20ª ed., p. 740), também ancorado no já citado parecer de KIYOSHI HARADA.

[1220] LUIZ EMYGDIO DA ROSA JR., *"Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário"*, Renovar, 18ª ed., 2005, p. 91. Também não discrimina a natureza da operação de crédito YVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 6º vol., Tomo II, 1991, p. 346.

[1221] Tais garantias estão previstas no art. 8º, II a VI, da lei.

[1222] A opinião é de KIYOSHI HARADA, em parecer elaborado para a OAB (apud ALEXANDRE ARAGÃO, trab. cit, RDA 240/2005). O art. 18, § 7º, da Lei 11.079, estabelece: *"Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas"*.

[1223] As ponderações, que se nos afiguram corretas, são de ALEXANDRE ARAGÃO (trab. cit., RDA 240, p. 130, 2005).

[1224] Da mesma forma não merece apoio o entendimento de que haveria ofensa ao art. 100 da CF, que prevê o sistema de precatórios, opinião esposada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso* cit., p. 740).

[1225] Art. 88, da Lei nº 6.404, de 15.12.76 (Lei das Sociedades Anônimas).

[1226] A disciplina sobre tais companhias está nos arts. 82 a 87 da Lei nº 6.404/76.

[1227] É a observação de SÉRGIO CAMPINHO (*O Direito de Empresa*, Renovar, 2ª ed., 2003, p. 51).

[1228] Art. 9º, § 4º, da Lei 11.079.

[1229] Na verdade, sociedades de economia mista e empresas públicas podem instituir outras sociedades de economia mista (subsidiárias), como autoriza o art. 5º, III, do Decr.-lei 200/67. Vide Capítulo IX a respeito.

[1230] Capítulo VI.

[1231] O art. 12 da Lei 11.079 prevê tal tipo de aplicabilidade primária em relação à Lei 8.666/93. Não obstante, é de considerar-se também as normas da Lei 8.987/95, no que for aplicável.

[1232] Vide art. 22, § 1º, da Lei 8.666/93.

[1233] A Lei 11.079 faz remissão ao art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 101/2000 (lei de responsabilidade na gestão fiscal), que dispõe: *"Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas e resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes".*

[1234] O art. 10, I, "c", da Lei 11.079, remete aos arts. 29, 30 e 32 da L.C. 101/2000, que dispõem, respectivamente, sobre as definições básicas da dívida pública, os limites da dívida pública e das operações de crédito.

[1235] É bom lembrar que, se a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, devem ser atualizadas as condições relativas aos estudos técnicos, impacto orçamentário, estimativa de fluxos e declaração do ordenador de despesa (art. 10, § 2º).

[1236] Art. 10, § 3º.

[1237] Art. 11, parágrafo único.

[1238] Vide Capítulos V e XV.

[1239] Art. 11, III, da Lei 11.079.

[1240] Há duas condições para a admissibilidade da arbitragem: 1ª) deverá ser realizada no Brasil; 2ª) a formalização será em língua portuguesa.

[1241] É a correta anotação de GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, no trabalho *"A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas"*, *in* RDA nº 241, pp. 241/271, ano 2005.

[1242] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso"* cit., 20ª ed., p. 733.

[1243] É o caso do próprio Estatuto das Concessões (Lei nº 8.987/95, art. 23, XV) e das Leis nºs 9.472/97 (art. 93, XV) e 9.478 (art. 43, X), que dispõem, respectivamente, sobre telecomunicações e atividades petrolíferas.

[1244] É a sugestão de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que, entretanto, não se pronunciou sobre a constitucionalidade, limitando-se a afirmar que a norma poderia provocar polêmica (ob. cit., 19ª ed., p. 321).

[1245] Art. 12, § 2º.

[1246] Ob. cit., pp. 352-353. DIÓGENES GASPARINI, no capítulo destinado à execução dos serviços públicos, também se refere à *autorização* (ob. cit., p. 267).

[1247] Vide DIÓGENES GASPARINI, ob. e loc. cit.

[1248] O próprio HELY LOPES MEIRELLES, quando define a autorização, no capítulo dedicado aos atos administrativos, explica que o ato "torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, *de seu exclusivo ou predominante interesse...".*

[1249] *Contra:* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., 19ª ed., p. 305), que admite a autorização de serviço público de energia elétrica, mesmo reconhecendo que se trata de interesse exclusivo ou predominante do particular.

[1250] Com o mesmo entendimento, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Administração Pública*...cit., p. 243, que faz excelente resenha sobre a divergência.

[1251] SARA JANE LEITE DE FARIAS, *Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*, Lumen Juris, 2005, p. 196. Também: CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA, *Manual de Direito Administrativo*, Impetus, 3ª ed., 2006 p. 123.

[1252] Idêntica hipótese é a dos *mototáxis* e *"motoboys",* agora regulados pela Lei nº 12.009, de 29.07.2009.

[1253] Alguns autores e mesmo alguns diplomas reguladores municipais denominam de *permissão* o ato estatal de consentimento para explorar o serviço de táxi. Afigura-se equivocada tal qualificação: muito embora o Município exerça poder de polícia sobre essa atividade, o táxi é um instrumento de transporte privado de passageiros, devendo, então, ser objeto de *autorização.*

[1254] Sobre o assunto, consulte-se o trabalho de CLÓVIS BEZNOS, *"Transporte coletivo alternativo – aspectos*

jurídicos" (*RTDP* vol. nº 26, pp. 295-300, 1999), no qual o autor, que, aliás, enquadra a atividade como serviço público, faz interessantes comentários sobre os diversos aspectos que cercam a execução da atividade das vans de passageiros.

[1255] PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967", tomo I, p. 70.

[1256] MICHEL TEMER, "Elementos de Direito Constitucional", p. 62.

[1257] O art. 18 da vigente Constituição indica, expressamente, no que se refere à organização político-administrativa, que a República brasileira compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos da Lei Maior.

[1258] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *"Comentários à Constituição Brasileira de 1988",* vol. I, p. 140.

[1259] Vide Capítulo I.

[1260] Lembramos, por questão de método, que empregaremos as expressões *Administração Direta e Indireta* com maiúsculas, quando indicarmos o Estado-pessoa. Quando nos referirmos à atividade em si, utilizaremos as expressões *administração direta e indireta*, com minúsculas.

[1261] ROBERTO DROMI, *"Derecho Administrativo",* p. 457.

[1262] A desconcentração, como já vimos, é fenômeno interno da Administração, razão por que se trata de atividade centralizada. Para o presente capítulo, o destaque será dado basicamente à centralização e à descentralização (cf. Capítulo VII, tópico IX, item 2.2).

[1263] Arts. 6º a 14 do Decreto-lei nº 200, de 25/2/1967.

[1264] Sobre o princípio do planejamento, vale a pena consultar o trabalho de RENATA PORTO ADRI, "*Planejamento estatal e democracia"* (*Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, obra coletiva, Fórum, 2008, pp. 287/304).

[1265] É a feliz síntese de JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *"Administração Pública Centralizada e Descentralizada"*, Ed. América Jurídica, 2001, p. 123.

[1266] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ob. cit., p. 71.

[1267] Além do vetusto Decreto-lei nº 200/67 (Estatuto da Reforma Administrativa Federal), que contém algumas disposições sobre a organização federal ainda vigentes, é a Lei nº 10.683, de 28/5/2003, que atualmente dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, bem como de seus órgãos integrantes, detalhando, inclusive, as respectivas competências administrativas.

[1268] Art. 51, III e IV, da CF, para a Câmara dos Deputados, e art. 52, XII e XIII, para o Senado Federal.

[1269] Art. 96, II, "d", da CF, prevê a iniciativa dos Tribunais para propor ao Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias, e o art. 96, I, "a", dá competência para a elaboração dos respectivos regimentos internos.

[1270] O Distrito Federal é assemelhado aos Estados, mas tem as competências legislativas reservadas a Estados e Municípios (art. 32, § 1º, CF). Desse modo, sua administração direta não terá grande diferença em relação aos demais entes federativos, compondo-se de Governadoria, órgãos de assessoria direta e de Secretarias Distritais.

[1271] Esses contratos não se confundem com os contratos de gestão previstos na Lei nº 9.637/98, a serem celebrados com as organizações sociais, visando à prestação de serviços públicos em relação aos quais haja interesses paralelos e comuns do Estado e da entidade parceira. Sobre estes, já tecemos os devidos comentários no Capítulo destinado aos Serviços Públicos (Cap. VII). Embora em ambos os casos se pretenda melhorar a gestão dos serviços e atividades públicos, os contratos previstos no art. 37, § 8º, da CF parecem indicar a contratação de administradores específicos para gerenciar as atividades administrativas, não indicando, como naquela hipótese, a formalização de regime de parceria na prestação de serviços públicos.

[1272] A Lei nº 10.683, de 28/5/2003, que passou a dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, revogou as disposições em contrário da Lei nº 9.649/98. Como nada na lei nova contraria o citado dispositivo, é de presumir-se que continue vigente.

[1273] A respeito, consulte-se DANIELA MELLO COELHO, *Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo,* cit., p. 132.

[1274] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 232.

[1275] A observação foi corretamente trazida por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Comentários à Constituição",* vol. III, p. 14). O autor vai mais além e admite entidades de administração indireta vinculadas ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, às Procuradorias locais e à Defensoria Pública, quando necessárias ao desempenho de funções de apoio técnico e administrativo.

[1276] As fundações públicas foram inseridas na administração indireta através da Lei nº 7.596, de 10/4/1987.

[1277] JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA explica que as entidades da Administração Indireta são criadas *"para prestarem serviços públicos ou de interesses públicos delegáveis"* (*"Administração Pública"* cit., p. 164). A despeito da dúvida que pode ser suscitada em relação a esta última expressão, parece-nos que o autor quis considerar também como de interesses públicos delegáveis as atividades industriais ou comerciais desempenhadas por sociedades de economia mista e empresas públicas, no que a conclusão viria em abono ao que registramos.

[1278] Observamos que as associações públicas serão mais minuciosamente examinadas adiante, em item próprio dentro do tópico relativo às autarquias, ainda neste Capítulo. Sobre o instituto dos consórcios públicos, vide Capítulo V.

[1279] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Boletim de Direito Administrativo"* nº 89, p. 336); NAGIB SLAIBI FILHO (*"Anotações à Constituição de 1988",* p. 356).

[1280] IVAN BARBOSA RIGOLIN ("O Servidor Público na Constituição de 1988", p. 117).

[1281] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pp. 316-318.

[1282] CRETELLA JUNIOR ensina que a expressão *(enti paraestatali)* foi empregada pela primeira vez no Direito italiano, pelo Decreto nº 1.825, de 1924, que tratava de contrato de emprego privado, tendo sido, posteriormente, adotada em outros diplomas (*"Curso de Direito Administrativo",* p. 52).

[1283] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 318. O autor aduz que "o paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio-termo entre o público e o privado".

[1284] CRETELLA JUNIOR, *"Curso"* cit., p. 52.

[1285] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Prestação de Serviços Público e Administração Indireta", p. 353.

[1286] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *"Curso"* cit., p. 78.

[1287] OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *"Princípios"* cit., vol. II, p. 271.

[1288] LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *"Curso"* cit., p. 72.

[1289] É o pensamento de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 264).

[1290] O art. 327, § 1º, do Código Penal, sofreu alteração pela Lei nº 9.983, de 14/7/2000, que ampliou o âmbito de incidência do dispositivo, para considerar também equiparado a funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração.

[1291] Art. 61, § 1º, II, "e", da CF.

[1292] Art. 37, inc. XX, da CF.

[1293] ADIN nº 1649-DF (MC), Pleno, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (vide *Informativo STF* nº 201, set./2000). A discussão envolvia a interpretação dos arts. 64 e 65 da Lei nº 9.478/97, que autorizam a PETROBRAS à criação de subsidiárias.

[1294] A correta observação é de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ob. cit., p. 75.

[1295] Para exemplificar: as escolas e universidades, pela natureza de sua função, ficam sob controle do Ministério da Educação e do Desporto. Pessoas ligadas à área econômica, como o Banco Central, Casa da Moeda e Banco do Brasil, são vinculadas ao Ministério da Fazenda. Hospitais e fundações de saúde devem estar atreladas ao Ministério da Saúde, e assim sucessivamente.

[1296] Vide Decreto nº 6.129, de 20/06/2007.

[1297] Nesse sentido, Sérgio de Andrea Ferreira, *"Comentários à Constituição",* vol. III, pp. 14-15.

[1298] CRETELLA JÚNIOR, *"Curso"* cit., p. 53.

[1299] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 268.

[1300] Mais recentemente a Lei nº 10.316, de 6/12/2001, transformou o Jardim Botânico do RJ em autarquia,

com a denominação de Instituto de Pesquisas Jardim Botânico, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente.

[1301] Para exemplificar, vejam-se os arts. 37, *caput;* 49, X; e 70, *caput.*

[1302] Cf. arts. 37, XIX; 109, I; e 144, § 1º, I.

[1303] Art. 4º, II, "a", e art. 5º, I.

[1304] O art. 2º desse diploma era claro: "Considera-se autarquia, para efeito deste Decreto-lei, o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por Lei".

[1305] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 309.

[1306] Para confirmar essa aceitação, há Estados que firmaram o conceito de autarquia em suas próprias Constituições. É o caso da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, como se pode observar no art. 77, § 2º, I, cujo texto repete o art. 5º, I, do Decreto-lei nº 200/67, com a vantagem de ter acrescentado a referência expressa de que se trata de pessoas jurídicas de direito público, o que foi omitido no diploma federal.

[1307] Art. 45, Código Civil.

[1308] Art. 37, XIX, CF. Ver o que dissemos no tópico III, nº 7.1.

[1309] Art. 61, § 1º, II, "e", CF.

[1310] O texto da norma constitucional merece interpretação lógica no caso, já que não se refere expressamente às autarquias. Não obstante, deve considerar-se que estas são abrangidas pela norma, não somente porque o texto faz menção a atribuições dos Ministérios, aos quais estão elas vinculadas, como também porque o termo *"órgãos"* tem aqui sentido amplo, em ordem a alcançar quer os órgãos públicos (em sentido estrito), quer as pessoas jurídicas que fazem parte da Administração Pública, como é o caso das autarquias.

[1311] A observação é de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 76.

[1312] Comunga desse entendimento HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 307). É bem verdade que, anteriormente, autarquias chegaram a executar atividades econômicas, como foi o caso da Caixa Econômica Federal. Após a reforma administrativa federal, todavia, tais autarquias transformaram-se em outras categorias de pessoas administrativas, agora adequadas àqueles objetivos.

[1313] Ação Cível Originária nº 503-RS, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 25/10/2001 (Vide *"Informativo STF"* nº 247, de out./2001). A entidade em questão era o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDES, entidade de interesse comum dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina.

[1314] As Leis Complementares nºs 124 e 125, ambas de 03.01.2007, reinstituíram a SUDAM e a SUDENE, respectivamente, em substituição à ADA – Agência do Desenvolvimento da Amazônia e à ADENE – Agência do Desenvolvimento do Nordeste, criadas, respectivamente, pelas MPs nºs 2.157-5 e 2.156-5, ambas de 24.8.2001, e cuja extinção foi prevista naquelas leis complementares.

[1315] ADI 1.717-DF, Pleno, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, DJ de 28.03.2003. Registre-se que subsistiu o art. 58, § 9º, da Lei 9.649/98, que excluiu a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil do regime nela instituído.

[1316] ADI 3.026-DF, Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 29.09.2006. Consigne-se que o foco do julgamento foi o art. 79, da Lei nº 8.906/94, o Estatuto da OAB.

[1317] STJ, EREsp 503.252-SC, 1ª Seção, Rel. Min. CASTRO MEIRA, julg.em 25.08.2004 (vide *Informativo STJ* nº 219, ago./2004).

[1318] A observação aqui se estende às demais autarquias profissionais, todas excluídas da relação dos entes vinculados ao governo federal.

[1319] No mesmo sentido, STJ, REsp 198.179-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julg. em 9.11.2006 (*Informativo STJ* nº 303, nov./2006).

[1320] ADI 2.135, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 02.08.2007.

[1321] Vide STJ, REsp 820.696-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO E. LIMA, em 02.09.2008.

[1322] STJ, REsp 507.536, Min. JORGE MUSSI, em 18.11.2010. Nessa decisão, chega-se ao extremo de afirmar que todos os Conselhos são autarquias e que somente a OAB nela não se enquadra. Afinal, onde

esta se enquadra?

[1323] Registre-se, a bem da verdade, que os eminentes Min. JOAQUIM BARBOSA e GILMAR MENDES também adotaram esse entendimento, ficando, porém, vencidos no julgamento da citada ADI 3.026/2006.

[1324] Art. 4º e parágrafo único. Anote-se, contudo, que a Lei nº 5.540/68 foi revogada pela Lei nº 9.394, de 20.12.96, permanecendo apenas o art. 16 da lei revogada, conforme art. 92 da lei revogadora.

[1325] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 316). O autor considerava autarquias de regime especial o Banco Central do Brasil (Lei 4.595/64), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei 4.118/62) e a Universidade de S. Paulo (Dec.-lei nº 13.855/44).

[1326] Em relação ao Banco Central, por exemplo, cujos servidores tinham regime diferenciado do das demais autarquias sob o fundamento de ser autarquia especial, o STF decidiu que o regime funcional aplicável deveria ser o da Lei nº 8.112/90, diploma que estabelece o regime comum para a Administração Direta federal e para suas autarquias e fundações públicas (ADIN nº 449-2, DF, Sessão Plena, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 22/11/1996). Vide ementa no Capítulo XI, referente aos Servidores Públicos.

[1327] JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *"Administração Pública"* cit., p. 233.

[1328] Sobre o tema, remetemos o leitor ao Capítulo II, tópico III, na parte em que comentamos o Poder Regulamentar. Vide também o substancioso trabalho de BRUNO BRODBEKIER, "*Poder regulamentar na Administração Pública"* (RDA 233, 2003).

[1329] Têm idêntico pensamento MARCELO ALEXANDRINO e VICENTE PAULO, *Direito Administrativo*, Impetus (RJ), 10ª ed., 2006, pp. 104/106.

[1330] O Tribunal de Contas só pode exercer o controle, de caráter financeiro, nos limites traçados na Constituição (art. 71). WALTON ALENCAR RODRIGUES, a respeito, prega o aperfeiçoamento do controle em outros aspectos dos entes reguladores (pessoal, recursos etc.) (*O Controle da Regulação no Brasil*, publ. na RDA nº 241, pp. 39-52 (2005).

[1331] Em abono de nossa opinião: RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *A Constitucionalização* cit., p. 150.

[1332] No sentido da rejeição à tese da deslegalização, advogando a inadmissibilidade no direito brasileiro, vide GUSTAVO BINENBOJM, no trabalho *"Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil"* (RDA 240, ano 2005, pp. 156/7).

[1333] SÉRGIO GUERRA denomina tal cotejo de *reflexidade administrativa* (*Discricionariedade e Reflexividade*, Forum, 2008, p. 223).

[1334] Para exemplificar, a Lei nº 9.472/97 diz competir à ANATEL *"decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor"* (art. 19, XXV). A solução final de conflitos, pois, restringe-se à esfera autárquica.

[1335] Dentro do tema situa-se a moderna *teoria da captura*, sobre a qual teceremos alguns comentários adiante no tópico relativo às agências reguladoras.

[1336] Parecer nº AC-051, oriundo do Parecer nº AGU/MS 04/2006, aprovado pelo Presidente da República com o caráter de *parecer normativo* (DOU de 19.06.2006).

[1337] Acertadas as críticas opostas por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO no trabalho "*Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU nº AC-051"* (RDA nº 245, pp. 237/262, 2007).

[1338] A legislação frequentemente emprega o termo *mandato*, o que não é tecnicamente correto, já que o mandato tem caráter político e resulta de processo eletivo, como é o caso do mandato dos parlamentares e Chefes do Executivo. O caso é de *investidura a termo*, instituto que, embora tenha em comum o prazo determinado para o exercício das funções, tem caráter nitidamente administrativo.

[1339] Na prática, nem sempre a independência das agências é respeitada pelo ente federativo, que frequentemente intervém na esfera de sua competência. Cite-se, como exemplo, o problema causado no sistema de controle de voos após grave acidente aéreo ocorrido em 2006. Quem menos atuou para a solução do problema foi a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, à qual, em tese, caberia a regulação do setor...

[1340] Registre-se, como dado explicativo, que o Senado tem competência constitucional para aprovar previamente a escolha de algumas autoridades específicas e de *"titulares de outros cargos que a lei determinar"* (art. 52, III, "f", da CF).

[1341] MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Lumen Juris, 2002, p. 237.

[1342] Sobre a classificação dos agentes públicos em geral, vide Capítulo XI.

[1343] Como bem esclarece JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, o STF já considerou constitucional a cobrança de taxa de fiscalização e controle de serviços públicos delegados, fato que permite que essa arrecadação seja alocada ao erário da autarquia (ob. cit., pp. 236-237). Vide também ADInMC nº 1.948-RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julg. em 4/2/1999 ("*Informativo STF"* nº 137, de fev./99).

[1344] Nesse sentido, decidiu acertadamente o STF na já referida ADI nº 1.948-RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA.

[1345] Sobre o tema, vide ARNOLD WALD e LUIZA RANGEL DE MORAES (*"Agências Reguladoras"*, *Revista de Informação Legislativa* (DF), jan./mar./99); MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS (*"Agências Reguladoras e as suas Características"*, *RDA* 218, pp. 71-91, 1999); e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Mutações do Direito Administrativo"*, Ed. Renovar, RJ, 2000, p. 148).

[1346] Embora a legislação não faça alusão à expressão *"autarquias sob regime comum"*, a categoria resulta implicitamente da expressão *"autarquias sob regime especial"*, pois que, afinal, se é reconhecido um regime especial, obviamente há de se reconhecer um regime comum.

[1347] *RTJ* 87/866.

[1348] ADI 2.135-4-MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 02.08.2007.

[1349] Vide Cap. XI, no item referente ao regime jurídico único.

[1350] Nessa trilha tem decidido o STJ. Vide CC 45.410-SC, 1ª Seção, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 12.12.2005; REsp 829.366-RS, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 02.10.2006.

[1351] Súmula Vinculante nº 27, STF.

[1352] Esses foros específicos estão previstos no próprio art. 109, I, da CF.

[1353] Súmula nº 270 (vide texto ao final do Capítulo).

[1354] Como exemplo: se um servidor estatutário de autarquia federal litigar contra esta para discutir a percepção de anuênios, o processo terá curso perante a Justiça Federal (art. 109, I, CF). Se a mesma discussão for travada por servidor trabalhista, deverá este ajuizar reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho (art. 114, CF).

[1355] O STJ, a respeito, firmou a Súmula nº 97: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único".

[1356] HELY LOPES MEIRELLES, *"Direito Administrativo"* cit., p. 311.

[1357] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 240.

[1358] Art. 194.

[1359] O STJ, porém, entendeu que a imunidade (no caso era o IPTU) abrange, inclusive, imóveis alugados a terceiros (REsp nº 285.799-MG, 2a Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 26/3/2002 (Informativo "*Jurisprudência STJ"*, nº 128, abril/2002). *Concessa venia*, não abonamos tal entendimento, considerando que a locação não se aloja dentro dos objetivos institucionais de autarquias.

[1360] Art. 100 da CF e arts. 730 e 731 do CPC. Atualmente, há pagamentos que, por exceção, não obedecem ao sistema de precatórios, como já havia autorizado o art. 100, § 3º, da CF, com a redação dada pela EC nº 30/2000; o pagamento então é feito diretamente ao credor. É o caso do art. 17 da Lei nº 10.259, de 12/7/2001 (Juizados Especiais Federais). Para maiores detalhes, vide as observações feitas no Cap. XV, item V, no tópico destinado ao pagamento dos créditos de terceiros pela Fazenda.

[1361] Art. 183, § 3º, que usa a expressão *imóveis públicos,* também adequados às autarquias.

[1362] Art. 2º do Decreto nº 22.785, de 31/5/1933. Atualmente o Código Civil é peremptório no sentido de que os bens não são adquiridos por usucapião (art. 102).

[1363] Decreto nº 20.910, de 6/1/1932, e Decreto-lei nº 4.597, de 19/8/1942.

[1364] Lei nº 6.830/80.

[1365] Tal limite não se aplica em mandado de segurança, como acertadamente decidiu a 1ª Seção do STJ, no REsp nº 788.847-MT, em 26.4.2006, Rel. Min. ELIANA CALMON (*Informativo STJ* nº 282, abr./2006), já que, segundo o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução do Cód. Civil, a lei geral não revoga nem modifica a lei especial – esta, no caso, a Lei nº 1.533/51, que regulava aquela ação.

[1366] A Lei nº 10.352, de 26/12/2001, alterou os incisos I e II do art. 475 do CPC, sendo que no primeiro fez menção expressa às autarquias e fundações de direito público, confirmando o que a Lei nº 9.469, de 10/7/1997, já consignava; assim, ficou prejudicada a parte final da Súmula nº 620 do STF. Os §§ 2º e 3º do art. 475 foram introduzidos pela mesma Lei nº 10.352/2001, estampando ressalvas, anteriormente inexistentes, à garantia processual das pessoas públicas. Para outros aspectos do Poder Público em juízo, vide adiante Cap. XV, tópico VI.

[1367] Em virtude das alterações introduzidas no Cód. Proc. Civil pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005, a oposição dos devedores em geral nesse tipo de execução passou a ser formalizada pela figura da *impugnação*, como prescreve atualmente o art. 475-J, § 1º, do mesmo Código, tendo-se abolido ainda a necessidade de processo autônomo e implantado a execução como mera fase final do processo de conhecimento, na parte relativa ao cumprimento da sentença.

[1368] Sobre a referida classificação, consulte-se o trabalho de CAIO TÁCITO *"Agências Reguladoras da Administração", in RDA* 221, pp. 1-5, 2000.

[1369] CAIO TÁCITO, ob. cit., p. 4.

[1370] A informação é de CARLOS GUSTAVO DIREITO, no excelente trabalho *"A Evolução do Modelo de Regulação Francês"*, em RDE nº 2, 2006, pp. 193-198).

[1371] Assim também concluiu SÉRGIO GUERRA, em "Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: uma Releitura do Modelo Regulatório Brasileiro" (RDA nº 243, p. 202, ano 2006).

[1372] JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *"Sociedade de Economia Mista e Privatização",* Ed. Lumen Juris, 1997, p. 37.

[1373] Desenvolvemos, com maior detalhamento, o tema concernente à relevância da função controladora dessas autarquias em trabalho que escrevemos – *"O controle autárquico no processo de desestatização e da globalização da economia"* – publicado na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, vol. nº 8, 1998).

[1374] Além das citadas atividades, a cargo da ANEEL, ANATEL e ANP, outras poderão ficar sob controle de agências reguladoras, seja para controle de serviços públicos, seja para fiscalização de atividades econômicas em geral. Assim, já foram criadas outras agências, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26.1.99), com o objetivo de proteger a saúde da população em geral, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961, de 28/1/2000), controladora das entidades que oferecem planos de saúde, e a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17/7/2000), tendo como alvo a implementação da política nacional de recursos hídricos e o controle do uso desses recursos em águas do domínio da União. Mais recentemente foram criadas a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ANTAq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei nº 10.233, de 5/6/2001, regulando a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre). Foram, ainda, criadas a ANCINE – Agência Nacional de Cinema, para dispor sobre políticas relativas à atividade cinematográfica (Medida Provisória nº 2.228-1, de 6.9.2001) e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (Lei nº 11.182, de 27.09.2005).

[1375] É o caso do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 8.884, de 11.06.94) e da CVM – Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 07.12.76).

[1376] Sobre o tema, consulte-se o excelente trabalho de SÉRGIO GUERRA, *"Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana"* (RDA nº 244, pp. 331/347, ano 2007).

[1377] Foi como decidiu o TRF, 5ª Região, Ap.Cível nº 342.739, Rel. Juiz FRANCISCO CAVALCANTI (*apud* SÉRGIO GUERRA, trab.e public. citados). No caso, tratava-se do Conselho Consultivo da ANATEL.

[1378] Como já exemplificamos, o Estado do Rio de Janeiro, pela Lei nº 4.555, de 6.6.2005, criou a AGETRANS – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

[1379] A respeito desse tipo de ajuste, vide o que dissemos no Tópico II, deste Capítulo, no item relativo aos *contratos de gestão*.

[1380] JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, "Administração Pública Centralizada e Descentralizada" cit., p. 326.

[1381] Leis Complementares nºs 124 e 125, de 03.01.2007. Como já visto, essas autarquias substituíram, respectivamente, a ADA – Agência do Desenvolvimento da Amazônia e a ADENE – Agência do Desenvolvimento do Nordeste.

[1382] Em virtude de serem todas autarquias, não concordamos, concessa venia, com a assertiva do ilustre Prof. CAIO TÁCITO, no sentido de que "a primeira conversão de autarquia federal em Agência Executiva ocorreu com a transformação do Instituto Nacional de Metrologia..." (ob. cit., p. 3). Na verdade, inexiste "conversão", mas mera qualificação, como no caso do INMETRO, ou criação de nova entidade e extinção de outra, como sucedeu com a ADENE e ADA, de um lado, e a SUDENE e SUDAM, de outro. Falar-se em "conversão" pode dar a falsa impressão de que há alteração de categoria ou de estrutura, o que, como vimos, não acontece em caso algum.

[1383] Art. 31, MP nº 2.157-5, de 24/8/2001.

[1384] Vide Capítulo V, no tópico relativo aos consórcios públicos.

[1385] As empresas públicas, embora já existentes na Itália, Inglaterra, França e Alemanha, foram introduzidas no Brasil na década de 1950, confirmando-se como nova modalidade do chamado "Estado-empresário". Vide HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 325.

[1386] Há funda e antiga controvérsia sobre a origem dessas sociedades, havendo quem as tenha vislumbrado no séc. XV, com a criação do Banco de S. Jorge, em Gênova (PAUL REHME) ou no séc. XVI, com as Companhias das Índias Orientais, nos Países Baixos (CARVALHO DAVIS e MIRANDA VALVERDE). O certo é que em todos os casos transparecia a ideia de associação do Estado e de particulares para empreendimento econômico de interesse comum. Para outros dados, vide JOSÉ SERPA DE SANTA MARIA (*"Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas",* pp. 40-50).

[1387] Art. 5º, II e III.

[1388] O art. 173, § 1º, da CF foi alterado pela EC nº 19/98, que implantou a reforma administrativa do Estado, e nele foi veiculado maior detalhamento sobre a disciplina reguladora dessas entidades. Vide comentários no tópico 7, adiante, em que tratamos de seu regime jurídico.

[1389] Vide, a respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 98) e DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 278). Registre-se, por pertinente, que os Tribunais, inclusive o STF, têm decidido que, mesmo quando o Poder Público passa, por qualquer fato jurídico, a deter a maioria do capital da empresa, esta não poderá ser considerada como sociedade de economia mista, porque lhe faltará elemento indispensável a essa configuração: a autorização legal (*RDA* 157/222).

[1390] É o entendimento de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Comentários à Constituição",* vol. III, p. 47) e CARLOS PINTO COELHO MOTA ("Textos Vetoriais sobre a Reforma Administrativa", *in RTDP* nº 20, 1997, p. 196, em que o autor se refere a parecer do Consultor da União, Dr. Miguel Pró de Oliveira Furtado).

[1391] Assim decidiu o STF na ADIn 1.649-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 24.3.2004 (*Informativo STF* nº 341, mar/2004), em relação à Lei nº 9.478/97, reguladora de atividades petrolíferas, em cujo art. 65 se autorizou a PETROBRAS a instituir subsidiária para operar e construir seus dutos, terminais e embarcações para transporte de petróleo e seus derivados. A Corte entendeu dispensável a edição de lei específica para tal objetivo.

[1392] Com o mesmo pensamento, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Administração Pública*... cit., p. 47.

[1393] Registre-se que, como regra, o direito pátrio não admite sociedades unipessoais; a sociedade deve ter pluralidade de sócios. O art. 251, da Lei 6.404/76 é uma das exceções. As outras são: a) art. 206, I, Lei 6.404/76, e arts. 1.033, IV, e 1.051, II, Cód. Civil (unipessoalidade superveniente e temporária, respectivamente, de sociedades anônimas e de sociedades contratuais); b) art. 5º, II, do Dec.-lei 200/67 (empresas públicas unipessoais, que admitem qualquer forma jurídica). Cf. MÔNICA GUSMÃO,

"Direito Empresarial", Ed. Impetus, 2ª ed., 2004, p. 39.

[1394] Exemplo elucidativo é o da Lei nº 10.738, de 17.09.2003, que autorizou o Banco do Brasil S/A., sociedade de economia mista primária, a constituir duas subsidiárias integrais: uma como banco múltiplo para financiamentos destinados a populações de baixa renda e outra como administradora de consórcios para facilitar o acesso a bens duráveis aos mesmos destinatários. No art. 3º, a lei permite a admissão futura de acionistas, tornando societárias as subsidiárias, na forma do art. 253, da Lei nº 6.404/76.

[1395] Como já antecipamos, alguns consideram que tais entidades, quando voltadas para atividades empresariais ou de mercado, integram o que denominam de *quarto setor* (vide ADPF 46-7, voto do Min. MARCO AURÉLIO).

[1396] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 321) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., pp. 86-87).

[1397] Valemo-nos da magnífica lição de EROS ROBERTO GRAU sobre o tema, lição exposta com grande técnica e cientificismo (*"Elementos de Direito Econômico",* pp. 87 e seguintes). Ver também o trabalho "Empresa Estatal Prestadora de Serviços Públicos – Natureza Jurídica – Repercussões Tributárias", de ADILSON DALLARI (*in Revista de Direito Público* nº 94, p. 94.

[1398] Consulte-se, sobre o tema, HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUZA, em *Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros*, Lumen Juris, 2003, pp. 7-44.

[1399] Sobre as várias complexidades que a distinção do objeto provoca, vide MARÇAL JUSTEN FILHO, em *"O Regime Jurídico das Empresas Estatais e a Distinção entre 'Serviço Público' e 'Atividade Econômica'", in* RDE nº 1, 2006, pp. 119-135.

[1400] STF, ADI 238-RJ, Min. JOAQUIM BARBOSA, publ. 09.04.2010. Por esse *decisum,* ter-se-ia agredido a Lei nº 6.404/76, que regula as sociedades anônimas, cuja disciplina tem conteúdo diverso.

[1401] Confirmando tal situação jurídica, o TJ-RJ deixou assentado: "Submetem-se às regras processuais em geral a sociedade de economia mista, por ser pessoa de direito privado e não possuir juízo privativo" (Súmula nº 54, RJ/RJ).

[1402] Súmula 39. Ressalve-se, porém, que, sendo de 1993 a súmula, o prazo nela fixado é de vinte anos, de acordo com o Cód. Civil de 1916, então em vigor; todavia, nos termos do art. 205 do Código vigente, o prazo, como regra, será de dez anos.

[1403] O STJ, aliás, validou multa aplicada por PROCON a empresa pública federal, com base nos arts. 4º e 5º do CDC (REsp 1.103.826-RN, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 23.06.2009).

[1404] Ressalve-se, contudo, que, *ex vi* do art. 71, II, da CF, só são sujeitos a controle os bens, valores e dinheiros *públicos* – aqueles que provêm diretamente do ente público controlador – mas não os que resultam de gestão das entidades, caracterizados como bens e valores *privados*. Vide a respeito Cap. XV, no tópico relativo ao Tribunal de Contas.

[1405] Vide o trabalho "Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público", de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*RDP* nº 97, pp. 29 e seguintes).

[1406] TOSHIO MUKAI, no trabalho que escreveu a respeito, advoga esse entendimento ("Licitações e Contratos na Emenda Constitucional 19/98", *in RDA* 219/51, 1999).

[1407] Desenvolvemos esse pensamento no trabalho "O Futuro Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista", publicado na Revista *"Doutrina"* nº 9, RJ. Advogou o mesmo entendimento a ilustrada Profa. ALICE GONZALEZ BORGES, como se vê em seu trabalho "O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98" (*RDA* 217, pp. 1-12, 1999), no qual informa que MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL esposam o entendimento contrário, excluindo as entidades prestadoras de serviços públicos.

[1408] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 282) e DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 282). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO refere-se à imunidade tributária, calcada no art. 150, VI, "a", da CF.

[1409] Essa parece ser também a opinião de HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 319).

[1410] O STF, reformando decisão do TRF da 4a Região (com quem, em nosso entender, está a posição mais coerente com a natureza dessa entidade), adotou o entendimento de que a ECT – Empresa de Correios

e Telégrafos, empresa pública federal, está abrangida pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, "a", da CF, por se tratar de prestadora de serviço público exclusivo do Estado (RE 407.099-RS, 2a Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 22.6.04; vide *Informativo STF* nº 353, jun./04).

[1411] Idêntica posição foi adotada pelo STF no que toca à INFRAERO (RE 363.412 Agr/BA, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 07.08.2007; *Informativo STF* nº 475, ago./2007).

[1412] A Corte reiterou a posição anterior na Ação Cível Originária nº 765-Agr/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 05.10.2006, entendendo haver imunidade da ECT quanto ao IPVA do Estado (*Informativo STF* nº 443, out./2006). É justo, no entanto, anotar que ficaram vencidos os Min. MARCO AURÉLIO e RICARDO LEWANDOWSKI.

[1413] ACO nº 765-RJ (Questão de Ordem), Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 1.6.2005 (*Informativo STF* nº 390, jun./2005). Votaram vencidos, porém os Min. MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO, com os quais, a nosso ver, está o melhor direito.

[1414] Vide STF, RE 253.472, Min. JOAQUIM BARBOSA, em 25.08.2010. A decisão envolvia a CODESP – Cia. Docas do Estado de S. Paulo, instalada em área federal.

[1415] As mesmas diferenças são adotadas por CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Curso Prático de Direito Administrativo*, Del Rey, 1999, pp. 149/150.

[1416] À guisa de exemplificação, o Decreto nº 5.563, de 11.10.2005 (que regulamenta a Lei nº 10.973/2004, que, por sua vez, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo), enuncia que "*a União e suas entidades poderão participar minoritariamente do capital de empresa privada*" para fomentar o desenvolvimento de seus fins (art. 5º). Em tais hipóteses, por conseguinte, a empresa não se qualificará como sociedade de economia mista, mas sim de mera participação do Poder Público.

[1417] Art. 5º do Decreto-lei nº 900/69.

[1418] Arts. 235 a 240, atualmente. O art. 242 foi revogado pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001, e o art. 241 já havia sido revogado há muito pelo Decr.-lei 2.287/86.

[1419] Como exemplo, a recente Empresa de Pesquisa Energética – EPE, empresa pública cuja criação foi autorizada pela Lei nº 10.847, de 15.03.2004. Pelo art. 3º, *"a União integralizará o capital social da EPE..."*, sendo, pois, o governo federal o único titular do capital.

[1420] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 18ª ed., 2005, p. 401, e VÍTOR RHEIN SCHIRATO, "*Novas anotações sobre as empresas estatais*", RDA 239/2005, p. 212.

[1421] Súmula nº 365, STJ.

[1422] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm. Bras.* Cit., p. 321, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 452. Também: MARCELO ANDRADE FÉRES, *"O Estado Empresário: Reflexões sobre a eficiência do regime jurídico das sociedades de economia mista na atualidade"* (Rev. Direito do Estado nº 06, Ed. Renovar, p. 284, ano 2007).

[1423] STF, RE nºs 222.041-RS e 228.296-MG, 1ª Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO (*Informativo STF* nº 123, set./98). No caso, tratava-se do art. 12 do Decr.-lei nº 509/59, que garantia impenhorabilidade aos bens da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal.

[1424] STF, RE 220.906-DF, Pleno, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (*Informativo STF* nº 213, dez./2000). Ficaram vencidos, porém os Min. Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, a nosso ver, com o melhor direito.

[1425] O Verbete Sumular nº 139 do TJ-RJ tem os seguintes termos, corretíssimos a nosso ver: "A regra do art. 100 da Constituição Federal não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista".

[1426] Partindo dessa premissa, o STJ, acertadamente, considerou que bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião (REsp 647.357-MG, 3ª Turma, Rel. Min. CASTRO FILHO, em 19.09.2006; vide *Informativo STJ* nº 297, set./2006).

[1427] Em geral, os cargos de presidente ou de direção das entidades correspondem a funções de confiança e são preenchidos a critério da autoridade competente da Administração Direta. Ainda assim, os escolhidos pertencerão ao quadro da empresa e, mesmo que temporário o exercício de suas funções, serão eles também regidos pelo regime trabalhista.

[1428] Neste último caso se posiciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 307).
[1429] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 280) e HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 322). Ver também decisão do Tribunal de Contas da União no Proc. 17.062/93 (*RDA* nº 194, p. 94).
[1430] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 280). Contra: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 107).
[1431] O STF já decidiu nesse sentido, considerando empregado da ECT – Empresa de Correios e Telégrafos como agente do crime de peculato, previsto no art. 312, do Cód. Penal (vide RT 771/721); o mesmo foi decidido em relação a empregado de sociedade de economia mista (RT 589/418). *Contra*: TJ-SP (RJTJESP 37/271) e TJ-SC (RT 513/451).
[1432] STJ, REsp nº 683.668-RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 4.5.2006 (*Informativo STJ* nº 283, maio/2006).
[1433] Súmula nº 333: "Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública" (aprovada em 13.12.2006).
[1434] É o art. 6º que relaciona os objetivos da lei.
[1435] Art. 3º da Lei 11.668/2008. O art. 15, IV, da Lei 8.987/95, adota, como critério de julgamento, a "*melhor proposta técnica, com preço fixado no edital*".
[1436] Art. 6º, III.
[1437] Vários autores se insurgem contra essa situação, classificando os contratos dessas entidades como de direito privado ou administrativo, conforme explorem atividade econômica ou prestem serviços públicos. Realmente, temos que reconhecer que a posição da Lei nº 8.666/93 causa estranheza e provoca muita confusão. A EC nº 19/98, contudo, parece ter dirimido a dúvida, já que, alterando o art. 173, § 1º, da CF, admitiu a edição de lei específica para regular matéria de contratos e licitações para empresas públicas e sociedades de economia mista. Haverá, pois, novo estatuto legal aplicável exclusivamente a essas entidades.
[1438] Art. 119 e parágrafo único.
[1439] Sobre a exigibilidade de licitação para empresas públicas e sociedades de economia mista que desempenham atividades econômicas de natureza empresarial, vide o que dissemos anteriormente no Cap. VI, tópico V, desta obra.
[1440] No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., p. 99.
[1441] É como entendia DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., p. 282.
[1442] Foi o que se garantiu à ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (empresa pública) no STF (RE 220.906-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA).
[1443] STF, RE 407.099-RS, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, também beneficiando a ECT.
[1444] STF (AC nº 669-MC/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 6.10.2005; *Informativo STF* nº 404, out./2005). A decisão, embora cautelar, beneficiou a Cia. do Metropolitano de S. Paulo – METRÔ, que (pasme-se !), mesmo sem qualquer lei favorável, postulou o privilégio da impenhorabilidade invocando o já citado precedente da ECT.
[1445] A divergência está no próprio STF. No RE 599.628, em 01.12.2010, Rel. Min. AYRES BRITTO, ainda inconcluso, a propósito da ELETRONORTE S.A., houve 3 votos a favor da primeira posição e 2 a favor da segunda.
[1446] Arts. 186 a 188 e 927 e seguintes do Código Civil.
[1447] DIÓGENES GASPARINI, por exemplo, não admite sequer a responsabilidade subsidiária (ob. cit., p. 292).
[1448] É o entendimento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., vol. II, pp. 204-205); CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 83); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 273); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 269); MIGUEL REALE (*RDA* 72/409); CRETELLA JR. (*"Curso"*, p. 59), entre outros.
[1449] RE nº 101.126-RJ, Relator o Min. MOREIRA ALVES (RTJ 113/314). O dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69. Ver também Agravo no RE nº 219.900-1-RS, Rel.

Min. ELLEN GRACIE, DJ de 16.08.2002.

[1450] "Dir. Adm. Brasileiro", p. 350.

[1451] Ob. cit., p. 317. Com a vênia devida ao grande autor, a só referência terminológica adotada pela Constituição não seria argumento para concluir-se no sentido da existência de fundações de direito público. É que o problema não é de terminologia, mas sim de caracterização da natureza jurídica dessas entidades.

[1452] MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (*RDA* 25/387); CAIO TÁCITO (*RF* 205, p. 417); SEABRA FAGUNDES (RDA 78/1); EROS ROBERTO GRAU (*RDP*, nº 98. p. 77).

[1453] RE nº 215.741, 2a Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, em 30/3/1999 (*in RDA* 217, pp. 178-180).

[1454] Ainda assim, porém, não se justificaria, em nosso entender, adotar idêntica denominação para entidades distintas. Se as fundações de direito público são verdadeiras autarquias, por que são nominadas como *"fundações"*, e não como as demais entidades autárquicas? Tudo só contribui para dificultar o entendimento daqueles que permeiam o estudo das pessoas administrativas, ainda mais quando o Direito, por seus postulados lógicos, deve transmitir simplicidade, e não confusão.

[1455] TOSHIO MUKAI examinou o tema no trabalho "As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988" (*BDA*, fev./91, pp. 99-109), mas considerou a marca diferencial entre as categorias fundacionais a natureza do serviço: serviços públicos, para as fundações de direito público, e atividades estatais de caráter social, para as de direito privado. *Data venia*, o critério é impreciso e não é adotado na prática. Parece melhor a linha diferencial fundada na *natureza dos recursos*.

[1456] A despeito da confusa redação da lei nesse ponto, os pontos básicos das fundações do Código Civil foram reproduzidos para as fundações públicas.

[1457] O novo Código, admitindo que fundações possam ter sido criadas com objetivos institucionais diversos, não lhes exige a alteração, mas determina seja seu funcionamento sujeito à disciplina por ele instituída (art. 2.032).

[1458] JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*, Brasília Jurídica, 6ª ed., 2006, p. 347. O autor, inclusive, alude aos Enunciados nºs 8 e 9, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que adotam idêntica posição.

[1459] É normal que idênticas atividades sejam executadas por autarquias ou por fundações públicas. O ensino universitário federal, por exemplo, ora é prestado por autarquias (*v.g.*, a Universidade Federal do Rio de Janeiro), ora por fundações públicas (*v.g.*, a Fundação Universidade Federal de Ouro Preto). O fato é explicado pelos objetivos idênticos de ambas as entidades.

[1460] No mesmo sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, no trabalho "*As fundações públicas e o novo Código Civil*" (RDA 231/313, 2003).

[1461] Diante dessa diferença, será forçoso reconhecer que o art. 37, XIX, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/98, só se referiu às fundações públicas de direito privado, ao estabelecer que *"somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação"*. Ora, se é apenas autorizada a instituição, esta se dará pela inscrição de seus estatutos no registro próprio.

[1462] Tratamos do tema no item nº 14, do tópico IV, deste Capítulo, relativo às autarquias.

[1463] STJ, REsp 148.521-PE, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ 14.09.98.

[1464] Vide item 8 do tópico IV deste Capítulo.

[1465] ADI 2.135-MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE.

[1466] Vide o que dissemos a respeito do pessoal das autarquias (tópico IV, item 9).

[1467] Cf. MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 280.

[1468] Note-se que este último dispositivo emprega a expressão *fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*, que, por sua abrangência, alcança as fundações públicas de direito público e as de direito privado. Em compensação, entendemos que, se a fundação, a despeito de instituída pelo Estado, tiver recursos próprios para sua subsistência, não estará ela sob a incidência da regra constitucional. Cf. a respeito EROS ROBERTO GRAU (*Revista de Direito Público* nº 98, p. 75, 1991).

[1469] Foi a decisão proferida pelo STF na ADI 2.794, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 14.12.2006 (*Informativo STF* nº 452, dez./2006).

[1470] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 277). Em sentido contrário, HELY LOPES MEIRELLES em edições anteriores de sua clássica obra *"Direito Administrativo Brasileiro"* (cf. 7a ed., 1979, p. 353).

[1471] A respeito, vide JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações* cit., pp. 544-552.

[1472] Lei nº 12.016/2009 e Lei nº 4.717/65.

[1473] Vide texto ao final do Capítulo.

[1474] Aplica-se *in casu* também a Súmula nº 97 do STJ. Vide item 11 do tópico relativo às autarquias.

[1475] Vide o que dissemos a respeito das entidades paraestatais no item 6 do tópico III deste capítulo.

[1476] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 335). Empregamos denominação diversa porque, a nosso ver, o termo *serviço* tem mais o sentido objetivo de *tarefa, atividade* do que o subjetivo de *pessoa.* Mas, ainda que se use *serviço autônomo,* no sentido subjetivo, teremos inevitavelmente a noção de *pessoa.* Por outro lado, o adjetivo *sociais* não basta para qualificar essas entidades, porque os objetivos podem ser sociais *stricto sensu,* de formação profissional, de amparo empresarial etc. Por isso, preferimos realçar o lado da *cooperação* dessas pessoas, além de qualificar suas atividades como serviços de utilidade pública, de sentido mais abrangente.

[1477] É o caso das Leis nºs 10.668/2003 e 11.080/2004, que autorizaram a criação da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX-BRASIL e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, respectivamente.

[1478] As leis autorizadoras da criação dessas pessoas são: Decreto-lei nº 9.403, de 25/6/1946 (SESI); Decreto-lei nº 9.853, de 13/9/1946 (SESC); Decreto-lei nº 4.048, de 22/1/1942 (SENAI); e Decreto-lei nº 8.621, de 10/1/1946 (SENAC).

[1479] Essa entidade se originou da transformação do antigo CEBRAE, que era órgão federal, através da Lei nº 8.029, de 12/4/1990, alterada posteriormente pela Lei nº 8.154, de 28/12/1990, que, por sua vez, já sofreu também algumas alterações posteriores.

[1480] O SENAR foi previsto no art. 62 do ADCT da CF e regulado pela Lei nº 8.315, de 23/12/1991.

[1481] Lei nº 8.706, de 14/9/1993.

[1482] Lei nº 10.668, de 14/5/2003. A entidade em foco resulta de desmembramento do SEBRAE, razão por que a lei instituidora também altera a Lei nº 8.029/90, relativa a esta última.

[1483] Lei nº 11.080, de 30.12.2004.

[1484] Só para dar um exemplo, o Decreto nº 74.296, de 16/7/1974, estabeleceu que o SESI, SENAI, SESC e SENAC estão vinculados ao Ministério do Trabalho.

[1485] Vide Decreto-lei nº 772, de 19/8/1969.

[1486] Art. 1º, parágrafo único.

[1487] Decisão nº 47/95 (1ª Câmara, Ata nº 08/95). Na Decisão nº 408/95 (Plenário, Ata nº 37/95) e na Decisão nº 166/96 (2ª Câmara, Ata nº 23/97), o TCU, inclusive, deixou clara a obrigação de o regulamento do SENAI observar as regras do Estatuto Geral e expressou a vedação no sentido de que fossem estas contrariadas por disposições regulamentares internas.

[1488] Decisão nº 907/97 (Plenário, Ata nº 48/97, Rel. Min. LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA, Proc. nº 011.777/96-6), confirmada pela Decisão nº 461/98 (Plenário, Ata nº 28/98, Rel. Min. LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA). Todos esses dados nos foram informados e o material cedido pelo ilustre Chefe do Depto. Jurídico da CNI, Dr. HÉLIO JOSÉ FERREIRA ROCHA, a quem expressamos nosso agradecimento.

[1489] Na verdade, poder-se-ia mesmo sustentar que o controle sobre tais entidades é efetivamente *direto*, embora exercido de forma diversa da que incide sobre as entidades da Administração Indireta.

[1490] O SENAI e o SESI editaram seus regulamentos próprios simplificados, aprovados pelos Atos *ad referendum* nºs 03/98 e 04/98, dos respectivos Presidentes dos Conselhos Nacionais das entidades.

[1491] Em relação ao SEBRAE, o STJ reafirmou o entendimento, apontando a Justiça estadual como competente para processar e julgar ação popular (REsp 530.206-SC, 1a Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 6/11/2003 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 190, nov./2003). Idêntica solução foi decidida no Conflito de Competência nº 17.707-PR, publ. DJ 29/10/96.

[1492] Foi o caso do TRF-4ª Região em relação ao SEBRAE, que foi erroneamente considerado autarquia federal. A decisão, em boa hora, foi reformada pelo STF no RE 414.375-SC, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 31.10.2006 (*Informativo STF* nº 446, nov./2006).

[1493] A recomendação foi estampada em várias decisões proferidas em processos de prestação de contas das entidades. Vide, à guisa de exemplo, Acórdão 508/2005, do Plenário (Proc. 009.540/2002-0); Decisão 642/98- Plenário; Acórdão 1.381/2002, 1a Câmara; e Acórdão 2.371/2003, 1a Câmara.

[1494] A bem da verdade, e com absoluto acerto, o TCU, no Proc. TC.001.767/1994-1, acolheu, por maioria, Recurso de Reconsideração para excluir do limite remuneratório os salários de dirigentes do SEBRAE, o que torna extensiva a decisão aos demais serviços sociais autônomos (Acórdão nº 2788/2006, 1ª Câmara, em 03.10.2006).

[1495] Essas exigências constam das mesmas decisões já citadas.

[1496] No CTN, somente estão classificados como impostos sobre o patrimônio: 1º) imposto sobre a propriedade territorial rural; 2º) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; 3º) imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos (arts. 29 a 42). A confusão decorre do fato de que outros impostos, embora não inseridos na aludida categoria, acabam por refletir-se no patrimônio do contribuinte.

[1497] RE 164.162, 1ª Turma, DJ de 13.09.96.

[1498] RE 210.251, Pleno, DJ de 28.11.2003.

[1499] RE 186.175 (em Embargos de Divergência), Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 23.08.2006 (*Informativo STF* nº 437, ago./2006). Ficou vencido o Min. CARLOS BRITTO.

[1500] STF, RE 202.987-SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 30.06.2009. Adite-se que no mesmo sentido decidira o TJ-SP.

[1501] Vide Capítulo VII, no tópico pertinente ao regime de parceria.

[1502] O anteprojeto foi elaborado por uma comissão de ilustres juristas, nomeada pela Portaria nº 426, de 06.12.2007, expedida pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão.

[1503] Como já assinalado, a referência ao prazo de vinte anos decorreu do Código Civil anterior, que vigorava à época da súmula, editada em 1993. De acordo com o Código vigente, no entanto, o prazo, como regra, será de dez anos (art. 205).

[1504] ANTÔNIO QUEIROZ TELLES, "Introdução ao Direito Administrativo", p. 409.

[1505] Apenas para exemplificar: uma infração administrativa de impontualidade de um servidor causa a sua responsabilidade administrativa, mas não implica sua responsabilidade penal, porque não foi violada norma dessa natureza. Por outro lado, se o indivíduo causa dano a outrem, agindo com negligência, tem responsabilidade civil, mas não penal nem administrativa, vez que sua conduta só vulnerou norma de caráter civil.

[1506] CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição Brasileira* cit., vol. II, p.65. Na doutrina estrangeira: ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de Droit Administratif*, p. 130.

[1507] Súmula 387 do STJ (2009).

[1508] Bem observa CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que, no caso de dano moral, a indenização não corresponde ao preço da dor *(pretium doloris),* mas sim serve para *"proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado"* (*"Instituições"* cit., vol. II, p. 286).

[1509] São perfeitas as palavras de JEAN RIVERO a respeito. Segundo o autor, a irresponsabilidade do Estado era aceita porque este só ocasionalmente poderia causar danos (*"Droit Administratif",* p. 264).

[1510] A ideia anterior, da intangibilidade do Estado, decorria da irresponsabilidade do monarca, traduzida nos postulados *"the King can do no wrong"* e *"le roi ne peut mal faire"*.

[1511] Apesar disso, alguns países de grande desenvolvimento só recentemente abandonaram a doutrina da irresponsabilidade do Estado. Os Estados Unidos, por exemplo, fizeram-no através do *Federal Tort Claim* (de 1946) e, a Inglaterra, através do *Crown Proceeding Act* (de 1947).

[1512] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 357.

[1513] ANDRÉ DE LAUBADÈRE demonstra a existência dessa confusão, afirmando, de um lado, que la faute personelle est la faute détachable de la fonction e indagando, depois: "Mais à quelle condition une

faute peut-elle être considerée comme détachable?" ("Manuel" cit., p. 127).

[1514] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Direito Administrativo Didático",* 1985, p. 278).

[1515] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso"* cit., p. 441.

[1516] DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., 2006, p. 971.

[1517] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo* cit., p. 556.

[1518] SÉRGIO CAVALIERI FILHO exemplifica com os casos de responsabilidade por acidente do trabalho e do seguro obrigatório para automóveis (DPVAT) (*Programa de Responsabilidade Civil*, Malheiros, 5ª ed., 2004, pp. 150/152).

[1519] SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa* cit., p. 155.

[1520] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 2008, p. 982.

[1521] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 557).

[1522] Alguns estudiosos entendem que a responsabilidade por danos nucleares decorre da teoria do *risco integral*, tendo em vista a desnecessidade do nexo causal e a possibilidade de culpa da própria vítima (SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, Malheiros, 5ª ed., 2004, p. 154).

[1523] Essa legislação protetiva originou-se dos danos oriundos dos ataques terroristas de 11.09.2001, desfechados contra os Estados Unidos.

[1524] Diante do requisito constitucional, ficam, pois, excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica, por força do art. 173, § 1º, da CF, que impõe sejam elas regidas pelas normas aplicáveis às empresas privadas. Em consequência, estão elas sujeitas à responsabilidade subjetiva comum do Direito Civil.

[1525] Com idêntico entendimento, ODETE MEDAUAR (*Direito Adm. Moderno* cit., 8ª ed., 2004, p. 438) e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso* cit., 25ª ed., 2008, p. 993). *Contra*, excluindo a responsabilidade objetiva em face de terceiros não usuários: STF, RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, nov/2004.

[1526] RE 591.874, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 26.08.2009 (*Informativo* n° 557/2009).

[1527] É o caso, por exemplo, de sociedades religiosas, de associações de moradores, de fundações criadas por particulares, muitas das quais se dedicam à assistência social, à educação, ao atendimento das comunidades etc. Sua responsabilidade é regida pelo Direito Civil.

[1528] De modo diferente parece pensar o ilustre Prof. DIÓGENES GASPARINI, que advoga estarem sujeitas à responsabilidade objetiva, além das empresas governamentais, as particulares (sociedades comerciais ou industriais). *Concessa venia,* o texto constitucional não permite tamanha extensão.

[1529] É o caso do SESI, SENAI, SESC, SENAC e outras, cuja situação jurídica examinamos no Capítulo IX.

[1530] Nesse caso, se o dano proveio do desempenho do serviço público, sem que tenha havido culpa na conduta, o correto será responsabilizar-se a pessoa federativa que buscou a parceria, mas nunca a própria entidade parceira. Afinal, é o Estado que se sujeita ao risco administrativo.

[1531] CRISTIANA FORTINI, em Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos Danos causados a terceiros, publ. na Rev. do Curso de Direito do Centro Univ. Metod. Izabela Hendrix, 4º vol., 2004, pp. 13/19. Em seu trabalho, a autora aponta idêntica posição de MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários cit, Dialética, 8ª ed., p. 35).

[1532] RE nº 160.401-SP, 2a Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 20/4/1999, *apud Informativo STF* nº 146, DJ de 28/4/1999. No mesmo sentido, RE 363.423-SP, 1ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julg. em 16.11.2004 (*Informativo STF* 370, nov./2004).

[1533] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 443).

[1534] Assim já decidiu o STF nos RREE nºs 175.739-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 03.03.99, e 187.753, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, em 26.03.99.

[1535] Vide STJ, REsp nº 1.087.862-AM, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, em 02.02.2010.

[1536] A distinção entre a culpa e o dolo, fundamental no Direito Penal, é irrelevante no direito privado para fins de apuração da responsabilidade civil. A culpa civil abrange o dolo e a culpa *stricto sensu,* como deflui do art. 186 do Código Civil.

[1537] Foi como decidiu o STJ, no REsp 38.666-7, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ 08.11.93. No mesmo

sentido: LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso* cit., p. 176.

[1538] As decisões judiciais costumam referir-se à falta de *nexo causal*. Parece-nos, no entanto, que a hipótese é a de ausência de *fato imputável ao Poder Público* e, só por decorrência, de nexo causal.

[1539] RE 228.521-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, mar/1999

[1540] TJ-RJ, ApCiv 15/98, Rel. Des. LUIZ ODILON GOMES BANDEIRA, DO de 17.12.98. No caso, foi excluída a responsabilidade do Município do Rio de Janeiro.

[1541] São as irreparáveis conclusões de BRUNO LUIZ WEILER SIQUEIRA no trabalho *"O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado"* (vide *RDA* vol. nº 219, pp. 91-106, 2000).

[1542] RE 422.941-DF, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 6.12.2005 (*Informativo STF* nº 412, dez./2005). Observe-se que o STF reformou acórdão do STJ, que, por sua vez, reformara decisão da instância antecedente.

[1543] Foi o que, acertadamente, decidiu o TA-RS: "Responsabilidade Civil do Estado – Teoria do Risco Administrativo – Inversão do Ônus da Prova. A teoria do risco administrativo inverte o ônus da prova, e o Estado apenas exclui ou atenua a sua obrigação, se demonstrar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima" (ApCív nº 184068856, 3a CCív, ac. de 13/2/1985, apud ADCOAS 105541).

[1544] STF, RE 120.924, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 27.08.93. Também: STJ, REsp 945.675-RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 05.11.2008 (neste caso, tratava-se de vítima comprovadamente alcoolizada).

[1545] É também a correta observação de EDMUR FERREIRA DE FARIA (*"Curso de Direito Administrativo Positivo",* Ed. Del Rey (MG), 1997, p. 517).

[1546] TJ-RJ, Ap.Civ. 4543, 8ª C.Cív., Rel. Des. ELLIS FIGUEIRA, 1990.

[1547] TJ-RJ, ApCív nº 5.237/94-Petrópolis, 1a CCív, unân., Rel. Des. ELLIS FIGUEIRA, reg. em 24/3/1995 (*apud ADCOAS* 1000383).

[1548] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 608); ANTÔNIO QUEIROZ TELLES (ob. cit., p. 421); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 221).

[1549] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 361); LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 186).

[1550] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 458); GEORGES VEDEL, *"Droit Administratif",* p. 386; MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 361). Esta última autora dá como exemplo de caso fortuito o rompimento de uma adutora, e o publicista francês exemplifica com a falha de uma peça mecânica ou o rompimento de um pneu. Com a devida vênia, entendemos que tais fatos não são caracterizados como força maior ou caso fortuito. Trata-se de fatos administrativos, que geram a responsabilidade do Estado por ser ela objetiva e independente de culpa.

[1551] ORLANDO GOMES, "Obrigações", pp. 158-159. O grande jurista diz que "todo o esforço empregado pela doutrina para bifurcar o acaso resultou numa confusão, que hoje se procura evitar, ou mesmo contornar, eliminando-a pura e simplesmente, atenta a circunstância de que é o mesmo o efeito atribuído pela lei".

[1552] Ob. cit., p. 386.

[1553] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 457.

[1554] Vide STJ, REsp 435.865-RJ, 2a Seção, ReI. Min. BARROS MONTEIRO, julg. em 9.10.2002 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* n° 150, out./02). Também: REsp 200.110-RJ, DJ de 10.4.2000; REsp 331.801-RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES (*Informativo STJ* 224, out./2004) (roubo em ônibus); REsp 402.708-SP, Rel. Min. ELIANA CALMON (*Informativo STJ* 219, ago./2004) (roubo em metrô). RESp 589.629-RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, em 02.10.2008 (tiro oriundo de outro veículo). Veja-se ainda STF: RE 88.408-RJ, DJ de 12.7.80; RE 113.194-RJ, DJ de 7.8.87.

[1555] RIVERO, referindo-se à hipótese, registra que ela ocorre quando a polícia de segurança não pode impedir os danos (*sans que la police ait pu les empêcher)* (ob. cit., p. 300).

[1556] Por isso é que não há como responsabilizar o Estado se este não teve participação culposa. Veja-se este acórdão do TJ-RJ: "Responsabilidade Civil do Poder Público – Revolta da População – Bomba – Culpa. Para obter a indenização contra o Estado por ter o autor sido atingido por uma bomba durante incidentes de revolta da população pela majoração das passagens de ônibus, necessária se faz a comprovação da culpa do Estado no fato" (ApCív nº 454/90, 6a CCív, Rel. Des. PESTANA DE

AGUIAR, julg. em 19/3/1991). Se não se prova a culpa, o fato é de terceiro, excluindo a responsabilidade do Estado.

[1557] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 560).

[1558] ROBERTO DROMI traz exemplo de acórdão em que ficou assentado que "el carácter lícito de las obras por una entidad estatal provincial no impide la responsabilidad del Estado (Derecho Administrativo", p. 712).

[1559] No mesmo sentido: STJ, REsp 467.252-ES, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, julg. em 2.12.2004 (*Informativo STJ* 372, dez/2004); TJ-SC, ApCiv 24.363, 3ª C.Cível, Rel. Des. MAY FILHO, ac. de 25.3.86).

[1560] TJ-SC, ApCív nº 31.302, 1ª CCív, Relator Des. João Martins, publ. DO 7/9/1990.

[1561] Adotamos aqui a expressiva lição de celso antônio bandeira de mello. São suas as palavras: "Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido" ("Curso", cit., p. 447).

[1562] Com o mesmo entendimento: STJ, REsp 721.439-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 21.08.2007 (*Informativo STJ* nº 328, ago./2007).

[1563] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. e loc. cit.).

[1564] Contra: JOÃO AGNALDO DONIZETI GANDINI e DIANA PAOLA DA SILVA SALOMÃO, no trabalho *"A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva"*, no qual apontam outros partidários do mesmo entendimento (RDA 232, pp. 199-230, 2003).

[1565] O dispositivo refere-se também a atividades normalmente executadas pelo autor do dano que, por sua natureza, impliquem risco para os direitos de outrem. Essa parte, porém, não tem pertinência ao que ora se argumenta.

[1566] A correta observação é de EDUARDO MACCARI TELLES, no trabalho *"A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos e o Novo Código Civil"*, publ. na Revista de Direito da Proc. Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 57/2003, pp. 115-130.

[1567] É como pensa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 447.

[1568] SÉRGIO CAVALIERI FILHO, ao referir-se à responsabilidade objetiva, tem a mesma visão: "Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar" (Programa de Responsabilidade Civil, p. 141).

[1569] A 1ª Turma do STF, em irreparável decisão, confirmou acórdão do TJ do Paraná, que reconhecera o direito de particular à indenização, pelo Estado, por danos causados em sua propriedade em virtude da invasão por integrantes do Movimento dos Sem-Terra. O Estado deixara de cumprir ordem judicial no sentido de reforçar o policiamento para evitar a invasão, e tal omissão custou-lhe a responsabilização civil (RE 283.989-PR, Relª Min. ELLEN GRACIE, julg. em 11/9/2001; vide "*Informativo STF*" nº 241, set./2001).

[1570] Foi a hipótese decidida pelo STJ, no REsp 1.142.245, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 05.10.2010.

[1571] Vide STF, RE 136.861-SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 21.09.2010. Aqui se condenou Município por omissão pelo fato de não ter obstado a instalação de loja de fogos de artifício em zona residencial, a qual explodiu e causou danos a terceiros.

[1572] No sentido da ausência de nexo causal direto, decidiu o STF em hipótese em que foragido de penitenciária praticou ameaças e estupro contra terceiros (RE 409.203-RS, 2ª Turma, voto do Rel. CARLOS VELLOSO, em 7.6.2005; *Informativo STF* nº 391, jun./2005).

[1573] Como exemplo, o STF condenou Estado a indenizar pessoa que sofreu grave lesão em assalto na via pública (STA nº 223, Rel. Min Celso de Mello, em 14.4.2008, maioria; *Informativo STF* 502, abr/2008).

[1574] Vide STF, RE 543469 AgR-RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 16.03.2010.

[1575] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 443).

[1576] O STJ, porém, por sua 1ª Turma, considerou solidária a responsabilidade do Município, *sem qualquer imputação de culpa deste*, por danos causados por empresa a ele vinculada, responsável pela administração de estacionamento, em virtude da ocorrência de multa e reboque de determinado veículo estacionado no

local, com o que o considerou parte legítima para a causa (REsp. 746.555-RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, julg. em 18.10.2005; *Informativo STJ* nº 265, out./2005). Não nos pareceu feliz a decisão, que claramente confundiu *responsabilidade solidária* com *responsabilidade subsidiária*.

[1577] Cf. nosso "Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos", publ. no *Livro de Estudos Jurídicos* nº 6, pp. 207 e seguintes (RJ – 1993). Na oportunidade, lembramos das palavras precisas de RIVERO: *"il est juridiquement et politiquement impossible de déceler une faute dans l'activité législative, souveraine par définition* (*"Droit Administratif"* cit., p. 293).

[1578] SAYAGUÉS LASO, *"Tratado"* cit., vol. I, pp. 593 e seguintes.

[1579] CRETELLA JÚNIOR admite a responsabilidade civil do Estado mesmo no caso de leis constitucionais (*"Tratado de Direito Administrativo",* vol. 8, 1970, pp. 255 e seguintes). Também ÁLVARO LAZZARINI, em *Boletim de Direito Administrativo* set./91, pp. 493 e seguintes.

[1580] Veja-se o excelente trabalho de MAURÍCIO ZOCKUN, *"Responsabilidade Patrimonial do Estado"*, Malheiros, 2010, pp. 123/150.

[1581] Com o mesmo entendimento, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 609). O STF também já decidiu a respeito: v. RE nº 158.962, Rel. Min. CELSO DE MELLO, publ. na *RDA* nº 191, pp. 175 e seguintes). Contra: HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 561).

[1582] JULIO CÉSAR DOS SANTOS ESTEVES, *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*, Del Rey, 2003, p. 249.

[1583] Foi o correto fundamento da decisão do STJ no REsp nº 571.645-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 21.09.2006 (*Informativo STJ* nº 297, set./06).

[1584] No mesmo sentido, JULIO CÉSAR DOS SANTOS ESTEVES, *Responsabilidade Civil* cit., p. 249.

[1585] Ainda com base no excelente estudo de JULIO CÉSAR DOS SANTOS ESTEVES, ob. cit., p. 250.

[1586] Diga-se, por oportuno, que, por não terem conteúdo normativo (leis em tese), tais leis não são suscetíveis de impugnação por ação direta de inconstitucionalidade, como, por mais de uma vez, decidiu o STF.

[1587] Com esse entendimento, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 363).

[1588] Essa a orientação do STF no RE 424.584-MG, Rel. orig. Min. CARLOS VELLOSO (red. p/o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA), em 17.11.2009. No caso, o Executivo enviara logo o projeto, que se transformou em lei em menos de seis meses. Ver ADI 2.061/2001.

[1589] *Contra:* MAURÍCIO ZOCKUN, *Responsabilidade* cit., p. 165, para quem a ilicitude da inércia legislativa pressupõe manifestação do Judiciário.

[1590] No RE 424.584 cit., o Min. GILMAR MENDES exortou a uma nova reflexão sobre a referida perspectiva.

[1591] Sobre o assunto, o precioso trabalho de RUI STOCO, *"Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores",* publ. em *Seleções Jurídicas COAD,* pp. 31-38 (agosto de 1995).

[1592] Vide STF, RE 429.518-SC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 05.10.2004.

[1593] STF, RE 111.609, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em 11.12.92.

[1594] No sentido da alternativa, MÁRIO MOACYR PORTO (*"Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes", in* Revista dos Tribunais nº 563, pp. 9-14, 1982) e LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO (*"Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro", in* RDA nº 231, p. 27, 2003). *Contra*, admitindo apenas a responsabilidade do Estado: JUARY SILVA (*"A Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos"*, Saraiva, 1985, pp. 216-220).

[1595] Em sentido contrário, COTRIM NETO em "Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em face da Constituição de 1988", publ. na *RTDP* nº 1, pp. 31 e seguintes. Também LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *"Curso",* cit., p. 186.

[1596] É a opinião de ANDRÉ LUIZ NICOLITT, *A Duração Razoável do Processo* cit., p. 115.

[1597] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 613).

[1598] Sua criação se deu pela Lei nº 10.259/2001.

[1599] A Lei nº 12.153, de 22.12.2009, previu a criação desses órgãos na Justiça Estadual. Vide a respeito Cap. XV, no tópico das Pessoas Estaduais e Pessoa Distrital.

[1600] Art. 206, § 3º, inc. V.

[1601] O fato foi reconhecido pela 4ª Turma do STJ, no REsp nº 698.195-DF, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, em 4.5.2006 (*Informativo STJ* nº 283, maio/2006).

[1602] No mesmo sentido, FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN, *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, Lumen Juris, 2005, p. 42, e CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Responsabilidade Civil*, Saraiva, 8ª ed., 2003, p. 190.

[1603] No citado REsp nº 698.195-DF, o STJ, por sua 4ª Turma, também admitiu a prescrição trienal do Cód. Civil, embora em relação a empresa de transporte – pessoa de direito privado prestadora de serviço público, cuja prescrição é regulada por lei especial. No REsp 1.137.354-RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 08.09.2009, foi novamente reconhecida a prescrição trienal, desta feita também para os entes públicos.

[1604] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 562).

[1605] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 612).

[1606] Em contrário, porém, decidiu o STF, não admitindo a ação diretamente endereçada ao agente público (RE 327.904-SP, 1ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 15.08.2006; *Informativo STF* nº 436, ago./2006). Também: RE 344.133-PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 09.09.2008.

[1607] O STJ, acertadamente a nosso ver, decidiu pela possibilidade de ação diretamente contra o agente (REsp 731.746-SE, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 04.05.2009). Admitindo a alternatividade no pólo passivo: STF, RE 99.214, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em 22.3.83.

[1608] É a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que expressamente reproduz a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 466).

[1609] RE 228.977-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 12/4/2002 (vide *"Informativo STF"* nº 263, abril/2002).

[1610] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 612).

[1611] Essa posição já foi adotada pelo STF (cf. *RTJ* 100/1352, Rel. Min. Décio Miranda) e pelo TJ-RJ (ApCív nº 35048, 8a CCív, Rel. Des. Paulo Pinto).

[1612] VICENTE GRECO FILHO faz detalhada resenha sobre essa questão, concluindo que só há obrigatoriedade da denunciação nos casos de ação de garantia, mas não nos de simples ação de regresso, onde o réu pode ou não requerer a denunciação (*"Direito Processual Civil Brasileiro",* pp. 139-148).

[1613] Vide STJ, Resp 188.158-RS, 4a Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES (*Informativo STJ* nº 213, jun./04).

[1614] Têm esse entendimento HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 562); CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 466); LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Curso"* cit., p. 181); WEIDA ZANCANER (*"Responsabilidade Extracontratual do Estado",* pp. 62 e seguintes; VICENTE GRECO FILHO (*"Direito Processual Civil Brasileiro"* cit., vol. I, p. 146).

[1615] MARIA SYLVIA DI PIETRO, adotando posição de YUSSEF SAID CAHALI, entende que se deve distinguir: se o caso implica a responsabilidade do Estado sem a identificação do agente autor do fato, não caberia a denunciação; se houvesse culpa ou dolo do servidor, aplicar-se-ia o art. 70, III, do CPC. Na verdade, os juristas aceitam a denunciação à lide, pois que, se a hipótese for de culpa anônima do serviço, não se podendo identificar o agente, não haverá mesmo como ser feita a denunciação. Parece-nos, pois, que se situam na primeira corrente (ob. cit., p. 367).

[1616] Art. 88 e art. 13, parágrafo único, do CDC.

[1617] Várias decisões do STJ confirmam essa orientação: vide Revistas do STJ nº 40/285 e 66/216 e RT 667/172. Há até mesmo o seguinte excesso: "Na ação reparatória, pode a entidade pública promover a denunciação da lide ao seu preposto, sem necessidade de atribuir-lhe, desde logo, culpa pela ocorrência" (Revista do STJ 106/167). A nosso ver, a decisão, com a devida vênia, desfigura o próprio preceito contido no art. 37, § 6º, da CF.

[1618] Súmula nº 50, TJ/RJ.

[1619] É o caso do art. 46, § 1º, da Lei nº 8.112/90, que, embora de forma indireta, fixa o percentual máximo em dez por cento.

[1620] STJ, REsp 1.116.855-RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 17.06.2010. Também: REsp 651.081, Rel. Min. HELIO QUAGLIA, em 19.05.2005.

[1621] É comum o uso da expressão *ação regressiva* para nominar a ação a ser movida pelo Estado contra seu agente. Entendemos, porém, que mais técnico será considerá-la ação de indenização, pois que o regresso não qualifica a ação e indica apenas que o direito de ação, de que é titular o Estado, deve ser exercido secundariamente, pressupondo o exercício prévio do direito de ação pelo lesado.

[1622] É o caso da Lei 4.619/65, que, na esfera federal, fixa esse prazo em sessenta dias.

[1623] Como exemplo, citemos a hipótese em que a ação tenha sido julgada procedente, a decisão tenha transitado em julgado e que até mesmo tenha sido liquidada a sentença, não vindo, porém, o autor a se interessar pela execução, ou até renunciar a ela, visto se tratar de direito disponível. Ora, se logo depois do trânsito em julgado tiver sido ajuizada a ação do Estado contra o agente, ter-se-ia que reconhecer que o Estado poderia ser indenizado sem que tivesse ele mesmo indenizado a vítima da lesão. Realmente, não se poderia falar em direito de regresso...

[1624] REsp nº 236.837-RS, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, julg. em 3/2/2000 (vide *Informativo Jurisprudência do STJ* nº 45, fev./2000).

[1625] No mesmo sentido: DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., 11ª ed., p. 986, e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 25ª ed., p. 1.035.

[1626] PINTO FERREIRA, *Comentários* cit., 2º vol., 1990, p. 397.

[1627] Nesse sentido, STJ, REsp 1.069.779, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, em 18.09.2008.

[1628] Também: RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso de Direito Administrativo* cit, p. 522.

[1629] São de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO as palavras: "Incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade" ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. II, p. 287).

[1630] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 74.

[1631] Com o mesmo entendimento, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 305). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também não os inclui entre os agentes políticos, a quem caracteriza como *formadores de vontade superior do Estado* (ob. cit., p. 123).

[1632] É como pensa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., p. 125.

[1633] Em abono de nosso pensamento, também LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso* cit., p. 617) e EDIMUR FERREIRA DE FARIA (*Curso de Direito Administrativo Positivo*, Del Rey, 6ª ed., 2007, p. 97) não incluem os referidos contratados na categoria dos agentes públicos.

[1634] O STF, na ADInMC 2.415-SP (Rel. Min ILMAR GALVÃO, julg. em 13/12/2001), em apreciação cautelar, decidiu, por maioria, no mesmo sentido, validando, em consequência, provimento do Conselho da Magistratura de S. Paulo, que alvitrava a reorganização de delegações de registro e de notas, mediante a acumulação e desacumulação de serviços, extinção e criação de unidades. Rejeitou-se, assim, a tese de que a matéria seria reserva legal, prevista no art. 48, X e XI, da CF, e incidente sobre a criação, transformação e extinção de cargos e órgãos públicos (vide *"Informativo STF"* nº 254, dez./2001).

[1635] A Lei nº 10.467, de 11/6/2002, introduzindo o art. 337-D no Código Penal, criou a figura do "funcionário público estrangeiro", definido como aquele que tem cargo emprego ou função em entidades estatais ou representações diplomáticas estrangeiras, a ele se equiparando quem integra empresa controlada, direta ou indiretamente, por país estrangeiro, ou organizações públicas internacionais (parág. único). A figura, nova com essa fisionomia, tem aplicação apenas para efeitos penais, como, aliás, consta no *caput* do referido mandamento legal.

[1636] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Curso"* cit., pp. 226-227).

[1637] Como exemplo, cite-se a hipótese de um servidor que, sem investidura legítima, tenha recebido valores de tributos pagos por contribuintes e tenha firmado sua quitação. Os contribuintes são terceiros de boa-fé e fizeram os pagamentos a alguém que tinha efetivamente a aparência de servidor legitimamente investido. Sendo assim, são válidas as quitações e convalidados os atos do agente putativo.

[1638] Foi como decidiu acertadamente a 1ª Turma do STF, no RMS nº 25.104, Rel. Min. EROS GRAU, em 21.2.2006 (*Informativo STF* nº 417, fev./2006).

[1639] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 124, e MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 306.

[1640] MEIRELLES, *Dir. Admin. Bras.* cit., p. 359 e DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., p. 171.

[1641] A respeito da profissionalidade do servidor, vide o trabalho de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, *"Profissionalização da função pública: a experiência brasileira"* (RDA 232, pp. 1-9, 2003).

[1642] Reina certa controvérsia na doutrina. ODETE MEDAUAR (ob. cit., p. 308) e LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 617) admitem a expressão; DIÓGENES GASPARINI a substitui por "*agentes militares*"; e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO considera-a excluída pela modificação constitucional (ob. cit., 2007, p. 482).

[1643] É o caso, por exemplo, dos professores, dos servidores policiais e dos fiscais, que, em algumas unidades federativas, têm estatuto próprio, diverso do geral. O art. 37, XXII, da CF, com a redação da EC 42/03, previu *carreiras específicas* para os servidores integrantes da administração tributária dos entes públicos; a norma, assim, exigirá estatutos especiais para lhes regular a relação jurídica funcional.

[1644] Com a mesma visão, PEDRO GORDILHO, ao aplaudir a E.C. 45/04, que criou o Conselho Nacional de Justiça, por estar "tratando o magistrado como um servidor público de elevada qualidade, mas sempre um servidor público" ("Aspectos da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 – Reforma do Judiciário", publ. na RDA nº 240/2005, p. 268).

[1645] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 306).

[1646] Várias decisões judiciais já reafirmaram a natureza da relação estatutária, considerando-a não contratual e insuscetível de gerar direito à inalterabilidade da situação funcional. Entre todas, RMS nº 9.341, 6ª turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal, julg. em 28/11/2000 (vide *"Jurisprudência STJ"* nº 80, de nov./2000).

[1647] ADInMC 2.249-DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA (matéria de remuneração); ADIN 1.421-DF, Rel. Min. NELSON JOBIM (matéria de aposentadoria); ADIN 700-RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (matéria de incorporação de triênios) (vide *"Informativo STF"* nº 229, maio/2001).

[1648] *Contra*: STF, ADI 2872-PI, voto do Min. MENEZES DIREITO, em 29.10.2008 (julgamento inconcluso).

[1649] Vide Súmula nº 137, do STJ, ao final deste Capítulo.

[1650] "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

[1651] Vide STF, ADI 3395-DF, DJ 10.11.2006. O STJ, a seu turno, decidiu que litígios entre membro de Conselho Tutelar e Município têm natureza institucional e caráter estatutário, e não contratual celetista, devendo ser julgados na Justiça Comum Estadual (CC 84.886-RS, 3ª Seção, Rel.Min. THEREZA DE ASSIS MOURA, em 12.12.2007; *Informativo STJ* nº 342, dez./2007).

[1652] É claro que, sendo empregador o Estado, incidem algumas normas de direito público na relação trabalhista. Tais normas, porém, não podem desfigurar o regime básico da CLT, que é aquele que deve ser observado e que tem natureza contratual.

[1653] LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO, *A Contratualização da Função Pública*, Del Rey, 2005, pp. 303/7, propõe, quando contratante é o Estado, sistema de contratação com parâmetros específicos a serem alinhavados em "*lei-base*".

[1654] STF, RE 223.376-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em 29.09.98.

[1655] Súmula nº 678. Nos termos da Súmula, o STF considerou inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei nº 8.162/91, que afastavam, para fins de anuênio e licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço exercido sob a égide da CLT em relação aos servidores que passaram a integrar o regime estatutário.

[1656] Faz-se aqui a distinção, que já anotamos anteriormente, entre *lei nacional,* com aplicabilidade em todo o território nacional, e *lei federal*, destinada apenas aos órgãos e atividades federais, embora ambas se originem do mesmo processo legislativo.

[1657] A aplicabilidade desse regime, em nosso entender, cinge-se às fundações de direito público, de natureza

autárquica, mas não às fundações federais de direito privado, cujo pessoal é regido integralmente pela CLT.

[1658] A Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000, regulamenta o art. 169 no que toca aos limites com gastos de pessoal.

[1659] Há dois aspectos exigíveis para a licitude do processo: 1º) que haja ao menos um recurso com efeito suspensivo; 2º) que se tenham divulgado previamente os padrões mínimos necessários para continuidade da relação de emprego, fixados em conformidade com a natureza da função pertinente (art. 3º, IV, da lei).

[1660] Adotamos aqui a lição de DÉLIO MARANHÃO, que, com base em DE PAGE, considera a *resilição* como distrato amigável, e *resilição unilateral* (ou *dispensa imotivada*) como o direito potestativo de extinguir a relação jurídica contratual (*"Instituições de Direito do Trabalho"*, vol. I, pp. 526-528, obra conjunta com ARNALDO SÜSSEKIND e SEGADAS VIANNA).

[1661] Diante da exigência legal de rescisão vinculada, o empregado é titular do direito à reintegração no emprego, se a Administração extinguir o pacto laboral fora das hipóteses da lei ou em situação contaminada de vício de legalidade.

[1662] Art. 3º, parágrafo único.

[1663] Projeto de Lei nº 57, de 1999 (nº 4.811/98 na Câmara dos Deputados).

[1664] Tais garantias se encontram no art. 247 da CF, introduzido pela EC 19/98.

[1665] Projeto de Lei Complementar nº 43, de 1999.

[1666] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 307).

[1667] Por exemplo, Municípios e Estados não podem adotar esse regime com base na Lei nº 8.745/93, que se aplica apenas à União Federal.

[1668] RAFAEL DIÓGENES SERAFIM VIEIRA, *Servidor Público Temporário*, Edit. UFV, 2007, p. 62. O autor lembra que, na esfera federal, a Lei 8.112/90 (Estatuto) se aplica subsidiariamente à Lei 8.745/93 (regime especial).

[1669] A Constituição anterior contemplava o regime especial no art. 106 e, malgrado alguma controvérsia, entendeu-se que a relação jurídica era de direito administrativo.

[1670] Agr. Regim. no Confl. Compet. 38.459-CE, 3ª Seção, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, em 22/10/03 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 189, out./03). Também: STJ, Confl. Compet. nº 16.209-RJ, 3ª Seção, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 14.04.97.

[1671] O STF, na ADI 3395 MC-DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, *suspendeu toda interpretação* na qual se entenda que o art. 114, I, da CF, incluiu na competência da Justiça do Trabalho as causas de servidores, tendo por base vínculo de ordem estatutária ou jurídico-administrativa.

[1672] No CC 7201-AM (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 29.10.2008), o STF consolidou a orientação por tratar-se de lei específica estadual.

[1673] Vide STF, Recl. 7.109 AgR/MG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 02.04.2009.

[1674] Foi como entendeu o STF, no RE 573.202-AM, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 21.08.2008, e na RCL. 6667, Rel. Min. CÁRMEN LUCIA, em 27.11.2008 (neste caso, reformando decisão do STJ no CC 96.556-RO).

[1675] Assim decidiu o STJ no CC 70.226-PA, 3ª Seção, em 14.03.2007. No caso, a servidora "temporária" já estava há 13 anos ininterruptamente vinculada ao Município. Também: STJ, CC nº 96.556-RO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 02.09.2008.

[1676] Em confirmação, o STJ considerou competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação de reparação por danos morais e materiais decorrentes de doença adquirida em serviço, movida por servidor de regime especial (CC 96.608-PB, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 18.12.2009).

[1677] O STF declarou a inconstitucionalidade da Lei 418/93, do Distrito Federal, que admitia essa prática (ADIN 890-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 11/9/2003; vide *"Informativo STF"* nº 320, set./2003).

[1678] O STF condenou essa prática, suspendendo liminarmente a eficácia de dispositivo de MP que autorizava recrutamento pelo regime especial para *funções permanentes* do INPI – Instituto Nacional de Propriedade

Industrial (Adin-MC 2.125-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 6.4.2000; *Informativo* STF nº 184, abr./2000). Surpreendentemente, porém, a Corte mudou o entendimento e legitimou idêntico recrutamento para o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (ADI 3068-DF, Rel. Min. EROS GRAU, julg. 25.8.2004; *Informativo STF* nº 358, ago./2004). Diga-se, a bem da verdade, que houve cinco votos vencidos (Min. Marco Aurélio, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), e nestes se encontra, em nosso entender, a aplicação do bom direito, vale dizer, a única compatível com a exceção constitucional e não ofensiva ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF).

[1679] CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA acentua que o interesse público deve ter natureza singular, ímpar, extraordinária e que "a excepcionalidade do interesse pode corresponder à contratação ou ao objeto do interesse" ("Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos", Ed. Saraiva, 1999, p. 244).

[1680] O STF declarou, por ofensa aos arts. 37, II e 134, da CF, a inconstitucionalidade de duas leis estaduais, que, ilegitimamente, admitiam a contratação temporária de advogados, sem concurso, para atuarem como Defensores Públicos: vide ADI 2.229-ES, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (jun/2004), e ADI 3700-RN, Rel. min. CARLOS BRITTO, em 15.10.2008.

[1681] ADI 2.987, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 19.2.2004 (*Informativo STF* nº 337, fev./2004). A decisão teve por foco a Lei nº 9.186/93, do Estado de Santa Catarina, na qual se previa recrutamento de servidores para a Secretaria Estadual de Saúde.

[1682] A pertinente observação é de GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES, no trabalho "O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos", publicado na RDA nº 239/2005, pp. 111-118.

[1683] Arts. 2º, II, 3º, § 1º, e 4º, parágrafo único, VI, da Lei nº 8.745/93, com a redação da Lei nº 12.314, de 19/8/2010.

[1684] ADI 2135 MC-DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 02.08.2007, por maioria (*Informativo STF* nº 474, ago./2007).

[1685] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Brasileiro* cit., 1993, p.359; SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES, *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*, Lúmen Júris, 1991, p. 41.

[1686] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., Atlas, 1993, p. 307; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 1993, p. 143.

[1687] TOSHIO MUKAI, Administração Pública na Constituição de 1988, Saraiva, 1989, p. 62.

[1688] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 361).

[1689] Para exemplificar: os psicólogos de certo órgão têm cargos de carreira. Se houver três patamares funcionais, haverá três classes desses servidores: os de 1ª, 2ª e 3ª Classes. Essas classes em conjunto é que formam a carreira dos psicólogos.

[1690] O art. 3º da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores da União) define o cargo público como sendo *o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor*. O conceito da lei não é perfeito: cargo não é um conjunto de atribuições; cargo é uma célula, um lugar dentro da organização; além do mais, as atribuições são, isto sim, *cometidas* ao titular do cargo.

[1691] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 361).

[1692] STJ, Súmula nº 378. Também: TJ-RJ, Ap.Civ.45.219/2008, Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, publ. 15.09.2008 (*apud* COAD 126.601/2008); TJ-MG, Ap.Cív. 486.959/07, Rel. Des. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, publ. 13.03.2009 (*apud* COAD 128.589/2009).

[1693] Há cargos aos quais são atribuídas funções tão específicas, que a EC nº 19/98 acrescentou ao art. 37 da CF o § 7º, segundo o qual será editada lei que disponha sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego, da administração direta ou indireta, quando no exercício de suas funções tiver acesso a informações privilegiadas.

[1694] Costuma-se também denominá-los de cargos de provimento vitalício, de provimento efetivo e de provimento em comissão. Não há qualquer diferença. Essas expressões se justificam em razão do elo indissociável que vincula as noções de cargo e de provimento do cargo.

[1695] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 203).

[1696] Na ADIn nº 2.729-RN, Rel. Min. EROS GRAU, com julgamento em 16.11.2005 (ainda não concluído), o STF, com acerto, em nosso entender, declarou inconstitucional dispositivo de lei complementar estadual na qual se assegurava a referida prerrogativa (e algumas outras) aos Procuradores do Estado (vide *Informativo STF* nº 409, nov./2005).

[1697] Bem por isso, a Emenda Constitucional Estadual nº 34, de 14/6/2005, alterando o art. 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vedou a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente, até o terceiro grau civil inclusive, para cargo em comissão ou função de confiança. Vedou também a contratação, sem concurso, das mesmas pessoas para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, modalidade prevista no art. 37, IX, da CF.

[1698] No CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público, a matéria está regulada na Resolução nº 37/2009, fundada no art. 130-A, § 2º, II, da CF.

[1699] Vide também Cap. I, na parte referente ao princípio da moralidade.

[1700] Arts. 450, 499, § 1º, e 469, § 1º, CLT.

[1701] É também a observação de CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA, no trabalho "*As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão*", *in* RDA nº 243, Ed.Atlas, 2006, pp. 34-35.

[1702] STF, RE 577.025-DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 11.12.2008. No caso, o STF confirmou decisão do TJ-DF em ação direta de inconstitucionalidade, que julgou ilegal a criação de cargos por decreto do Governador.

[1703] As regras mencionadas, pelo princípio da simetria das esferas federativas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, a Estados, Distrito Federal e Municípios.

[1704] Vide STF, ADI 3232, 3983 e 3950-TO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, em 14.08.2008.

[1705] Art. 84, VI, "a", da CF.

[1706] STF, MS 26.955, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 01.12.2010.

[1707] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 127).

[1708] Embora a Constituição se tenha referido apenas à criação e à extinção, não se pode afastar da exigência de lei a transformação dos cargos, pois que, como já visto, a transformação nada mais é do que uma extinção e criação concomitante de cargos.

[1709] TA-PR (Ap.Cív. 227.594-5, 1ª C.Cív., Rel. Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo, DJ de 10.10.2003, apud *ADCOAS 8223669*).

[1710] STJ, SLS nº 1.276, Min. ARI PARGENDLER, em 28.10.2010.

[1711] Também: STF, RE 365.368-SC (AgReg), Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 22.05.2007.

[1712] STF, ADI 3.233-PB, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 10.05.2007.

[1713] STF, ADI 3857-CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 18.12.2008.

[1714] Também: CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAVANI DE SOUZA, em *"As Empresas Estatais..."* cit., p. 38.

[1715] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Bras.* cit., p. 364; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir.Admin.* cit., 20ª ed., 2007, p. 559, e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., p. 149.

[1716] A mesma opinião tem ODETE MEDAUAR, *Dir. Admin. Moderno* cit., p. 317.

[1717] A ascensão funcional e a transferência só têm sido admitidas se o servidor for aprovado em concurso público, em face dos termos do art. 37, II, da CF. Várias decisões judiciais se firmaram nesse sentido, inclusive proferidas pelo STF (cf. ADIN no 231, Rel. Min. Moreira Alves, em *RDA* 191/123 e MS no 22.148, Rel. Min. Carlos Velloso, em *RDA* 204/163). Tais institutos, como assinalamos, acabaram por ser expungidos da Lei nº 8.112/90 pela Lei nº 9.527, de 10.12.97.

[1718] A transferência, a readaptação e a recondução são previstas no estatuto federal – a Lei no 8.112/90 (arts. 24 e 29, respectivamente).

[1719] O TJ-RJ anulou ato de remoção, que, na verdade, mascarava perseguição pessoal de servidor (Ap.Cív. 98.871, Rel. Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES, publ. em 26.07.2010).

[1720] Nesse sentido: TJ-SC, Reex.Necess. 5933-7/2008, Rel. Des. Luiz Cezar Medeiros, publ. em 27.05.2008

(*apud* COAD 126334/2008).

[1721] CRETELLA JR. (*"Dicionário"* cit., p. 310).

[1722] TJ-MG, Ap.Civ. 15.412, 2ª C.Cív., Rel. Des. FERNANDES FILHO, DO de 30.05.94.

[1723] Ob. e vol. cit., p. 403.

[1724] Embora o texto constitucional silencie a respeito, parece-nos acertada a regra estabelecida no art. 30 do Estatuto Federal, o qual, além de considerar obrigatório o aproveitamento, impõe seja ele efetivado em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o que anteriormente ocupava. Veja-se o que comentaremos adiante (tópico V, no 6, neste Capítulo).

[1725] No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*"Curso"* cit., p. 152). A Lei nº 8.112/90, porém, ao tratar da reversão, só fez menção ao reingresso do servidor aposentado por invalidez. Mas se houve erro na aposentação do servidor, a Administração tem o dever de anular o ato e obrigar o servidor a retornar a seu cargo; nesse caso também sucederá reversão.

[1726] MP nº 2.225-45, de 4/9/2001, cujo art. 2º deu nova redação ao art. 25, da Lei nº 8.112, de 11/12/1990.

[1727] Anote-se que tais exigências não incidem sobre a reversão do *aposentado por invalidez,* hipótese em que a lei impõe apenas o laudo da junta médica oficial (art. 25, I, Lei 8.112/90).

[1728] STF, ADIn 2963/CE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 23.2.2005 (vide *Informativo STF* nº 377, fev./05).

[1729] O dispositivo foi acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97, e tem os seguintes termos: "Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público".

[1730] STF, ADI 1.770-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 11.10.2006 (*Informativo STF* nº 444, out./2006).

[1731] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir.Admin.* cit., p. 332.

[1732] Em abono de nosso entendimento, ODETE MEDAUAR alude à "*situação* do cargo sem ocupante" (*Dir. Admin. Moderno* cit., p. 317). Idêntica definição é dada por CRETELLA JUNIOR, *Curso de Dir. Admin.* cit., p. 539.

[1733] MS nº 7-DF, 1ª Seção, unân., Rel. Min. MIGUEL FERRRANTE, publ. em 5/3/1990.

[1734] Nesse sentido decidiu o STF em Embs.de Divergência opostos no RE 146.331-SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, em 23.11.2006 (*Informativo STF* nº 449, nov./2006). No caso, tratava-se da percepção cumulativa de acréscimos pecuniários (garantida por coisa julgada anterior), vedada pelo art. 37, XIV, da CF. O Pleno do STF entendeu aplicável o novo mandamento, reformando acórdão da 2ª Turma (RE 146.331) e adotando o entendimento firmado pela 1ª Turma (RE 140.894).

[1735] ALEXANDRE DE MORAES, *"Direito Constitucional",* p. 496.

[1736] O STF, v.g., convalidou atos de ascensão funcional porque o desfazimento ocorreu em prazo superior a 5 anos (MS 26.393 e 26.404, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 29.10.2009).

[1737] Nossa obra *Consórcios Públicos* cit., p. 83

[1738] O esclarecimento é de ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA*, Servidor Público. Remoção, Cessão, Enquadramento e Redistribuição*, Fórum, 3ª ed., 2009, p. 129.

[1739] Ainda nossos *Consórcios Públicos*, p. 84, e ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA, *Servidor Público* cit., pp. 154/5.

[1740] O concurso público foi implantado na França ao tempo de Napoleão e, apesar de sua idoneidade, foi de início objeto de renhidas resistências, que definharam posteriormente ante o aspecto democrático que foi reconhecido a esse tipo de procedimento (CRETELLA JR., *"Dicionário"* cit., p. 144).

[1741] A observação é de MAURÍCIO ZOCKUN, em "A participação do administrado na Administração e o preenchimento de cargos nos Tribunais Administrativos" (Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa, obra colet., Fórum, 2008, p.264).

[1742] É também a correta observação de FABRÍCIO MOTTA em "Concurso Público e a Confiança na Atuação Administrativa: Análise dos Princípios da Motivação, Vinculação ao Edital e Publicidade", trabalho integrante da obra Concurso Público e Constituição (vários autores), Ed. Fórum, B. Horizonte,

2005, p. 142.

[1743] Com a mesma opinião, PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA e RAQUEL DIAS DA SILVEIRA, *"Concurso Público"*, em *Servidor Público* (obra colet.org. Cristiana Fortini), Fórum, 2009, p. 333.

[1744] Em sentido diverso, a 2ª Turma do STF, julgando RE, decidiu que a prova de títulos pode ensejar pontuação que, conjugada com a das provas, leve à reprovação do candidato (RE nº 221.966, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 25/5/1999, *apud Informativo STF* 151, DJ de 9/6/1999). O STJ, por sua vez, entendeu que a prova de títulos pode ser eliminatória (RMS 12.908-PE, 5ª Turma, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, julg. em 2/4/2002; vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 128, abril/2002). Não abonamos, *venia concessa*, esse entendimento, levando em conta a natureza e o peso da titulação do candidato e o princípio da impessoalidade.

[1745] MARCELO CAETANO, "Manual de Direito Administrativo", vol. II, p. 638.

[1746] A INFRAERO, empresa pública federal, admitiu, em 1991, 366 empregados sem concurso público, mesmo contra texto expresso da Constituição. O STF, porém, em julgado do qual, *data venia*, discordamos, convalidou tais admissões sob o fundamento de que, à época, havia dúvida quanto à obrigatoriedade do concurso para tais pessoas. A nosso ver, contudo, a única dúvida existente serviu apenas para dar suporte à dispensa do concurso – antiga prática empregada por entidades paraestatais (MS 22.357-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, 27.5.2004; *Informativo STF* 349, maio/2004).

[1747] TOSHIO MUKAI, *"Empresa Pública na nova Constituição"* (RDP 90, pp. 196/204, 1989).

[1748] Nesse sentido, LILIAM DA SILVA RAMOS, em "*Administração Indireta – Concurso Público"* (RDP 92, pp 197/201, 1989).

[1749] ADIN nº 231, Relator Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/8/1992 (*RDA* 191/124, de 1993).

[1750] Na esfera federal, como vimos, a Lei nº 9.527, de 10.12.97, suprimiu tais instrumentos do estatuto funcional – a Lei nº 8.112/90.

[1751] Várias decisões do STF adotaram tal posição. Vejam-se as proferidas nas ADINs 248-RJ (DJ de 8/4/1994), 402-DF (DJ de 20/4/2001) e 1.193-AM (DJ de 17/3/2000). Veja-se também a ADInMC 2.433-RN, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, na qual a Corte deferiu medida cautelar para suspender a eficácia de lei do Rio Grande do Norte, que permitia a auxiliares de cartório admitidos antes da CF de 1988 opção por enquadramento no Quadro Permanente (*"Informativo STF"* nº 229, maio/2001, julg. em 23/5/2001).

[1752] Vide ADIN 824-MT, Rel. Min. NELSON JOBIM, julg. em 23/5/2001 (vide *"Informativo STF"* nº 229, maio/2001).

[1753] STF, ADI 2.912-ES, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 07.11.2007 (*Informativo STF* nº 487, nov./2007).

[1754] STF, ADI 3720-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 31.10.2007 (*Informativo STF* nº 486, out./2007). No caso, a Lei Complementar Estadual nº 988/2006 permitiu que os Procuradores do Estado de S. Paulo optassem pela carreira da Defensoria Pública do mesmo Estado – carreira esta cujas atribuições eram cometidas à Procuradoria-Geral do Estado.

[1755] É o que averba o Enunciado nº 363, do TST.

[1756] No mesmo sentido, vide o excelente trabalho de GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES, "O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos" (RDA 239/2005, pp. 111/118).

[1757] Apesar disso, o STJ não enquadrou a hipótese como ato de improbidade administrativa, regido pela Lei 8.429/92, o que, a nosso ver, só estimula novas contratações sem concurso (vide REsp 917.437-MG, Rel. Min. LUIZ FUX (maioria), em 16.09.2008).

[1758] No mesmo sentido, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, "Empresa Estatal – Funções de Confiança – Constituição Federal – Art. 37, II", in RDA nº 227/2002, p. 413.

[1759] Sobre o tema, v. LUIS MANUEL FONSECA PIRES, em Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa, Fórum, obra colet., 2008, pp. 235/252).

[1760] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 136). A Lei nº 8.745/93, que regula essa categoria de servidores na esfera federal, dispõe expressamente que o recrutamento é feito por processo

seletivo simplificado com ampla divulgação, prescindindo do concurso público (art. 3º).

[1761] Art. 2º, EC nº 51/2006.

[1762] Art. 9º da Lei nº 11.350, de 05.10.2006, que dispõe sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades das aludidas categorias funcionais. O regime jurídico adotado foi o *trabalhista*, regulado pela CLT (art. 8º), admitindo-se outro em conformidade com a lei local.

[1763] Esse é também o entendimento de MÁRCIO CAMMAROSANO em seu precioso trabalho "Concurso Interno para Efetivação de Servidores", publ. no *BDM,* maio/92, p. 295.

[1764] Ainda nesse ponto concordamos com MÁRCIO CAMMAROSANO (ob. cit., p. 297). A despeito de nosso entendimento, cabe registrar que o STF julgou inconstitucional o provimento por ascensão funcional (ADIN nº 231/92, Rel. Min. MOREIRA ALVES, *in RDA* 191/123).

[1765] Vide *RTJ* 157/67 (Pleno, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, julg. em 29/9/1994).

[1766] RE nº (Agr.Reg.) 205.535-RS, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 22/5/1998 (*Informativo STF* nº 111, publ. no DJ de 27/5/1998).

[1767] RE nº 116.044, 1988, Rel. Min. DJACI FALCÃO (RTJ 127/297). No mesmo sentido, decisão do STJ (RMS nº 1.174, julg. em 22/4/1992, Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO). Abonando esse pensamento, bem resumiu o STJ: *"Concurso Público – Expectativa – Direito à nomeação. A aprovação e classificação em concurso público confere ao candidato apenas expectativa de direito à nomeação"* (RMS nº 1.174-0-SP, 2ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO, julg. em 22/4/1992).

[1768] RE nº 190.264-RJ, Rel. Min. NELSON JOBIM, maioria, julg. em 10/2/2000 e RE nº 229.450-RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, maioria, julg. em 10/2/2000 (vide *Informativo STF* nº 177, fev./2000). O dispositivo considerado inconstitucional é o art. 77, inc. VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

[1769] O STJ tem proferido decisões nesse sentido. Vide RMS 19.478-SP, 6ª Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, em 06.05.2008 (*Informativo STJ* nº 354, mai/2008). Também: RMS 15.420-PR (julg. 17.04.2008) e RMS 15.345-GO (DJ 24.04.2007).

[1770] Foi como decidiu, com absoluto acerto, o STJ no RMS 23.106, Min. LAURITA VAZ, em 18.11.2010.

[1771] Assim decidiu, com acerto, o STF, no RE 227.480-RJ (maioria), Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 16.09.2008.

[1772] STF, RE 273.605, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, em 23.04.2002. Também: STJ RMS 19.924, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, out/2006, e RMS 22.908, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 28.09.2010.

[1773] Nesse sentido decidiu o TJ-SC na Ap. no MS nº 96.001563-9-Blumenau, 3ª CCív, Rel. Des. AMARAL E SILVA, julg. em 17/9/1996 (*apud ADCOAS* 8153727).

[1774] Foi também o entendimento adotado pelo STJ, no RMS 23.942-RS, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO E. LIMA, em 21.08.2008. Também: STJ, RMS 21.528-MA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 24.08.2010.

[1775] Súmula nº 16 do STF. A Súmula 17 admite o cancelamento da nomeação antes da posse, se inocorre concurso. Diante do novo sistema constitucional, todavia, em que o concurso é, como regra, exigível, o referido verbete perdeu muito em substância.

[1776] Súmula nº 15 do STF.

[1777] Foi como decidiu o STF em posição digna de aplausos (RMS nº 23.813-DF, 2ª Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 21/8/2001; vide "*Informativo STF*" nº 238, ago./2001).

[1778] Foi como decidiu acertadamente a Corte Especial do STJ (Ag.Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.267-PA, Rel. Min. NILSON NAVES, julg. em 4.2.2004; Informativo *Jurisprudência STJ* nº 197, fev./2004).

[1779] Nesse sentido decidiu por maioria a 1ª Turma do STF, com dois votos vencidos, nos quais se entendia que os nomeados teriam direito ao efeito remuneratório retroativo, como extensão do direito à nomeação (RE nº 221.170-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. 4/4/2000 (vide *Informativo STF* nº 184, abr./2000).

[1780] TRF-5ª R., AI 14173-3, 1ª T., Rel. Des. Frederico Azevedo, DJ 15.09.2008.

[1781] A observação é de PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA e RAQUEL DIAS DA SILVEIRA, *"Concurso Público"*, em *Servidor Público* cit., p. 335.

[1782] STJ, RMS 32.105-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 19.08.2010.

[1783] ApCív nº 3.542/97-Capital, 5ª CCív, Rel. Des. WALTER FELIPPE D'AGOSTINO, reg. em 9/10/1997 (*apud* ADCOAS 8158000).

[1784] Esse o correto entendimento da 2ª Turma do STF (RE 352258-BA, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 27.4.2004; vide Informativo *Jurisprudência STJ* nº 345, abril/2004), reformando, inclusive, decisão do Tribunal de Justiça da Bahia.

[1785] Foi como julgou, com indiscutível acerto, o STJ, no REsp 860.703-DF, 5ª Turma, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 04.03.2008 (*Informativo STJ* nº 347, mar/2008).

[1786] O STF, em importante acórdão da lavra do Min. MARCO AURÉLIO (RE nº 192.568, de 1996), concedeu direito de precedência para a nomeação de candidatos aprovados em concurso público em hipótese na qual a Administração fizera nomeação parcial e, chegando ao fim o prazo de validade do concurso, já se preparava para realizar novo concurso, sem nomear os que já haviam sido aprovados, embora houvesse vagas no quadro (*RDA* 206/185, de 1996).

[1787] STF, RMS nº 23.547-DF, 2ª Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 14/12/1999 (vide *Informativo STF* nº 175, dez./99). A controvérsia ocorreu em concurso para Agente de Polícia Federal.

[1788] MS nº 96.001563-9-Blumenau, 3ª CCív, Rel. Des. AMARAL E SILVA, julg. em 17/9/1996 (*apud ADCOAS* 8153727).

[1789] REsp nº 28.885-3-DF, 6ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, publ. no DJ de 7/2/1994 (*apud ADCOAS* 143948).

[1790] Apesar disso, o STJ, com base na omissão do edital, não reconheceu esse direito, entendimento que, *data venia,* destoa da ampla publicidade a que devem sujeitar-se os atos administrativos (RMS 27.673-PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 17.06.2010).

[1791] MS nº 21.176, Pleno, unân., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, julg. em 19/12/1990 (vide *RDA* 187/176, 1992).

[1792] Também: STJ, RMS 28.204-MG, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 05.02.2009; REsp 1.130.985, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 17.12.2009.

[1793] AI 201.249-1, 1ª CCív., Rel. Des. RENAN LOTUFO (RJTJSP nº 150/173).

[1794] Remessa *ex officio* nº 92.01.17411-0-MA, 1ª Turma, Rel. Juiz ALDIR PASSARINHO, publ. DJ de 20/3/1995.

[1795] O STJ, inclusive, afastou o *habeas data* como instrumento idôneo para discutir critérios de questões em provas discursivas (AgRg no HD 127-DF, 1ª Seção, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 14.6.2006; *Informativo STJ* nº 288, jun./2006).

[1796] Ver sobre o tema GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, *"Controle"* cit., pp. 172-173.

[1797] Idêntico entendimento foi esposado pelo STF no RE nº 434.708-RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. DJ de 09.09.2005.

[1798] À guisa de exemplo: STF, MS 27.165-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 18.12.2008.

[1799] O STJ, no REsp 1.970-MA, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, em 31.10.90, considerou ilegal até a exoneração de servidores em estágio probatório, pela falta do contraditório e ampla defesa.

[1800] Foi como decidiu a 1ª Turma do STF no RE nº 213.513-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, em 8/6/1999 (*Informativo STF* nº 152, publ. DJ de 16/6/1999). A mesma 1ª Turma reiterou a orientação no RE 224.283-SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 11/9/2001 (*"Informativo STF"* nº 241, set./2001).

[1801] Nesse exato e correto sentido decidiu o STF, reformando acórdão do TJ de Santa Catarina que erroneamente reconheceu em favor de candidatos já empossados por força de liminares o direito de permanência em seus cargos, conquanto tivessem sido reprovados no exame psicotécnico (RE 275.159-SC, 1ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 11/9/2001 (Vide "*Informativo STF*" nº 241, de set./2001). O STJ, a seu turno, adotou o mesmo entendimento, não dando guarida à teoria do fato consumado, ou seja, à nomeação por força de liminar judicial (REsp nº 293.461-CE, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, julg. em 13/3/2002; vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 126, março/2002).

[1802] À guisa de exemplo, vide STJ, REsp 1.130.985-PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 17.12.2009.
[1803] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 317).
[1804] É a correta observação de JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA (*"Servidor Público na Atualidade"*, Edit. América Jurídica, 2003, p. 45).
[1805] O cargo de Ministro de Estado da Defesa foi incluído no dispositivo pela EC nº 23, de 2/9/1999.
[1806] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Brasileiro* cit., p. 373
[1807] DIÓGENES GASPARINI, *Dir.Administrativo* cit., p. 125.
[1808] Art. 2º, inc. V, da Lei nº 8.745, de 9/12/1993.
[1809] Consigne-se que a Lei nº 8.112/90 (Estatuto Federal), diante da E.C. 11/96, passou a admitir, no § 3º do art. 5º (introduzido pela Lei nº 9.515, de 20.11.97), o recrutamento de estrangeiros pelas universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica.
[1810] Súmula nº 684, STF.
[1811] MS nº 6.216-DF, 3a Seção, unân., Rel. Min JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, publ. DJ de 14/6/1999, p. 102.
[1812] STJ, RMS 14.434-MG, 6ª Turma, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR, julg. em 9.3.2003 (Informativo *Jurisprudência STJ* nº 201, março/04).
[1813] STF, ADI 3.460-DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 15.06.2007.
[1814] O STJ, acertadamente, decidiu nesse sentido no RMS 26.667-DF, Rel. Min. NILSON NAVES, em 11.11.2008, em hipótese relacionada a concurso para a Magistratura.
[1815] Apesar disso, o STJ admitiu a discriminação pelo *só fato* de a exigência estar prevista no edital, fato que, com a devida vênia, não a torna compatível com a Constituição (REsp 801.982-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 17.05.2007; vide *Informativo STJ* nº 320, maio/2007).
[1816] STJ (MS nº 1643, 2º Turma, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, publ. DJ de 21/6/1993). A decisão entendeu que a altura mínima só poderia ser exigida para o ingresso como praça. O STF considerou razoável a altura mínima de 1,60m para ingresso no cargo de agente de polícia (RE nº 148095-5, 2º Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, publ. DJ de 3/4/1998).
[1817] STF (RE 194.952-MS, 1º Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 11/9/2001, citando como precedente o RE 150.455-MS, no DJ 7/5/1999 (*"Informativo STF"* nº 241, de set./2001).
[1818] A Lei nº 7.853/99 dispõe, inclusive, sobre a ação civil pública para a tutela de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência.
[1819] Eis a classificação (art. 4º): a) deficiência física; b) deficiência auditiva; c) deficiência visual; d) deficiência mental; e) deficiência múltipla.
[1820] Arts. 34 a 45.
[1821] Art. 36. Averbe-se, todavia, que a norma se destina a empresas com cem ou mais empregados, apresentando escala de percentuais em consonância com os quantitativos superiores de empregados nas empresas.
[1822] Idêntico pensamento foi adotado pelo STF no MS 26.310-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 20.09.2007 (*Informativo STF* nº 480, set/2007).
[1823] Com absoluta correção decidiu, no mesmo sentido, o STJ no RMS 20.300-PB, 6ª Turma, Rel. Min. PAULO MEDINA (*Informativo STJ* nº 291, ago./2006).
[1824] O citado Decr. nº 3.298/99, nos arts. 34 a 45, detalha todo o procedimento a ser adotado na espécie.
[1825] STJ, Súmula nº 377.
[1826] Foi o que ocorreu na 6ª Turma do STJ, no RMS 20.875-ES, Rel. Min. PAULO MEDINA, em 03.08.2006 (*Informativo STJ* nº 291, ago./2006).
[1827] A respeito, vide RITA TOURINHO, *Concurso Público*, Lumen Júris, 2008, pp. 67/68.
[1828] STJ, RMS 10.764-MG, 5ª Turma, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, em 16.09.99 (*Informativo STJ* nº 32, set./99). No caso, o candidato aprovado no concurso para Procurador da Fazenda Estadual não tinha ainda o diploma de Direito à ocasião da inscrição, embora viesse a tê-lo ao momento da investidura.
[1829] RE nº 184.425-6-RS, 2ª Turma, unân., Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 1/10/1996, publ. DJ 12/6/1998. Em outra ocasião, o STJ garantiu a nomeação de candidatos que, no ato de inscrição, não

tinham a idade de 18 anos completos, mas que vieram a completá-la antes da investidura, tratando-se, pois, de requisito do cargo, e não de inscrição (RMS 11.904-MG, 6ª Turma, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, julg. em 13/11/2001; vide "*Informativo Jurisprudência STJ*" nº 116, nov./2001).

[1830] Súmula nº 266 (vide o texto ao final do Capítulo).

[1831] ADI 3.460, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 31.08.2006 (*Informativo STF* nº 438, set./2006). O foco da discussão foi Resolução nº 35/2002, com a redação dada pela Resolução nº 55/2004, do Conselho Superior do MP do DF e Territórios. Entretanto, ficaram vencidos (e com o melhor direito, a nosso ver) os Min. CARLOS BRITTO, EROS GRAU, MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE, que entendiam que se tratava de requisito para a investidura, e não para a inscrição.

[1832] RMS 21.426-MT, 3ª Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 14.02.2007 (*Informativo STJ* nº 310, fev./2007).

[1833] Em que pese a obviedade da conclusão, já houve impedimento dessa ordem – absurdo e arbitrário, diga-se de passagem –, fato que obrigou o Judiciário a restabelecer o direito em favor do candidato prejudicado (STJ, REsp nº 308.700-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, julg. em 26/2/2002; vide Informativo *"Jurisprudência STJ" nº* 124, março/2002).

[1834] Nesse sentido, aliás, e acertadamente, decidiu o STF, reformando acórdão do TST, que, diferentemente, tomara como base a ocorrência de ato jurídico perfeito e a parêmia *"tempus regit actum*" (RE 318.106-RN, 2ª Turma, Rel. Min. ELEN GRACIE, julg. em 18.10.2005; *Informativo STF* nº 405, out./2005).

[1835] É o sistema adotado no Estado do Rio de Janeiro (Decr.-lei estadual nº 220/75).

[1836] RE nº 194.872-RS, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julg. em 7/11/2000 (vide *Informativo STF* nº 209, de nov./2000).Também: STJ, REsp 795.174, Min. LAURITA VAZ, publ. em 01.03.2010.

[1837] O STJ, contudo, entendeu que o candidato faz jus à imediata nomeação (RMS 11.396-PR, 6ª Turma, Rel. Min. THEREZA DE ASSIS MOURA, em 12.11.2007 (*Informativo STJ* nº 339, nov./2007).

[1838] O STF decidiu não ter capacitação moral o candidato sujeito à suspensão condicional da processo, na forma da Lei 9.099/95, em virtude das restrições decorrentes de tal situação (RE 568.030-RN, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 02.09.2008).

[1839] RE nº 212.198-RS, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julg. em 14/8/2001 (vide "*Informativo STF*" nº 237, ago./2001).

[1840] Em tal sentido, STJ, MC 16.116-AC, Rel. Min. OG FERNANDES, em 18.05.2010.

[1841] A conclusão deflui da interpretação do art. 39, § 3º (antes da EC 19/98 era o § 2º), c/c art. 7º, XXX, da CF.

[1842] Ob. cit., p. 134. Do mesmo pensamento participa HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 374). Contra: JOSÉ AFONSO DA SILVA (*"Direito Constitucional Positivo",* p. 570).

[1843] RE nº 157.863, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES (*RDA* 195/65). Em outro julgamento, a Corte Suprema reafirmou essa posição, decidindo que *"a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público, não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido"* (RO em MS nº 21.045-1-DF, 1ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, publ. no DJ de 30/9/1994).

[1844] O STJ, nesse aspecto, decidiu que a admissão para o cargo de arquiteto não poderia ter limitação de idade, já que nenhum grande esforço físico seria exigido para o desempenho das atribuições (RMS nº 2.341, 6ª Turma, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ de 20/2/1995).

[1845] Súmula nº 683, STF.

[1846] Foi, aliás, nesse sentido que, com acerto, decidiu o TJ-MG (Ap. 125.309-5, 1ª CCív., Rel. Des. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE, DO de 24/6/1999, *apud ADCOAS* 8175652).

[1847] RO em MS 1.082-RS, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, dJ de 23.09.93.

[1848] RE 197.847, Rel. Min. MOREIRA ALVES, 1998.

[1849] AI (AgRg) nº 284.0001-DF, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 24/10/2000 (vide *Informativo STF* nº 208, de nov./2000).

[1850] Foi o que decidiu o STJ no RMS 14.156-PE, 6ª Turma, Rel. Min. vicente leal, julg. em 27/8/2002

(*Informativo "Jurisprudência STJ"* nº 144, ago./2002), sendo rejeitada a exigência apenas porque se pretendia fosse cumprida até o momento da inscrição, e não, como deveria ser, até o momento da posse.

[1851] HELY LOPES MEIRELLES dá exemplo de concurso para o cargo de datilógrafo em penitenciária feminina (ob. cit., p. 374). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO exemplifica com o cargo de *polícia feminina* (ob. cit., p. 134).

[1852] O STF teve a oportunidade de considerar inválida norma que, sem qualquer justificativa plausível, limitava a candidatos do sexo masculino o preenchimento de vagas no Oficialato da Polícia Militar do Rio de Janeiro (RE nº 120.305, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 9/6/1995).

[1853] Art. 83, § 3º, Lei nº 7.210, de 11.07.84, com a redação da Lei nº 12.121, de 15.12.2009 (vigência em 180 dias a partir da publicação em 16.12.2009).

[1854] STJ, AgRg. no REsp 773.288, Min. CELSO LIMONGI, publ. em 01.02.2010.

[1855] Cf. nosso trabalho "Exame Psicotécnico: Natureza e Condições de Legitimidade", publ. no *"Livro de Estudos Jurídicos"* nº 9, em 1994, pp. 329-337.

[1856] RE nº 112.676, 2ª Turma (RTJ 134/770).

[1857] Realçando a necessidade de critérios objetivos, vide STF, AI 758.533 QO/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 23.06.2010,

[1858] "Serviço Público – Ingresso – Requisitos – Exame Psicotécnico. Somente lei, ato normativo primário, pode estabelecer requisitos para o ingresso no serviço público – CF, art. 37, I. Se o exame psicotécnico estiver previsto em ato administrativo apenas, ocorre ilegitimidade" (RE nº 232.571-7-RS, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, publ. DJ de 5/2/1999).

[1859] Súmula nº 686 ("Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público").

[1860] MS 20.972-DF, Pleno, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, julg. em 6/12/1989 (*RTJ* 137/645). O STJ já decidiu nessa mesma trilha, afirmando: "*Se o impetrante já se submeteu a exame psicotécnico e foi aprovado para policial, ao se submeter a novo concurso com muitas semelhanças e pontos de contato, é ilegal a exigência de novo exame; esse candidato já está integrado na Polícia Militar, e o exame é da mesma natureza"* (REsp nº 24.558-1-DF, 2ª Turma, Rel. Min. AMÉRICO LUZ, publ. DJ de 7/11/1994).

[1861] TJ-RJ, ApCív nº 13619/98-Capital, 10ª CCív, unân., Rel. Des. SYLVIO CAPANEMA, publ. DO de 6/9/1999.

[1862] Nessa exata linha, o STF, confirmando decisão do TRF da 4ª Região, considerou inconstitucional cláusula de edital que considerava sigiloso o exame psicotécnico em concurso para delegado da Polícia Federal pela circunstância de impedir o candidato de ter acesso ao resultado do exame, conduta ofensiva ao art. 5º, XXXIII, CF (RE 265.261-PR, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 13/2/2001; vide *"Informativo STF"* nº 217, de fev./2001).

[1863] REsp nº 442.964-PR, 6ª Turma, Rel. Min. fernando gonçalves, julg. em 17/9/2002 (vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 147, set./2002).

[1864] No RMS 24249-DF, o STF considerou ilegal a acumulação de cargo público com emprego em entidade hospitalar de caráter societário, que, embora não fosse sociedade de economia mista típica (até porque não teve sua criação autorizada por lei), tinha em seu capital participação majoritária (e, pois, o controle direto) da União (Rel. Min. EROS GRAU, julg. em 14.9.2004; *Informativo STF* nº 361, set./2004).

[1865] Vide ADI 1.770-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 11.10.2006 (*Informativo STF* nº 444, out./2006).

[1866] Como exemplo de que não se admitia a extensão da norma, a 1ª Turma do STF decidiu ser inviável a acumulação de dois cargos de odontólogo (RE nº 222.423-RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 31/8/1999; vide "*Informativo STF*" nº 160, set./99).

[1867] O TRF-2ª R., comprovada a compatibilidade de horários, reconheceu a acumulação de dois cargos de enfermeiro (AMS 2002.02.01.000901-6, Rel. Des. ANTÔNIO CRUZ NETTO, DJ 13.11.2008).

[1868] Vide STF, RE 248.248-RJ. Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 02.09.2008. No caso, pleiteava-se a acumulação do cargo de médico com o de perito criminal com especialidade em medicina veterinária.

[1869] Consulte-se a respeito JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Servidor Público* cit., 8ª ed., 2009, pp.

207/309.

[1870] Vide o tópico 5 adiante, referente à aposentadoria, no qual abordamos a matéria minuciosamente. À guisa de informação, porém, o STF considerou válida a acumulação de dois cargos com proventos de aposentadoria relativos a um terceiro cargo, sob o fundamento de que tal situação se consumou antes da EC 20/98 e de que o art. 11 desta resguardou o direito dos inativos até a data de sua promulgação (RMS 24.737-DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, 1.6.2006, *Informativo STF* nº 350, jun./2004).

[1871] Vide STF, RE 141.376, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, em 02.10.2001. Nessa demanda, um médico aposentado pelo Estado pretendia cumular seus proventos com os vencimentos de outro cargo de médico e um de professor de universidade pública. Também: STF, RMS 26929, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 19.10.2010, e STJ, RMS 14.937, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 03.06.2003.

[1872] STF, RMS 26.929, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 19.10.2010.

[1873] Além disso, a legitimidade da acumulação pressupõe a compatibilidade de horários (art. 2º) e que as funções exercidas não sejam remuneradas (art. 3º). Cabe, ainda, ao membro do MP comunicar suas atividades de magistério ao respectivo Corregedor-Geral (art. 4º).

[1874] Registre-se, por oportuno, que a citada Resolução faz menção, em sua justificativa, à Resolução nº 336, de 16.10.2003, do Conselho da Justiça Federal, que tem o mesmo propósito em relação a magistrados federais. Dita Resolução foi objeto da ADIn 3.126-1-DF, na qual foi concedida liminar apenas para suspender o termo "*único(a)"* referido no art. 1º. Ressalvou a Corte, porém, a necessidade de avaliar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante (Rel. Min. GILMAR MENDES, publ. DJ 06.05.2005).

[1875] O TRF da 4ª Região proveu apelação interposta por servidor demitido em caso de acumulação de boa-fé, decidindo que "a só existência de processo administrativo para a apuração de acumulação indevida de cargos não autoriza a demissão do funcionário, fazendo parte da garantia legal o direito de opção por um dentre os vínculos" (Ap. em MS nº 90.04.21522-0-SC, 1ª Turma, Rel. Juiz ARI PARGENDLER, DJ de 23/10/1991).

[1876] A licença sem vencimentos tem sido frequentemente denominada nos estatutos como "licença para tratar de assuntos particulares". A mesma denominação, aliás, pode ser adotada no regime trabalhista.

[1877] Em contrário, advogando que há acumulação indevida, ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA*, Servidor Público – Questões Polêmicas* (obra colet.), Ed. Forum, 2006, p. 15.

[1878] Nesse sentido, o entendimento da 2ª Câmara do TCU na Decisão 337/99, Rel. Min. ADHEMAR GHISI (Proc. 014.841/1996-7).

[1879] É o caso de IVAN BARBOSA RIGOLIN ("*Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*", Saraiva, 1992, p. 76) com cujo pensamento comungamos inteiramente. São suas as palavras, referindo-se aos cargos de Escriturário e de Médico, e depois de dizer que "*é natural que o Estado defira tal garantia ao seu servidor estável*": *"Quer-se dizer com isso que não teria sentido retirar a estabilidade do servidor enquanto Escriturário antes de ser confirmada sua estabilidade como Médico; não teria senso lógico a atitude, conforme já se declinou anteriormente, em exemplo semelhante".*

[1880] O dispositivo aplica-se tanto a profissionais da saúde *civis* quanto *militares*, como já decidiu corretamente a 2ª Turma do STF no RE 182.811-MG, Relator Min. GILMAR MENDES, em 30.5.2006 (*Informativo STF* nº 429, jun./2006).

[1881] O STF, aliás, abonou esse entendimento, decidindo corretamente que a ausência de avaliação de desempenho não afasta a presunção de estabilidade no cargo (MS 24.543-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 21/8/2003; vide *"Informativo STF"* nº 317, ago./2003).

[1882] ANTÔNIO QUEIROZ TELLES (*"Introdução"* cit., p. 341).

[1883] REINALDO MOREIRA BRUNO e MANOLO DEL OLMO apontam alguns exemplos dessa corrente (*Servidor Público. Doutrina e Jurisprudência*, Del Rey, 2006, pp. 110/111.

[1884] RO em MS nº 859, 2ª Turma, Rel. Min. JOSÉ JESUS FILHO, julg. em 11/12/1991 (*in RDA* 191/135, 1992).

[1885] ANTÔNIO QUEIROZ TELLES (*"Introdução"* cit., p. 341).

[1886] O STF declarou a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que ampliavam as

hipóteses de estabilização do art. 19 do ADCT. Vide ADI 289-CE e ADI 125-SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 09.02.2007.

[1887] O STF, aliás, reconheceu tal direito a servidor que ocupava cargo em substituição, muito embora não fosse servidor efetivo, nem totalmente ortodoxa a sua situação funcional (RE 319.156-ES, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 25.10.2005 (*Informativo STF* 407, nov./2005).

[1888] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 382). A ideia central, como assinala acertadamente EDMUR FERREIRA DE FARIA, é a de que "o servidor deve ser acompanhado de perto por agentes competentes, com vistas a verificar a sua aptidão para o cargo e o desempenho das funções pertinentes" ("Curso de Direito Administrativo Positivo", Ed. Del Rey, 1997, p. 115).

[1889] Súmula nº 21. No mesmo sentido, TJ-RJ (ApCív 824/98, 2ª CCív, Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *apud ADCOAS* nº 8170899). Essa é, em nosso entender, a melhor posição, embora haja algumas decisões que tenham adotado entendimento diverso.

[1890] TJ-MS, Reex.Necess. nº 46.353, Rel. Des. MILTON MALULEI, *apud* ADCOAS 8154476.

[1891] Correta a decisão do TJ-PR, no Reex. Necess. Nº 37.542, 2ª C.Cív., Rel. Des. NEGI CALIXTO, julg.em 10.05.95.

[1892] São as leis funcionais que, normalmente, regem a matéria, sendo que há certas variações quanto aos fatos suspensivos do estágio. Seja como for, não se pode nunca relegar a *ratio* que inspirou o art. 41 da CF.

[1893] STJ, RMS 23.689-RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 18.05.2010.

[1894] No mesmo sentido: STJ, RMS 19.884-DF, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 08.11.2007 (*Informativo STJ* nº 338, nov./2007).

[1895] É o limite fixado no art. 130, da Lei nº 8.112/90, o Estatuto federal.

[1896] A Lei nº 8.112/90 só admite a suspensão do prazo em certos tipos de afastamento de interesse do servidor e em participação de curso de formação (art. 20, § 5º).

[1897] Foi como decidiu o STJ no MS 9.373-DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, que se baseou em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento (Parecer/MP/Conjur/IC nº 0868-2.6/2001). No caso, a decisão aludia ao art. 20, da Lei nº 8.112/90 (estatuto funcional dos servidores federais).

[1898] Em outro julgado, o STJ alterou a posição anterior e decidiu em consonância com nosso entendimento (MS 12.523-DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 22.04.2009).

[1899] É o sistema adotado para o ingresso no quadro funcional do Estado do Rio de Janeiro (art. 2º, § 1º, nº 3, Decreto-lei nº 220, de 18/7/1975, e art. 8º, V, Decreto nº 2.479, de 8/3/1979). No curso do estágio, o estagiário percebe retribuição de 80% do vencimento do cargo, sendo-lhe pagas as diferenças se for aprovado e nomeado. Se ocupava outro cargo ou emprego no Estado, fica dele afastado durante o estágio; se vier a ser inabilitado no estágio experimental, retornará ao cargo ou emprego anterior. Como já se trata de aferição de conduta no exercício das funções do cargo, o período de estágio experimental é computado no prazo do estágio probatório necessário à aquisição da estabilidade.

[1900] De inteira precisão, nesse ponto, a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 386).

[1901] Como exemplos: art. 41, *caput,* CF (servidores); art. 95, I, CF (magistrados); art. 128, § 5º, I, "a", CF (membros do MP); art. 92, I, Cód.Penal (efeito da condenação); art. 12, I a III, Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa).

[1902] *Contra*: STJ no REsp 914.405, Rel. Min. GILSON DIPP, maioria, em 23.11.2010.

[1903] A Lei nº 8.112/90 regula nesse sentido a matéria. Cf. arts. 34 e 35.

[1904] Ouve-se normalmente a menção de que "vou pedir demissão", com o sentido de "vou sair do serviço público". Tecnicamente, porém, a referência é errônea: ninguém "pede" demissão; a demissão é imposta pelo cometimento da infração grave. O correto seria dizer-se "vou pedir exoneração", para indicar o interesse do servidor em desocupar o seu cargo.

[1905] Com a mesma opinião, MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, Ed. América Jurídica, RJ, 2005, p. 160.

[1906] A Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000, denominada de *lei de responsabilidade fiscal,* revogou a Lei Complementar nº 96, de 31/5/1999, fixou limites para gastos com despesas de pessoal, limitando-os aos

percentuais de 50%, para a União e de 60%, para Estados e Municípios, incidentes sobre suas receitas correntes (art. 19), bem como estabeleceu limites internos de distribuição de percentuais limitativos dos aludidos gastos no Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas (art. 20). Além disso, estabeleceu sanções para o caso de haver descumprimento pelos agentes responsáveis por tais entidades orgânicas.

[1907] Ressalve-se que, embora legítima a exoneração de servidores não estáveis, deve ser-lhes assegurado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo, sob pena de nulidade do ato exonetarório. Em tal sentido, vide STF, RE 223.904-MG, 2ª Turma, Rel. Min ELLEN GRACIE, em 8.6.2004; *Informativo STF* nº 351, jun./2004).

[1908] Com esse entendimento, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, em *"Reforma Administrativa – Estabilidade – Direito adquirido",* publ. na *RTDP* vol. nº 25, pp. 5-12, 1999).

[1909] Art. 2º, § 1º, I a VI.

[1910] Esses critérios podem ser combinados com o critério complementar relativo ao menor número de dependentes, com vistas à elaboração de listagem de classificação. É que consta no art. 2º, §§ 2º e 3º da lei.

[1911] Art. 4º da lei, que, nesse aspecto, guarda consonância com o art. 169, § 6º, da CF, introduzido pela EC 19/98.

[1912] É oportuno assinalar que, como registramos anteriormente, tais hipóteses configuram modelos de *exoneração*, e não demissão. Por isso, a lei é digna de aplausos quando, em seu art. 1º, propõe-se a regular a *exoneração de servidores públicos estáveis* (vide o Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 87, mar./2001).

[1913] RMS 11.056-GO, 6ª Turma, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR, em 6/3/2001 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 87, mar./2001).

[1914] Ensejam estabilidade, na relação trabalhista, a ocupação de cargo de direção ou representação sindical por parte de empregado sindicalizado (art. 8º, VIII, CF); a eleição de empregado para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (art. 10, II, "a", ADCT, CF); e a gestação de empregada, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b", ADCT, CF). Registre-se, ainda, que todas essas formas de estabilidade têm natureza transitória.

[1915] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 158); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 382); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 327). *Contra*: a Súmula 390 do TST admitiu a estabilidade de servidor trabalhista, posição que, *data venia*, se nos afigura inconstitucional. Não obstante, o mesmo Tribunal, no Proc. RR-6306/2000-011-09.2, decidiu, em 22.11.2006, não ser aplicável o art. 41 da CF àquele servidor.

[1916] Foi o que se advogou no Parecer nº CQ-64, da Advocacia-Geral da União, com o abono de decisão do STF em mandado de segurança, publicada na RTJ 147/190 (RDA 200/249, 1995).

[1917] Na esteira de tal pensamento, o TST, no Recurso de Revista nº 54.754/2002 – reformando decisões das instâncias inferiores – negou a reintegração de empregado da PETROBRAS, sociedade de economia mista federal, exatamente sob o fundamento de que na relação trabalhista incide a CLT, e esta admite a rescisão unilateral do contrato, embora com o pagamento das devidas verbas rescisórias.

[1918] AgR nº 245.235, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 26/10/1999, *apud Informativo STF* nº 168, out./99.

[1919] STF 289.321, Min. MARCO AURÉLIO, em 02.12.2010.

[1920] CALDAS AULETE, "Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa", vol. IV, p. 4.072.

[1921] Já anteriormente havia diversidade de regimes entre servidores estatutários e trabalhistas. No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 323).

[1922] O dispositivo constitucional faz ressalva ao art. 142, § 3º, X, que trata da disciplina específica aplicável sobre os militares integrantes das Forças Armadas.

[1923] Proc. nº 211.831-4/01, do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, tendo adotado o entendimento a Procuradoria-Geral do TCE, o Ministério Público e um dos Conselheiros integrantes do Colegiado.

[1924] STF, ADI 3106-MG, Rel. Min. EROS GRAU, em 14.04.2010. Também: STF, RE 573.540-MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 14.04.2010.

[1925] Art. 195, § 5º, CF.

[1926] Art. 4º, § 1º, I a IX, Lei 10.887/04.
[1927] Idem.
[1928] ADIn nº 2.010-2, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julg. em 30.9.99.
[1929] Foi o entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, em parecer firmado a pedido da CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, que instruiu a ADIN nº 3.105, ajuizada ao final de 2003.
[1930] O STF abonou nossa posição e decidiu exatamente em tal sentido nas ADIs 3.105-DF e 3.128-DF (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, maioria, julg. em 18.8.2004; vide *Informativo STF* nº 357, ago./2004).
[1931] O referido valor, que foi fixado como base no texto constitucional, vem sendo sujeito a atualizações periódicas.
[1932] Foi como decidiu o STJ no RMS 23.051-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 06.03.2007 (*Informativo STJ* nº 312, mar./2007). No caso, tratava-se de pensão especial regulada pelas Leis 7.301/73, 7.602/74 e LC 69/90, todas do Estado do Rio de Janeiro.
[1933] Nesse exato sentido, decidiu o STJ no RMS 13.212-DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, julg. em 21/5/2002 (Informativo *"Jurisprudência do STJ"* nº 135, maio/2002). Em sentido contrário, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, julg. em 2/10/2003 (Informativo "Jurisprudência STJ" nº 186, out./2003).
[1934] O STJ também tinha esse entendimento, mas, posteriormente, o alterou, excluindo o referido abono como base de cálculo para a contribuição previdenciária. Vide Pet 7.296-PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 28.10.2009 (*Informativo* 413, out/2009).
[1935] A mesma EC nº 20/98, acrescentando o art. 250 à Constituição, previu fundo com idêntico desenho jurídico para formar recursos com vistas às despesas decorrentes do pagamento de benefícios no regime geral da previdência social.
[1936] No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, o fundo previdenciário foi instituído pela Lei nº 3.189, de 22/2/99 com a denominação de "*Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – RIOPREVIDÊNCIA"*, tendo como objetivo arrecadar recursos para o custeio de proventos, pensões e outros benefícios correlatos, conforme dispõe o art. 1º da mesma lei.
[1937] É oportuno assinalar que a novidade é a previdência complementar *estatal*. A previdência complementar privada já existe há tempos e tinha disciplina própria na Lei nº 6.435, de 15/7/1977, hoje revogada pela Lei Complementar nº 109, de 29/5/2001.
[1938] É o pensamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em parecer que instrui a ADIn nº 3.105/03, promovida pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.
[1939] Art. 31, I e II, Lei Complementar nº 109/2001. As *entidades abertas*, diferentemente, são acessíveis a quaisquer pessoas físicas ou a pessoas vinculadas à pessoa jurídica contratante (art. 26, I e II, da mesma lei).
[1940] SÉRGIO CAMPINHO, *"O Direito de Empresa"*, Lumen Juris, 2ª ed., 2003, p. 36.
[1941] Na verdade, são três as modalidades dos planos de benefícios de entidades de previdência complementar: 1ª) benefício definido; 2ª) contribuição definida; 3ª) contribuição variável (art. 7º, parágrafo único, L.C. nº 109/2001). A mesma lei, aliás, consigna que as entidades fechadas de previdência complementar só podem oferecer planos de benefícios de contribuição definida (art. 31, § 2º, II), já que o instituidor não pode assumir obrigações com benefícios de risco.
[1942] A Medida Provisória nº 233, de 30.12.2004, instituiu a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, sob a forma de autarquia especial e vinculada ao Ministério da Previdência Social, com a finalidade de fiscalização e de supervisão das atividades de entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas pertinentes ao setor. A citada MP, porém, teve o prazo de vigência encerrado em 14.6.2005, como informa o Ato Declaratório nº 24,de 2005, do Presidente da Mesa do Congresso Nacional.
[1943] STF, RE nº 195.861, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, publ. DJ de 17.10.97.
[1944] Idêntica opinião foi adotada por CAIO TÁCITO no trabalho Revisão Administrativa de Atos Julgados pelos Tribunais de Contas, em RDA 53, pp. 216 e segs. Também FELIPE DEIAB, em Uma nova

experiência na Advocacia Pública brasileira: a Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, publ. na Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro nº 1, pp. 17 e segs., ano 2005.

[1945] Vide STF, MS 25.116, Rel. Min. AYRES BRITO, maioria, em 08.09.2010.

[1946] STJ, REsp 223.670-DF, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 19.04.2007 (*Informativo STJ* nº 317, abr./2007).

[1947] Incide, pois, o art. 54 da Lei nº 9.784/99. *Contra:* STF, MS nº 25.440-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, maioria, publ. DJ 28.04.2006. Vide também a respeito FELIPE DEIAB, trab. cit., pp. 23-24.

[1948] *Contra*: STJ, RMS 21.142-SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 20.09.2007 (*Informativo STJ* nº 332, set/2007).

[1949] STF, MS 25.116-DF, Rel. AYRES BRITTO, em 08.09.2010. Prevaleceu o primeiro entendimento. Os Min. CELSO DE MELLO e CEZAR PELUSO adotaram o segundo e os Min. MARCO AURÉLIO, ELLEN GRACIE e SEPULVEDA PERTENCE aderiram ao último.

[1950] STF, RE 285.495-SE, 1ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 02.10.2007 (*Informativo STF* nº 482, out./2007).

[1951] Com absoluto acerto, a decisão do STJ no RMS18.448-PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 20.04.2010.

[1952] O STF declarou a inconstitucionalidade de lei estadual sobre a matéria por vício de iniciativa (ADI 2.904-PR, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 15.04.2009).

[1953] Pode-se dizer que há um quarto tipo, que não mencionamos em razão de sua grande especificidade. É a aposentadoria do ex-combatente, consumada em 25 anos, conforme consta do art. 53, V, do ADCT da CF, mantido pelo art. 3º, § 3º, da EC nº 20/98.

[1954] O tempo de serviço exigido era o de 35 anos para o homem e 30 anos para a mulher. Nas funções de magistério em geral, o tempo era o de 30 anos para o professor e 25 anos para a professora.

[1955] Note-se, todavia, que, para efeito de disponibilidade, o critério temporal continua sendo o *tempo de serviço* (art. 41, § 3º, c/c art. 40, § 9º, da CF, este último acrescentado pela EC nº 20/98).

[1956] Para evitar que o servidor seja prejudicado pela substituição do critério relativo ao tempo, o art. 4º da EC nº 20/98 ressalvou que, até que a nova lei regule a matéria, será contado como tempo de contribuição o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para fins de aposentadoria, desde que tenha sido devidamente cumprido na forma da mesma legislação.

[1957] STJ, RMS 22.837-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, em 23.06.2009.

[1958] Vide STJ REsp 942.530-RS, Rel. Min. JORGE MUSSI. Em 02.03.2010. Na hipótese, converteu-se a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais em aposentadoria com proventos integrais.

[1959] É o caso da Lei nº 5.260, de 11.06.2009, do Estado do Rio de Janeiro, que regula a previdência social dos servidores do Estado (art. 11, I).

[1960] No que concerne a notários e oficiais de registro, o STF e o STJ entendiam que também a eles se aplicava essa forma de aposentadoria (STJ: RO em MS 6.329, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 8/2/99). Após a E.C. 20/98, contudo, passaram a considerá-la inaplicável àqueles agentes em razão da nova redação do art. 40, § 1º e inc. II, da CF. Vide no STF: Pet. Nº 2.903-QO, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 02.05.2003; RE 556.504 ED/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, em 10.08.2010. No STJ: RMS 16.752-RO, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, em 09.12.2003.

[1961] Art. 77, III.

[1962] A única declaração que se poderia obter desse tipo de candidato seria a de ciência de que, sendo a investidura ultimada após a idade de 65 anos, não poderia ele, caso aprovado, adquirir o direito à aposentadoria voluntária. Tal declaração, a rigor, seria dispensável, embora valesse como mera advertência ao candidato.

[1963] A investidura de Ministros de Tribunais Superiores se encontra, na Constituição, nos arts. 101 (STF); 104, parágrafo único (STJ); 111, § 2º (TST); 119, II (TSE); 120, III (TRE); e 123 (STM); e o "quinto constitucional" tem previsão no art. 94.

[1964] Consulte-se, a propósito, com referências doutrinárias e jurisprudenciais, o excelente trabalho de ZENO

VELOSO, "Inaplicabilidade do limite máximo de 65 anos de idade para o preenchimento do cargo de Desembargador a ser provido pelo quinto constitucional" (in RTDP nº 28, pp. 11-14, 1999).

[1965] Lei nº 9.393/95 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), com a alteração do art. 67 pela Lei nº 11.301, de 10.05.2006.

[1966] O STF, todavia, deu interpretação conforme para considerar constitucional o novo dispositivo da lei de educação (ADI 3.772, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 29.10.2008). Ficaram, porém, vencidos os Min. Carlos Britto, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, com os quais, a nosso ver, está a interpretação condizente com a Constituição.

[1967] STF, MI 721-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 30.08.2007 (*Informativo STF* nº 477, ago./2007). A Corte reconheceu o direito da servidora à aposentadoria especial após 25 anos e, de forma mandamental, ordenou lhe fosse aplicado o regime geral da previdência social (Lei 8.213/91, art. 57). Também: MI 758-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 01.07.2008.

[1968] Como já consignamos, o valor inicialmente fixado no art. 201 da CF é passível de atualização periódica.

[1969] A Constituição aboliu a antiga aposentadoria voluntária com *proventos proporcionais ao tempo de serviço* (ou de contribuição), remanescendo essa modalidade, todavia, com regras próprias, para os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, como será examinado adiante no tópico relativo às *situações transitórias*.

[1970] Pode ocorrer que, ao atingir a idade de 70 anos, o servidor já tenha completado o tempo de contribuição suficiente para a aposentadoria voluntária e preenchido os demais requisitos estabelecidos na Lei Maior. Nesse caso, embora não se possa considerar voluntária a aposentadoria, dado que o afastamento se deu efetivamente pela implementação da idade máxima, os proventos serão integrais, e não proporcionais, como reza a norma. É que o direito aos proventos integrais nasce com o preenchimento dos requisitos *tempo de contribuição, idade mínima, tempo de serviço público e tempo mínimo no cargo;* cumpridas tais exigências, os proventos são integrais, não importando a modalidade em que se deu a aposentadoria. O mesmo se passa, aliás, com a aposentadoria por invalidez fora dos casos de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave.

[1971] Anote-se, no entanto, que essas são as hipóteses constantes do texto definitivo da Constituição. Há outras hipóteses, porém, dentro das situações transitórias, ou seja, aquelas aplicáveis a servidores ingressos antes das alterações constitucionais introduzidas pelas EC 20/98 e 41/2003; tais casos serão examinados adiante em tópico próprio.

[1972] ADIn 2.579-ES, Rel. Min. carlos velloso, julg. em 21/8/2003 (*"Informativo STF"* nº 317, agosto/2003).

[1973] Nesse exato sentido, já decidiram o STF (RE 198.190, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 3/5/96) e o STJ (RMS 10.045, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, em 7/6/2001).

[1974] Art. 99, § 4º, Const. de 1967, cf. E.C. 1/69.

[1975] STF MS 24.952, Min. AYRES BRITTO, em 07.04.2005, e AgRg/RE 593.027, Min. CARMEN LUCIA, em 08.06.2010; e STJ MS 14.220, Min. JORGE MUSSI, em 10.11.2010.

[1976] No mesmo sentido decidiu o TCU sobre acumulação de proventos da magistratura e de subsídio de deputado federal (Proc. TC 017.351/2005-2).

[1977] Também: DIÓGENES GASPARINI, *Dir.Administrativo* cit., 2006, p. 222. Vide ainda: STF, RE 161742, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 08.04.2008 (*Informativo STF* nº 501, abr/2008).

[1978] ADI 1.770-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 11.10.2006 (*Informativo STF* nº 444, out./2006).

[1979] Art. 40, § 11, c/c art. 37, § 10, CF, com as alterações impostas pela EC nº 20/98.

[1980] Embora o texto não se tenha referido ao Distrito Federal, usando o adjetivo *distrital*, é óbvio que, por interpretação lógica e sistemática, deve ser contado também o tempo de contribuição no período em que o servidor integrou o quadro dessa específica entidade federativa.

[1981] A norma do art. 40, § 2º, da CF, antes da EC nº 20, continha preceito semelhante, mas o cômputo recíproco de tempo tinha por base o *tempo de serviço*, e não o *tempo de contribuição.*

[1982] Foi como decidiu o STF no RE 219.169-RS, Rel. Min. NELSON JOBIM, julg. em 25/4/2002 (vide *"Informativo STF"* nº 265, abril/2002), em relação a dispositivo em lei complementar do Município de Sarandi (RS).

[1983] A referência, obviamente, é apenas a licenças e afastamentos em que o servidor não contribui para o regime previdenciário.
[1984] Art. 4º da EC nº 20/98.
[1985] HELY LOPES MEIRELLES cita, inclusive, vários acórdãos com esse entendimento. Vale a pena analisar ainda a Súmula nº 359 do STF, que adota a tese no que respeita à fixação dos proventos.
[1986] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Comentários à Constituição"*, vol. III, p. 447).
[1987] Art. 3º.
[1988] É a opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA, emitida em parecer que instrui a ADIn nº 3.105/03, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.
[1989] O STF, com acerto, decidiu nesse exato sentido (ADI 3104, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 26.09.2007; *Informativo STF* nº 481, set./2007).
[1990] Antes da EC 20/98, só se exigia o cumprimento do tempo mínimo de 30 anos, se homem, e 25, se mulher. Com a EC 20/98, o art. 8º criou as seguintes condições: 1º) idade mínima de 53 anos, se homem, e 48, se mulher; 2º) 5 anos de exercício no cargo em que se der a aposentadoria; 3º) tempo mínimo de contribuição (ou de serviço) de 30 anos, se homem, e 25, se mulher; 4º) período adicional correspondente a 40% do tempo faltante para atingir os períodos anteriores, tomando-se por base a data da publicação da EC 20/98 (16/12/98).
[1991] Anteriormente, o cálculo se baseava na fração correspondente ao tempo de serviço exercido em relação ao tempo mínimo exigido (ex.: 30/35 avos dos vencimentos; 31/35 avos; 32/35 avos, no caso de servidor homem). A EC 20/98 estabeleceu que os proventos corresponderiam a 70% da remuneração do servidor acrescidos de 5% por ano de contribuição além do somatório mínimo de tempo necessário para a obtenção do benefício.
[1992] Nesse sentido decidiu o STF no Agr. Instrum. nº 199.109, 1ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 8/2/2000 (vide RDA 221, p. 300, 2000).
[1993] Tivemos a oportunidade de examinar o tema no trabalho "*Extensibilidade dos direitos funcionais aos aposentados*", publicado na *Revista do Ministério Público* nº 1, pp. 94-99, 1995.
[1994] RE nº 231.278-4-RS, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, publ. DJ de 5/11/99. Esse entendimento, aliás, foi consagrado na Súmula 680, do mesmo STF.
[1995] RO em MS nº 7.080-SC, 5ª Turma, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, publ. DJ de 28/6/99.
[1996] Aliás, no caso citado de membros do Ministério Público e de advogados titulares de cargos, outra interpretação excluiria praticamente, por linha oblíqua, o art. 94 da CF, limitando-o apenas a advogados autônomos. Certamente, nenhum daqueles servidores abdicaria de sua situação já definida para aventurar-se em situação jurídica de desvantagem.
[1997] Para os professores em cargo efetivo, foi assegurado o acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, contando-se exclusivamente, para fins de aposentadoria, o tempo de efetivo exercício nas funções de magistério (art. 2º, § 4º, EC 41/98).
[1998] Foi arguida a inconstitucionalidade do art. 2º da EC 41/2003, que revogou o art. 8º da EC20/98, mas o STF o declarou constitucional, respeitadas as situações consumadas no interregno (ADI 3104, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 26.09.2007; *Informativo STF* nº 481, set./2007).
[1999] Idênticos requisitos – diga-se de passagem – foram fixados para os segurados em geral sujeitos ao regime geral de previdência social (art. 9º, EC 20/98).
[2000] Vejamos um exemplo. Suponha-se que o servidor homem já tenha 20 anos de serviço à época da EC nº 20/98. No regime anterior, faltar-lhe-iam 15 anos para a aposentadoria. Pelo novo, deverá somar-se 35 (referente ao tempo integral) mais 3 (correspondente a 20% do tempo faltante, que é de 15 anos); o resultado será 38. Sendo assim, o servidor (que já tem 20 anos) deverá cumprir ainda período de 18 anos de contribuição para aposentar-se, ou seja, 3 anos a mais dos que os 15 que anteriormente lhe faltariam.
[2001] Anote-se, porém, que os servidores desse grupo ainda podem aposentar-se com base no art. 6o, da EC 41/2003, que admite proventos integrais mediante o preenchimento de outros requisitos, como se verá adiante.
[2002] Apenas para exemplificar: se o servidor homem completar os requisitos em 2007 e nessa época tiver 55

anos de idade, a diferença para o limite mínimo de idade (60 anos) será de 5 anos; decidindo aposentar-se, sujeitar-se-á à perda de 25% dos proventos, que resulta da aplicação do percentual de 5% para cada um dos 5 anos de idade faltantes.

[2003] Para exemplificar: se o servidor homem, preenchidos os demais requisitos, completar 36 anos de contribuição, sua idade mínima para a aposentadoria será reduzida de um ano, ou seja, 59 anos. Ao completar 37 anos, a idade se reduzirá ainda mais: passará a 58 anos, e assim sucessivamente.

[2004] Observe-se que, se o servidor atingir a idade de 70 anos e, ao mesmo tempo, preencher todos esses requisitos, deverá postular a aposentadoria *voluntária*, e não a *compulsória*; a integralidade dos proventos – como emana do art. 2º da EC 41 – só se refere àquela, e não a esta, de onde se infere que os proventos em relação à mesma não terão a garantia da integralidade.

[2005] Como salientamos anteriormente, a norma espelhava critério um pouco mais favorável do que o previsto no art. 40, § 8º, da CF, aplicável ao regime previdenciário novo, e isso porque pelo menos vinculava a revisão dos proventos à elevação remuneratória dos servidores em atividade.

[2006] STJ, REsp 663.336-MG, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 06.11.2007 (*Informativo STJ* nº 338, nov/2007).

[2007] STJ, REsp 692.628-DF, 6ª Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, em 17.05.2005 (*Informativo STJ* nº 247, maio/2005). No caso, foi admitida a contagem do tempo de aposentadoria sob o regime geral de previdência, para ser averbada com vistas a futura aposentadoria estatutária. Também: REsp 1.113.682-SC, Rel. Min. JORGE MUSSI, em 23.02.2010.

[2008] A Lei nº 8.112/90 dispõe: "Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão" (art. 134).

[2009] Assim decidiu o STJ, no RMS 18.763-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, julg. em 6.12.2005 (vide *Informativo STJ* nº 269, dez./2005).

[2010] Como exemplo, vide STJ, RMS 27.370-PA, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 23.03.2009.

[2011] VALENTIN CARRION, Comentários à CLT, Saraiva, 30ª ed., 2005, p. 298 ("A aposentadoria extingue naturalmente o contrato de trabalho, quando requerida pelo empregado (assim também Magano") e ARNALDO SÜSSEKIND, Instituições de Direito do Trabalho, LTr, vol. I, 11ª ed., 1991, p. 472).

[2012] WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, *Comentários à Lei Básica da Previdência Social"*, LTr, vol. II, 1992, p. 184.

[2013] ADI nº 1.721-DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 11.10.2006 (*Informativo STF* nº 444, out./2006). A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 453, § 2º, da CLT, introduzido pela Lei nº 9.528/97 ("*O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício"*).

[2014] Inteiramente correta, pois, a nosso ver, a decisão do STF no RE nº 449.420-PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 16.08.2005 (*Informativo STF* 397, ago./2005), que considerou ilegal demissão de servidora trabalhista calcada em sua aposentadoria pelo mesmo fundamento da diversidade de relações jurídicas. A decisão, aliás, reformou acórdão do TST, dentro do qual tem dominado entendimento contrário, ou seja, o de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho.

[2015] Nessa hipótese, se a direção do órgão se interessar em manter o servidor no cargo em comissão (o que é admitido pelo art. 37, § 10, da CF), deverá considerar-se extinta a antiga e iniciada uma nova relação jurídica, de modo que o servidor perceberá, cumulativamente, os proventos de sua aposentadoria e a remuneração normal de seu cargo em comissão.

[2016] STF MS 25.403, Rel. Min. AYRES BRITTO, em 15.09.2010. Votaram pela integral decadência os Min. CELSO DE MELLO e CEZAR PELUSO.

[2017] Como já registramos, no caso de ser o beneficiário portador de doença incapacitante, a contribuição só incidirá sobre o valor que supere o dobro do limite máximo normal fixado para os benefícios, que está no art. 201, da CF. A faixa de isenção, pois, é mais ampla.

[2018] A EC nº 47/2005, porém, admitiu a *revisão integral da pensão*, quando esta se tenha originado de proventos de servidores falecidos, cuja aposentadoria se tenha dado com observância das condições estabelecidas em seu art. 3º. O benefício, pois, só alcançará algumas pensões.

[2019] A contribuição, como visto, não incide sobre pensões especiais obtidas em virtude de planos previdenciários de filiação facultativa (vide STJ, RMS 23.051-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 06.03.2007).

[2020] É a orientação contida na Súmula 340, do STJ.

[2021] No mesmo sentido: STJ, MS 14.743, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, em 16.06.2010.

[2022] A nova redação do dispositivo foi dada pela E.C. 45/2004.

[2023] Também: STF, MS 21.227, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, em 05.09.93; RE 194.082-SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 30.05.2008.

[2024] ADILSON DALLARI, Regime Constitucional dos Servidores Públicos, RT, 1990, p. 97. Também: PLINIO SALGADO, "A disponibilidade do servidor: uma visão histórica e atual", em Direito Público, coord. Wagner Junior, Del Rey, 2004, p. 658.

[2025] RE 240.735-MG (Agr.R.), Rel. Min. EROS GRAU, em 28.03.2006.

[2026] No mesmo sentido: HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Adm.Bras.*cit, 29ª ed., 2004, p. 426; e DIÓGENES GASPARINI, *Dir.Administrativo* cit., 11ª.ed., 2006, p. 221.

[2027] RE 141.571-PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 20.06.95.

[2028] O afastamento no caso de suspeita de infrações é admissível, mas não pode ter caráter de disponibilidade. Há reflexo nos efeitos pecuniários: o afastamento não reduz os vencimentos, enquanto na disponibilidade, a remuneração varia conforme o tempo de serviço (art. 41, § 3º, CF). O que precisa ser feito é acelerar a apuração dos fatos nos processos administrativos e providenciar, caso sejam comprovados, a imediata demissão dos servidores, ou a aplicação, se for o caso, de outra sanção aplicável.

[2029] MS nº 21.236-5-DF, Pleno, unânime, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, em 20/4/1995, publ. DJ de 25/8/1995.

[2030] Com igual pensamento, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais* cit., vol. II, p. 435. Também DIÓGENES GASPARINI se refere a *proventos* (*Dir. Administrativo* cit., 11ª ed., 2006, p. 221).

[2031] É o caso da Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, do STF, em seu voto no RE 161.742-SP, 1ª Turma, em 08.04.2008 (*Informativo STF* nº 501, abr/2008).

[2032] Adotaram esse entendimento CAIO TÁCITO, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ADILSON DALLARI (posições veiculadas em noticiário do *Jornal do Brasil,* de 3/7/1990); IVAN RIGOLIN (*"O Servidor Público na Constituição de 1988",* p. 170).

[2033] Perfilharam esse entendimento JOSÉ AFONSO DA SILVA (*"Direito Constitucional Positivo",* p. 583) e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Comentários"* cit., p. 483). DIÓGENES GASPARINI a princípio teve esse entendimento, mas posteriormente mudou de opinião (ob. cit., p. 169).

[2034] Foi exatamente esse o entendimento (por maioria) do STF (ADIN nº 313, Relator Min. PAULO BROSSARD), que colacionou os seguintes argumentos: 1º) o princípio da irredutibilidade dos vencimentos; 2º) o silêncio da CF sobre a proporcionalidade de vencimentos.

[2035] O TJ-MG já teve a oportunidade de decidir no sentido da invalidade de renúncia, por questões políticas, de Vereadora que era ocupante de cargo público municipal. O Egrégio Tribunal confirmou que, provada a compatibilidade de horários, eram acumuláveis as funções e os vencimentos de seu cargo e do mandato de Vereador (ApCív nº 16.182/8, 2ª CCív, Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira, em 31/5/1994, *apud ADCOAS* nº 147.415).

[2036] STF, RE 497.554-PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 27.04.2010.

[2037] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 390).

[2038] A Lei nº 8.112/90, que é o estatuto federal, define a remuneração como a soma do vencimento do cargo e das vantagens *permanentes*. Em nosso entender, o legislador não primou pela boa técnica. O fato de ser permanente ou transitória a vantagem pecuniária não a descaracteriza como parcela remuneratória. Assim, por exemplo, se um servidor percebe por apenas dois meses uma gratificação de difícil acesso, que não é vantagem permanente, nesse período essa parcela integrou sua remuneração.

[2039] O termo correto é mesmo *vencimento*. No entanto, emprega-se, como sinônimo, o termo no plural –

vencimentos. Este último termo, a nosso ver, deveria significar *remuneração*, ou seja, tudo o que o servidor *vence* ou percebe.

[2040] Bem decidiu o STJ a respeito, no REsp 575.551-SP, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 06.02.2007 (*Informativo STJ* nº 309, fev./2007).

[2041] STF, ADI 4.433/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 06.10.2010.

[2042] Com o mesmo pensamento, ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno* cit., 8ª ed., 2004, p. 322.

[2043] Algumas casas legislativas empregam a *Resolução*. Na prática, ambos são atos privativos dos órgão legislativos e sua linha diferencial é fluida e polêmica, como se constata pela opinião dos especialistas.

[2044] Na ADI (MC) nº 2.648-CE (Rel. Min. maurício corrêa, julg. em 29/8/2002; vide *"Informativo STF"* nº 279, ago./2002), o Relator concedeu a medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivo de lei do Estado do Ceará, que fixou remuneração por subsídios para os membros do Poder Judiciário.

[2045] STF, Súmula Vinculante 16.

[2046] STF, Súmula Vinculante nº 6 (texto ao final do Capítulo).

[2047] O ensinamento é de DÉLIO MARANHÃO, *Direito do Trabalho,* Ed. FGV, 11ª ed., 1983, p. 55.

[2048] Ob. cit., p. 405 (grifo nosso).

[2049] A Lei nº 8.112/90 alinha as indenizações ao lado de adicionais e gratificações, na classificação de *"vantagens"* (art. 49). Todavia, as primeiras não se confundem com estas últimas, como resta claro nos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo.

[2050] Vide Súmula 463, STJ.

[2051] TJ-RJ, MS nº 870/98-Capital, Órgão Especial, Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI, publ. DO 23/3/1999 (*apud ADCOAS* nº 8177385).

[2052] AI 437.175-PE, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 12/8/2003 (*"Informativo STF"* nº 316, ago./2003).

[2053] Exemplo de gratificação simulada foi a do *auxílio-moradia*, considerado pelo STF, pressionado pela ameaça de greve dos juízes federais, como devida genericamente a magistrados e depois estendida a membros do Legislativo e do Ministério Público. A despeito da nomenclatura, a hipótese foi realmente a de aumento remuneratório.

[2054] A legitimidade desse fato funcional foi reconhecida pelo TJ-RJ, na Ap.Cív. 12.916/2008, Des. CELSO FERREIRA FILHO, em 25.05.2010.

[2055] Nesse sentido, STJ, RMS 22.996, Min. LAURITA VAZ, em 25.11.2010.

[2056] Nesse sentido, a decisão do STF, que não acolheu pedido de Ministro do STJ para continuar recebendo vantagem incorporada ("quintos") quando integrava a carreira do MP Federal, cujo regime jurídico é diverso do que incide sobre a Magistratura (AI 410.946 – AgR/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 17.03.2010)

[2057] A EC 19/98 suprimiu, no dispositivo original, a expressão final "*sob o mesmo título ou idêntico fundamento*", que gerava permissibilidade do cômputo ou acúmulo quando diverso fosse o título ou o fundamento do acréscimo e, por via de consequência, ensejava todo o tipo de artifício para contornar a vedação.

[2058] STF, Súmula Vinculante 15.

[2059] STF, RE 565.714-SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 30.04.2008.

[2060] STF, Súmula Vinculante nº 4 (DJ nº 83, p.1, em 09.05.2008) (vide texto ao final, no tópico relativo às Súmulas do STF).

[2061] O STF indeferiu medida cautelar na ADI 4167-MC (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 17.12.2008), entendendo – de forma acertada, a nosso ver – estar ausente a plausibilidade dessa alegação.

[2062] Art. 169 da CF e Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000 – a lei de responsabilidade na gestão fiscal.

[2063] O art. 3º da lei refere-se a outras hipóteses de dedução, como a concessão de gratificações e adicionais, adiantamentos e outras vantagens pecuniárias. Em relação a tais parcelas, a dedução, em tese, é razoável, quando significarem elevação remuneratória. Nossa crítica, porém, é focada especificamente na dedução de índices aplicados a título de revisão específica, ou seja, aquela atrelada a cargo ou carreira determinados.

[2064] Nesse sentido, os votos dos Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (ADI 3543-RS) e GILMAR MENDES (ADI 3538-RS) em julgamentos ainda inconclusos (*Informativo STF* nº 472, jun./2007). No caso, declarou-se inconstitucional lei de iniciativa de Assembléia Legislativa que fixava reajuste geral de vencimentos.

[2065] ADI 3.599-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 21.05.2007 (*Informativo STF* nº 468, maio/2007). No caso, o STF julgou constitucionais as Leis 11.169/2005 e 11.170/2005, de iniciativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado, que, com base nos arts. 51, IV, e 52, XIII, da CF, concederam revisão remuneratória específica aos servidores dessas Casas legislativas.

[2066] O STF já teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade por omissão de vários governadores de Estados e do Distrito Federal, em virtude de não terem deflagrado o processo legislativo sobre a matéria, como lhes incumbe a Constituição. Vide ADINs nºs 2.061-DF, 2.481-RS, 2.486-RJ, 2.490-PE, 2.492-SP, 2.525-DF (*"Informativo STF"* nº 255, dez./2001).

[2067] STF, AgR-AI 698.138-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 06.02.2009.

[2068] Súmula 339, do STF.

[2069] RE 247.387-GO, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julg. em 20/2/2002 (*"Informativo STF"* nº 257, fev./2002).

[2070] STF, AC 2288-Referendo-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 10.03.2009.

[2071] Assiste inteira razão a JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE, em seu trabalho "*Revisão Anual da Remuneração dos Servidores Públicos"* (RTDP nº 39, pp. 49/52, 2002).

[2072] RE 378.932-PE, 1ª Turma, Rel. Min CARLOS BRITTO, julg. em 30/9/2003 (*"Informativo STF"* nº 323, out./2003).

[2073] É a correta observação de CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA S. MARTINS (*"Comentários"* cit., vol. III, tomo III, p. 121).

[2074] JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, "Da Reforma Administrativa Constitucional", p. 134.

[2075] RE 364.317-RS, 2a Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 21/10/2003 (*"Informativo STF"* nº 326, out./2003).

[2076] RMS nº 8.852-ES, 6a Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, julg. em 15/8/2000 (vide *Informativo Jurisprudência STJ* nº 66, ago./2000). Na decisão, invocam-se precedentes: RMS nº 6.638-GO (DJ 8/6/1998) e RMS nº 8.350-SP (DJ 30/6/1997).

[2077] V. STF, MS 24.580, Rel. Min. EROS GRAU, em 30.08.2007 (*Informativo STF* nº 477, ago./2007). No caso, a Corte, acertadamente, anulou decisão do TCU que determinara a supressão desse tipo de vantagens pessoais de servidora, com redução remuneratória, e a devolução dos respectivos valores.

[2078] A 1ª Turma do STF, no RE 243.349-MG (Rela Min. ELLEN GRACIE, julg. em 11/9/2001) reformou acórdão do TJ-MG que admitira a redução remuneratória. Dando provimento ao recurso extraordinário, a Turma entendeu que a decisão violara o art. 7º, VI, da CF, que também garante a irredutibilidade dos salários, salvo disposição contrária em acordo ou convenção coletiva ("*Informativo STF*" nº 241, set./2001). Lembre-se apenas de que nem se precisaria recorrer ao art. 7º, VI, da CF, pois, como visto, o art. 37, XV, da CF, refere-se tanto a cargos (regime estatutário) como a empregos públicos (regime contratual trabalhista).

[2079] No mesmo sentido: STF, RE 255.792-MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 28.04.2009.

[2080] É o caso do art. 46, § 1º, da Lei 8.112/90 – o Estatuto dos Servidores Federais.

[2081] Vide STJ, REsp 1.116.855-RJ (AgRg), Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 17.06.2010.

[2082] Os que militam na área dos direitos dos servidores públicos há muito têm constatado que não há paridade entre os cargos do Executivo, Legislativo e Judiciário; normalmente a retribuição dos cargos destes dois últimos Poderes é mais elevada que os do Executivo. Quando não é o valor em si da remuneração do cargo que é mais elevado, criam-se adicionais e gratificações permanentes e genéricos que nada mais são do que um complemento remuneratório disfarçado.

[2083] A Lei nº 12.041, de 08.10.2009, atualizou o subsídio dos Ministros do STF, mas, contrariamente à lei anterior (Lei nº 11.143/2005, que o fixara em R$ 24.500,00), não deixou expresso o novo valor, limitando-se a mencionar os percentuais de revisão – 5%, a partir de set/2009 e 3,88%, a partir de

fev/2010 – o que deve gerar o valor final de R$ 26.723,00. A Lei nº 12.042, da mesma data, atualizou, nos mesmos moldes, o subsídio do Procurador-Geral da República.

[2084] ADI 3854 MC/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 28.02.2007. A decisão, por maioria, teve caráter liminar e suspendeu a eficácia dos arts. 2º da Resolução 13/2006 e 1º, parágrafo único, da Resolução 14/2006, ambas do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que haviam fixado o teto de 90,25%.

[2085] Na Resolução nº 15, de 04.12.2006, o CNMP, embora tenha reafirmado o *subsídio* máximo dos membros do MP dos Estados no percentual de 90,25% do subsídio de Ministro do STF, admitiu que o *teto remuneratório* tivesse como base o valor total do próprio subsídio de Ministro. A citada Resolução foi revogada pela Resolução nº 17, de 02.04.2007.

[2086] O STF, em decisão acertada a nosso ver, deferiu medida cautelar para suspender liminarmente a eficácia da norma, em ação movida pelo próprio Procurador-Geral da República, Presidente do referido Conselho (ADI 3.831, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 15.12.2006; *Informativo STF* nº 452, dez./2006).

[2087] O art. 4º da EC 47/2005 dispõe que, enquanto não for editada a lei a que se refere o art. 37, § 11, da CF, será excluída do teto qualquer parcela considerada de caráter indenizatório pela legislação em vigor na data de publicação da EC 41/2003. Trata-se, pois, de mandamento de eficácia transitória.

[2088] É o caso da ajuda de custo para mudança e transporte, auxílio-moradia, auxílio-alimentação, diárias, auxílio-funeral, auxílio-transporte, indenização de férias não gozadas, licença-prêmio convertida em pecúnia e indenização de transporte. Há dúvidas, contudo, sobre o caráter indenizatório de algumas dessas vantagens.

[2089] Ex.: a bolsa de estudo de caráter remuneratório e a gratificação eleitoral. Em relação a esta última também há dúvidas quanto à exclusão do teto.

[2090] Resolução nº 14, do CNJ (21.03.2006) e Resolução nº 10, do CNMP (19.06.2006).

[2091] Relembre-se aqui o que dissemos, neste mesmo tópico, a respeito da decisão proferida na ADI 3854-MC/DF.

[2092] Esse limite foi reafirmado pelo STF no AgR-RE 590.252-RJ, Rel. Min. EROS GRAU (publ. em 17.04.2009).

[2093] Nessa esteira, inclusive, decidiu o CNMP no Proc. 390/2006, Rel. Cons. OSMAR FERNANDES, em 20.11.2006, a propósito de integrantes do MP da União que, em cumulação, percebiam remuneração oriunda de outros MPs ou da Magistratura.

[2094] No mesmo sentido é o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, expendido em pareceres solicitados pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, acostados ao processo referente à ADIn nº 3.105, ajuizada pela entidade.

[2095] MS 24.875-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 11.05.2006 (*Informativo STF* nº 426, maio/2006).

[2096] REsp nº 20.208-SP, 1a Turma, unân., Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 25/5/1992.

[2097] REsp nº 34.028-SP, 6a Turma, unân., Rel. Min. PEDRO ACIOLI, publ. DJ de 21/6/1993 (*apud* ADCOAS 142191). No mesmo sentido o TJ-MG (ApCív nº 86.470, 2a CCív, Rel. Des. LELLIS SANTIAGO, publ. 27/5/1992) e o TJ-MS (ApCív nº 47.283-9, 1a Turma, Rel. Des. JOSUÉ DE OLIVEIRA, publ. em 4/2/1997).

[2098] Vide Súmula nº 682, STF.

[2099] Muito interessante e elucidativo é o trabalho elaborado por JOSÉ LUIZ WAGNER e RUDI MEIRA CASSEL, "Correção Monetária de Débitos Judiciais Referentes à Remuneração dos Servidores Públicos Federais" (*RDA* nº 215, 1999, pp. 61-70), no qual os autores, consultando farta jurisprudência, relembram a sucessão de índices e apontam aqueles mais compatíveis para corrigir valores atrasados.

[2100] O STF, reformando decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, que, em seu Enunciado 32, entendera que os juros seriam de 1% ao mês, julgou constitucional o citado dispositivo da Lei nº 9.494/97 (RE 453.740-RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 28.02.2007; *Informativo STF* nº 457, mar./2007).

[2101] STJ, REsp 1.037.452-SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 20.05.2008, e REsp 1.066.949, Rel. Min.

HUMBERTO MARTINS, em 07.10.2008.

[2102] STJ, AgRg. no REsp 1.285.129-MA, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 17.08.2010, e REsp 1.130.542-CE, Rel. Min. FELIX FISCHER, em 23.03.2010.

[2103] STJ, REsp 549.790-SC, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, em 14.06.2005, e REsp 873.336, Rel. Min. JANE SILVA, em 25.11.2008.

[2104] A regra se configura como inovação constitucional. A respeito do assunto, vigorava anteriormente o princípio da vedação à sindicalização de servidores do Estado, insculpido no art. 566 da CLT.

[2105] A respeito, consulte-se o trabalho "O Servidor e o Direito à Sindicalização", de PRISCE MARIA TORRES BARBOSA (*in RDP* 96, p. 305, 1990).

[2106] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 320). No mesmo sentido, JOSÉ CLÁUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO no trabalho *"A Sindicalização do Servidor Público"* (*Revista LTR,* vol. 54, nº 10, 1990, pp. 1.218 e seguintes).

[2107] Súmula nº 679.

[2108] Com esse entendimento, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei complementar estadual, que indevidamente previa a ocorrência de tais mecanismos (ADIn nº 559-MT, Rel. Min. EROS GRAU, em 15.2.2006; vide *Informativo STF* nº 416, fev./2006).

[2109] O STF decidiu a respeito: "Estabilidade Sindical e Cargo em Comissão. O servidor público ocupante de cargo em comissão não tem direito à estabilidade sindical (CF, art. 8º, VIII), uma vez que esta garantia não prevalece sobre a livre nomeação e exoneração dos cargos em comissão" (CF, art. 37, II) (RE nº 183.884-SP, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 8/6/1999; vide Informativo STF nº 152, publ. DJ de 16/6/1999).

[2110] A respeito JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA (*"Servidor Público na Atualidade",* Edit. América Jurídica, 2003, p. 102). Segundo o autor, MARIA SYL VIA ZANELLA DI PIETRO adota a primeira posição, ao passo que DIÓGENES GASP ARINI perfilha a segunda.

[2111] É o sentido decorrente da clássica lição do autor, reproduzida em seu *"Direito Constitucional Positivo",* p. 237.

[2112] No sentido mencionado, decisão da 6a Turma do STJ , no MS nº 2.694/93, Relator o Min. ADHEMAR MACIEL (*RDA* 193/152).

[2113] Com esse entendimento, decisão do mesmo STJ, agora por sua 5a Turma, no RMS nº 2687/93, Rel. o Min. EDSON VIDIGAL (ac. publ. em 6/12/1993).

[2114] É também o pensamento de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 320).

[2115] O aresto é anterior à EC nº 19/98. Hoje, como vimos, a lei reguladora será ordinária, e não mais complementar.

[2116] MI nº 20, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO (*in RDA* 207/226, 1997).

[2117] Mand. de Injunção nºs 670-ES e 708-DF (Rel. Min. GILMAR MENDES) e 712-PA (Rel. Min. EROS GRAU), em 25.10.2007 (*Informativo STF* nº 485, out./2007).

[2118] Essa foi, a nosso ver, a correta interpretação sobre o tema, adotada – é justo realçar – nos votos vencidos dos Min. RICARDO LEWANDOWSKI, JOAQUIM BARBOSA e MARCO AURÉLIO, nos referidos mandados de injunção.

[2119] Decidiu o STF: "Servidor Público – Greve – Pagamento dos Vencimentos – Acordo. Em havendo a Administração Pública formalizado acordo para viabilizar o movimento de paralisação sem prejuízo dos serviços essenciais, dispensada a grande massa dos servidores, mostra-se insubsistente a suspensão do pagamento dos salários" (RE nº 197.196-7-ES, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, publ. DJ 26/2/1999).

[2120] Ac. do STJ no RMS nº 4.574, 5ª Turma, Rel. o Min. FLAQUER SCARTEZZINI, publ. 18/3/1996, e ac. do TJ-MG no MS nº 13.379, Corte Superior, Rel. Des. CAETANO CARELOS, 1994, *apud ADCOAS* nº 144.904.

[2121] STJ, MS 15.272-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 29.09.2010. Os votos vencidos foram capitaneados pelo Min. HAMILTON CARVALHIDO (vide MC 16.774-AgRg, em 23.06.2010).

[2122] Também: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., 20ª ed., 2007, p. 508.

[2123] MI 708-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 25.10.2007. Também: STA 207-RS, DJ 15.04.2008.

[2124] O STJ seguiu a mesma linha de pensamento. Vide Rcl. 2.797-DF, 3ª Seção, Rel. Min. MARIA THEREZA MOURA, em 14.05.2008 (*Informativo STJ* 355, mai/2008).

[2125] Também: STF, RE 226.966-RS, maioria, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 11.11.2008.

[2126] STF, ADI 3.235-AL, Min. GILMAR MENDES, publ. 12.03.2010. No caso, tratava-se de decreto estadual que previa a exoneração imediata.

[2127] A EC nº 19/98, relativa à reforma administrativa do Estado, renumerou o § 2º do art. 39 da CF para § 3º, suprimindo dois dos direitos sociais extensivos aos servidores, ambos mencionados no texto anterior: o do inciso VI (irredutibilidade do salário) e o do inciso XXIII (adicional de remuneração para atividades insalubres, penosas ou perigosas).

[2128] Arts. 130, I, CLT, para os trabalhadores em geral, e 77, da Lei nº 8.112/90, para os servidores estatutários federais.

[2129] O STF reconheceu ser constitucional lei ordinária que reduziu de dois meses para um o período de férias dos Procuradores da Fazenda, igualando-o às dos demais membros da Advocacia-Geral da União, como os procuradores federais, evitando, assim, injustificável assimetria para agentes voltados à mesma causa (RE 539.370, Min. GILMAR MENDES, em 30.11.2010).

[2130] O STF, acertadamente, reconheceu o direito indenizatório a servidora que se aposentara sem fruir integralmente suas férias (RE nº 234.068-DF, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 19.10.2004; vide *Informativo STF* nº 366, out./2004). Fundou-se o aresto na interpretação analógica no art. 78, § 3º, da Lei nº 8.112/90 (estatuto federal), que contempla o direito indenizatório quando da exoneração de servidor. Com efeito, ambos são fatos extintivos da relação estatutária, de modo que o que vale para a exoneração há de valer obviamente para a hipótese de aposentadoria.

[2131] STF, RE 570.908, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em 16.09.2009. A decisão reconheceu, inclusive, o direito à inclusão do abono constitucional de um terço dos vencimentos.

[2132] STJ, Súmula 386 (2009).

[2133] Fazemos remissão ao que foi destacado sobre esse tema no capítulo destinado à responsabilidade civil do Estado.

[2134] Art. 125 da Lei nº 8.112/90.

[2135] MS nº 21.708-DF, Pleno, Rel. p/ acórdão o Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 9/11/2000 (*Informativo STF* nº 209, de nov./2000).

[2136] Art. 122 da Lei nº 8.112/90. Cf. também DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 184).

[2137] Ressalve-se, porém, que a penhora pode incidir quando necessária ao pagamento de prestação alimentícia (art. 649, § 2º, CPC).

[2138] DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 185. *Contra:* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., 22ª ed., p. 609.

[2139] O STF também já decidiu pela vedação da autoexecutoriedade da cobrança do dano pela Administração (MS 24.182-DF, Rel. Min. maurício corrêa, julg. em 21/8/2002; vide *"Informativo STF"* nº 279, ago./2002).

[2140] Foi, inclusive, como decidiu, com absoluto acerto, o STF no MS 24.182-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 12/2/2004 (*Informativo STF* nº 336, fev./2004).

[2141] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 337).

[2142] Ob. cit., p. 337.

[2143] Apenas para exemplificar: a Lei nº 8.112/90 enumera os deveres do servidor no art. 116 e as proibições no art. 117. As penalidades estão no art. 127. As condutas infracionais, entretanto, não têm estrita precisão: fala-se em *exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; em tratar com urbanidade as pessoas etc.*

[2144] Esta é também a posição de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 337).

[2145] Correta, portanto, a decisão do TJ-SP pela qual "a aplicação de penas de repreensão a servidor, sem que lhe seja dada oportunidade de defesa, é inadmissível, em face do direito constitucional assegurado a todos, previsto no art. 5o, LV, da CF" (ApCív nº 008.025/0, 4ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. ALDEMAR SILVA, julg. em 11/12/1997).

[2146] Foi como decidiu o STF na ADI 2.120-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 16.10.2008.
[2147] Ob. cit., p. 415.
[2148] REINALDO MOREIRA BRUNO e MANOLO DEL OLMO, *Servidor Público* cit., p. 244.
[2149] Art. 92, I, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.268, de 1/4/1996.
[2150] O inc. IV do art. 386 do CPP foi introduzido pela Lei nº 11.690, de 09.06.2008.
[2151] A Lei nº 11.690, de 09.06.2008, alterando a relação do dispositivo, converteu os incisos IV e VI nos incisos V e VII.
[2152] Essa é a clássica lição já pacificada no STF, em cuja Súmula nº 18 se lê: "Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público". Mais recentemente, a mesma solução foi dada no MS nº 20.814, Rel. o Min. ALDIR PASSARINHO (RDP 183/77).
[2153] Hipótese em tudo similar, relativa à demissão de policial civil, foi decidida pelo STJ no RMS 30.590, Min. FELIX FISCHER, em 20.05.2010.
[2154] MS nº 20.814, Pleno, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, julg. em 22/3/1991 (*RDA* 183/77, 1992).
[2155] Foi a decisão do STJ, no REsp 879.734-RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, em 05.10.2010.
[2156] Esclareça-se que o citado afastamento, que apenas suspende a relação funcional, é previsto como verdadeiro direito social do servidor, constante do estatuto federal, que admite também o auxílio-reclusão como efeito do afastamento. Todavia, como não há paradigma constitucional para esse caso, pode ocorrer que outras leis estatutárias disponham diferentemente sobre a matéria.
[2157] HC nº 77.784-MT, 1ª Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO (*Informativo STF* nº 131, de nov./98).
[2158] RAFAEL BIELSA, *"Derecho Administrativo",* tomo I, p. 146.
[2159] DALMO DE ABREU DALLARI, "Elementos de Teoria Geral do Estado", p. 246.
[2160] PINTO FERREIRA, *"Comentários à Constituição Brasileira",* vol. I, p. 100. Ver também o trabalho *"Direito de Propriedade",* de CARLOS AYRES BRITO, no qual o instituto é analisado sob os parâmetros do mundo burguês e como fator de vulnerabilidade estrutural da democracia (*RDP* nº 91/44).
[2161] PONTES DE MIRANDA faz referência a limitações positivas (que dizem até onde vai o direito) e negativas (que dizem até onde vêm ou podem vir as incursões dos outros) (*"Comentários à Constituição de 1967",* tomo V, p. 393).
[2162] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 94.
[2163] São do autor as palavras: "De manera que la ampliación de la esfera de la actividad de uno tiene que traducirse forzosamente en merma de la esfera de acción de los otros" ("Derecho Administrativo", p. 15).
[2164] Art. 182, § 4º, da CF.
[2165] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 504.
[2166] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 21).
[2167] ROBERTO DROMI completa: "Así, la propiedad es un derecho garantizado por el ordenamiento constitucional con una función social que cumplir" ("Derecho Administrativo", p. 581).
[2168] CELSO RIBEIRO BASTOS (*"Comentários à Constituição do Brasil",* vol. II, p. 125).
[2169] São observações bem postas por LIANA PORTILHO MATTOS, em sua obra *Nova Ordem Jurídico-Urbanística*, Lumen Juris, 2006, p. 37.
[2170] Ob. cit., p. 586.
[2171] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 436).
[2172] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 436).
[2173] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 530); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 116); ROBERTO DROMI (ob. cit., p. 586).
[2174] Averba o autor que "las servidumbres administrativas no pueden constituirse sobre bienes de la propia entidad beneficiaria, sino sobre bienes ajenos, incluso sobre bienes componentes del dominio público" (ob. cit., p. 586).
[2175] LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Curso"* cit., p. 201); ANTÔNIO QUEIROZ TELLES (ob. cit., p.

306).

[2176] ADILSON DE ABREU DALLARI, no artigo intitulado *"Servidões Administrativas"* (*RDP* 59-60/88), *apud* LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 201).

[2177] *"Instituições"* cit., vol. IV, p. 189.

[2178] CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com apoio na melhor doutrina, como a de Clóvis Beviláqua, Mazeaud et Mazeaud, Marty et Raynaud (ob. e loc. cit.)

[2179] Nesse sentido, decidiu o TJ-SC: "Para constituição de servidão administrativa não se prescinde de ato regulamentar específico. O Decreto-lei nº 3.365/41, regulando o modo pelo qual se fará a imissão provisória, determina o prévio depósito de parcela referente aos prejuízos sofridos" (AI nº 98.005683-7-Capital, 1ª CCív, Rel. Des. CARLOS PRUDÊNCIO, julg. em 18/8/1998, apud ADCOAS 8172534).

[2180] Vide STJ, REsp 953.910-BA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ de 10.09.2009.

[2181] Assim decidiu o TJ-RJ na Ap.Civ. 15426/98, 16ª C.Cív., Rel. Des. JAYRO FERREIRA, DO 17.06.99. A decisão, entretanto, afirma ser dispensável o procedimento da desapropriação, o que merece reparo em face do art. 40 do Decr.-lei 3 365/41.

[2182] Direito Admin. Brasileiro cit., p. 533.

[2183] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., pp. 119/121.

[2184] Em abono de nossa posição, RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso de Dir. Admin.* cit., p. 1030.

[2185] DIÓGENES GASPARINI também não se refere à instituição por lei (ob. cit., p. 437).

[2186] É o que decorre da Súmula nº 415, do STF: "Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo o direito à proteção possessória".

[2187] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 118).

[2188] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 533); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 118); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 436). Se há prejuízo, porém, o proprietário deve ser indenizado, mesmo em caso de oleoduto ou gasoduto em imóvel rural (TJ-RJ, ApCív nº 641/97, Rel. Des. OSCAR SILVARES, *apud ADCOAS* 8157106).

[2189] TRF – 3ª Região (Ap. Cível nº 91.03.046857-7-SP, 5ª Turma, Relª Des. Federal SUZANA CAMARGO, julg. em 19/10/98, *in RTDP* 27, 1999, pp. 216/220). No caso, a servidão era constituída por torres de transmissão de energia a cargo de FURNAS e a área utilizada limitava-se apenas à exploração de atividades pastoris. O acórdão, que reformou a sentença de 1º grau, fixou a indenização em 30% do valor da área.

[2190] STJ, EREsp 628.588-SP, 1ª Seção, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 10.12.2008. No caso, a restrição adveio da criação de parque estadual que abrangeu áreas particulares.

[2191] *"Curso"* cit., p. 202.

[2192] É o caso da decisão do TJ-RJ na ApCív nº 282/86, 6ª CCív, Rel. o Des. Rodriguez Lema.

[2193] REsp nº 154.686-SP, 1ª Turma, Rel. Min GARCIA VIEIRA, publ. DJ de 21/9/1998). No mesmo sentido, agora tendo por foco Parque estadual, vide STJ, REsp 905.410-SP, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 03.05.2007 (*Informativo STJ* nº 319, maio/2007).

[2194] Cf. RONALDO DE ALBUQUERQUE (*"Desapropriação e Constituição de Servidão Administrativa",* pp. 148-149). No mesmo sentido, decisão do STJ (REsp nº 5.938, 1ª Turma, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, publ. 11/3/1991). O próprio STJ já enunciou na Súmula nº 56: *"Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação do uso da propriedade"*. Embora o texto apresente alguma dúvida quanto a seu conteúdo, o objetivo real foi o de admitir a incidência de juros compensatórios.

[2195] Eis o que dispõe o texto: "Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público". A despeito do termo "extingue-se", usual para a decadência, a hipótese é de prescrição, porquanto afeta a pretensão do interessado à indenização.

[2196] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 534).

[2197] *"Comentários"* cit., vol. I, p. 49. No mesmo sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS, *"Curso de Direito*

Administrativo", p. 233.

[2198] AI nº 99.001.1197, 17ª CCív, unân., Rel. Des. FABRICIO PAULO BANDEIRA FILHO, julg. em 10/3/1999 (*apud ADCOAS* 8176190).

[2199] O Decr.-lei nº 4.812/42 foi declarado insubsistente pelo Dec.-lei nº 8.090, de 15/10/45. Ocorre que este último, por sua vez, foi tornado insubsistente pelo Dec.-lei nº 8.158, de 3/11/45. Como não houve revogação típica, considera-se que a sucessão dos dois últimos diplomas ensejou a mera restauração de eficácia do primeiro.

[2200] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 535); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 104).

[2201] Art. 15, XIII.

[2202] Art. 10, parágrafo único, Decr.-lei nº 3.365/41 (lei geral de desapropriação), com a alteração da MP nº 2.183-56, de 24.08.2001.

[2203] CELSO RIBEIRO BASTOS, *"Curso"* cit., p. 233.

[2204] Ob. cit., p. 615. No mesmo sentido, MANUEL MARIA DIEZ define o instituto: "La ocupación temporánea consiste en la privación del uso y goce transitorio de un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o de universalidad determinada de ellos" ("Manual de Derecho Administrativo", tomo II, p. 267).

[2205] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 435); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 103); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 536). Mesmo quando não se referem expressamente a *imóveis*, os autores mencionam que o Poder Público precisa de *local* para colocar máquinas, equipamentos etc.

[2206] Art. 136, II.

[2207] Art. 10, parágrafo único, Decr.-lei nº 3.365/41, com a redação da MP 2.183-56, de 24.08.2001.

[2208] É o caso de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., pp. 102-103) e HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 536).

[2209] LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso* cit., p. 204.

[2210] DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administ.* cit., p. 436.

[2211] No mesmo sentido: STF, RE nº 84.986, 2ª Turma, Rel. Min. THOMPSON FLORES. A matéria, contudo, foi objeto de divergências nas instâncias inferiores, inclusive no parecer da Procuradoria-Geral da República.

[2212] Com o mesmo pensamento, RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., pp. 976/977. Distinguindo também as formas de ocupação temporária: ODETE MEDAUAR, *Dir. Admin. Moderno*, p. 410.

[2213] Este último exemplo é previsto na CF (art. 182, § 4º).

[2214] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 434).

[2215] Ob. cit., p. 539. MARIA SYLVIA DI PIETRO invoca interessante lição de MARCELO CAETANO, segundo o qual o motivo inspirador das limitações são *interesses públicos abstratos* (ob. cit., p. 100).

[2216] Sobre o tema, vide nosso trabalho "O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana. Novos aspectos" (Arquivos de Direito Público, obra colet., Ed. Método, 2007).

[2217] Sobre tais institutos urbanísticos, vide nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 3ª ed., Lumen Juris, 2009, pp. 67/77; 167/177; 243/252. Vide também *Estatuto da Cidade*, RT, vários autores, coord. de Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida.

[2218] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA faz interessante exposição a respeito do tema (*"Direito Administrativo Didático",* pp. 187-191).

[2219] Ob. cit., p. 102.

[2220] Sobre o tema, consulte-se LUIS MANUEL FONSECA PIRES, *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*, Quartier Latin, 2006, p. 157.

[2221] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 537) e MARIA SYLVIA DI PIETRO, que traz, inclusive, ensinamento de BIELSA no mesmo sentido (ob. cit., p. 101).

[2222] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, pp. 312/313.

[2223] Boa conceituação oferece DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: "É a intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização

e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico" ("Curso" cit., p. 318).

[2224] CALDAS AULETE, vol. V, p. 4.994 (1958).

[2225] Artigos 215 e 216.

[2226] O Decreto-lei nº 25/37 classifica quatro documentos de registro: o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; o Livro do Tombo Histórico; o Livro do Tombo das Belas-Artes; e o Livro do Tombo das Artes Aplicadas, cada um deles com um tipo de inscrição.

[2227] O TJ-RJ, na Ap. Cível nº 12.498/05, 2ª Câm. Cível, Rel. Des. LEILA MARIANO, reformando decisão do juízo monocrático, anulou, em relação aos apelantes, decreto que incluía dois imóveis de sua propriedade na denominada "área de proteção do ambiente cultural (APAC)". A nobre Relatora concluiu ser impossível avaliar se havia ou não interesse cultural da preservação do imóvel.

[2228] Ob. cit., p. 486. Anote-se que o patrimônio natural, as florestas, a fauna, a flora, os parques ecológicos constituem espécies de interesses difusos da coletividade, sendo protegidos, dentre outras formas, pela ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24/7/1985. Ver também a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a proteção do meio ambiente.

[2229] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 363); LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 200).

[2230] PAULO AFFONSO LEME MACHADO (*"Ação Civil Pública e Tombamento",* p. 71). O autor confessa aderir ao entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA.

[2231] CRETELLA JÚNIOR (RDA 112/55); THEMISTOCLES CAVALCANTI (*"Curso de Direito Administrativo",* p. 149).

[2232] Foi como decidiu o STJ no REsp 1.098.640, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ 25.06.2009.

[2233] O tombamento denominado de *geral* só é admissível quando se trata de locais merecedores de proteção, como ruas, praças, logradouros históricos etc, que não contam com a presença de propriedades individuais.

[2234] É também a opinião de MARIA SYLVIA DI PIETRO, que anteriormente chegou a advogar a tese da limitação administrativa (ob. cit., p. 114).

[2235] É como pensa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., 18ª ed., 2005, p. 134.

[2236] Arts. 7º e 8º do Decreto-lei nº 25/37.

[2237] RMS 8.252-SP, 2ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, julg. em 22/10/2002 (vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 152, out./2002).

[2238] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 18ª ed., 2005, p. 135.

[2239] PAULO AFFONSO LEME MACHADO (ob. cit., p. 75); PONTES DE MIRANDA (*"Comentários"* cit., tomo VI, p. 369).

[2240] Têm o mesmo entendimento HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 486); LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Disciplina Urbanística da Propriedade",* p. 16). Parecem adotá-lo SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Direito Administrativo Didático"* cit., p. 185) e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (ob. cit., p. 318).

[2241] Representação nº 1.312, Pleno, Rel. Min. CELIO BORJA, publ. na *RTJ* 128/515. Votou a favor o Min. FRANCISCO REZEK, ficando vencido o Min. OSCAR CORRÊA. Anote-se, porém, que a citada Representação acabou por não ser conhecida em razão do advento da vigente Constituição no curso do processo.

[2242] Exemplo típico consta do art. 216, § 5º, da CF: "Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos".

[2243] ApCív nº 72.988-9, 5ª CCív., Rel. Des. CAMPOS OLIVEIRA, julg. em 14/11/1996.

[2244] *Contra*, admitindo o tombamento de bem estadual por Município: STJ, RMS nº 18.952-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 26.4.2005 (vide *Informativo STJ* nº 244, abr./2005).

[2245] JOSÉ CRETELLA JR. (*"Dicionário"* cit., p. 519) informa que assim se procedeu em relação ao Parque Lage, no bairro do Jardim Botânico, no Município do Rio de Janeiro. O autor faz referência até a parecer com idêntico entendimento firmado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, quando exercia a

função de Consultor-Geral da República (*RDA* 65/315).

[2246] A entidade de nível federal a quem cabe a análise técnico-cultural de bens para o efeito de tombamento é o IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cuja estrutura está delineada no Decreto nº 5.040, de 7.4.2001.

[2247] Esse recurso, considerado como *impróprio,* tem previsão no Decreto-lei nº 3.866, de 29/11/1941.

[2248] Art. 13, DL nº 25/37

[2249] Também: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., 2007, p. 128. Consulte-se ainda o trabalho *"O Tombamento de Imóveis e o Registro",* de AFRÂNIO DE CARVALHO (*RT* 672/73).

[2250] Art. 17, DL nº 25/37.

[2251] Art. 22 e parágrafos do DL nº 25/37.

[2252] Com a mesma opinião, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 427) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., p. 107).

[2253] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *"Curso"* cit., p. 364; CARLOS ARI SUNDFELD, *"Direito Administrativo Ordenador"* cit., p. 110.

[2254] Incide, pois, também aqui (por tratar-se de restrição do Poder Público) o art. 10, parágrafo único, do Decr.-lei 3.365/41 (lei geral de desapropriação), com a alteração introduzida pela MP 2.183-56, de 24.08.2001.

[2255] TJ-RJ, ApCív nº 779/98, 14ª CCív, unân., Rel. Des. JOSÉ AFFONSO RONDEAU, julg. em 2/6/1998 (Vide *Ementário Cível do TJ-RJ* nº 34/98, nº 40).

[2256] REsp nº 173.158-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, maioria, julg. em 28/3/2000 (vide *Informativo Jurisprudência STJ* nº 52, março/2000).

[2257] Para maior detalhamento do tema, vide nossa obra *"Ação Civil Pública. Comentários por Artigo"*, Lumen Juris, 7ª ed., 2009, pp. 23 e segs. Ver também Capítulo XVI, tópico V, nº 13.

[2258] CHARLES DEBBASCH, "Institutions et Droit Administratifs", p. 23. Eis as palavras do grande jurista francês: "Les institutions administratives dépendent des institutions politiques tout en demeurant distinctes", dando suporte à afirmação por duas razões básicas: 1ª) "les instituions administratives ne sont pas animées par une philosophie spécifique"; 2ª) "les instituions administratives n'ont pas de finalité propre".

[2259] Para maior aprofundamento no estudo dos aspectos políticos e sociais envolvendo o direito de propriedade e a desapropriação, ver a excelente obra do Prof. JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *"A Questão Jurídico-Social da Propriedade e de sua Perda pela Desapropriação".*

[2260] SAYAGUÉS LASO, *"Tratado"* cit., vol. II, p. 312.

[2261] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 514).

[2262] Como esclarecimento antecipado, a lei vigente engloba como de utilidade pública os casos que estampam necessidade pública (art. 5º, Decreto-lei nº 3.365/41).

[2263] Aliás, não seria nenhuma heresia dizer-se que o que tem utilidade pública traduz uma forma de interesse social, e que se algo tem interesse social é porque, sem dúvida, retrata alguma coisa ligada à utilidade pública. Daí a imprecisão apriorística dos conceitos.

[2264] Evidentemente, pelo tempo em que foi editado o Decreto-lei, outros diplomas já vieram a lume ora para alterar dispositivo nele contido, ora para criar normas próprias para completar o sistema normativo sobre desapropriações. Entre estes, cite-se o Decreto-lei nº 1.075, de 22/1/1970, que regula a imissão liminar na posse em imóveis residenciais urbanos e a Lei nº 6.071, de 3/7/1974, que adaptou a lei básica ao Código de Processo Civil. Mais recentemente foi editada a Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001, que também introduziu alterações no DL 3.365/41.

[2265] Alguns autores denominam essa modalidade de *desapropriação-sanção*. A nomenclatura não é errônea, mas vale anotar que a desapropriação confiscatória, prevista no art. 243 da CF, também estampa modalidade de sanção. De qualquer modo, fica feito o registro.

[2266] Exatamente por esse motivo é que não se confunde esse tipo de desapropriação, que tem caráter sancionatório, com a desapropriação *normal* (ou *geral*) para fins urbanísticos. Esta é contemplada no art. 182, § 3º, da CF, não sugerindo qualquer punição. Exemplo dessa modalidade é encontrado no art. 5º,

"i", do Decr.-Lei 3.365/41, que faz referência à "*execução de planos de urbanização"*. Em outras palavras: os fins são urbanísticos, mas inexiste sanção motivadora da desapropriação.

[2267] Assim também DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Adm.* cit., p. 464.

[2268] A respeito dessa modalidade expropriatória, vide nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Lumen Juris, 3ª ed., 2009, pp. 99/119; também CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, *Estatuto da Cidade Comentado*, RT, 2002, pp. 45/48.

[2269] Nesse sentido, cf. FÁBIO DE OLIVEIRA LUCHESI em "Desapropriação para Fins de Reforma Agrária perante a Nova Constituição" (RDP 90/161).

[2270] Em abono de semelhante possibilidade decidiu o STF no REsp nº 691.912-RS, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julg. em 7.4.2005 (vide *Informativo de Jurisprudência STJ* nº 241, abr/05).

[2271] Sobre o processo judicial para desapropriação para fins de reforma agrária, vide nosso trabalho *"O Novo Processo Expropriatório para Reforma Agrária"*, publicado no *Livro de Estudos Jurídicos* nº 8, 1994, pp. 93-117, e na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro,* nº 2, 1995, pp. 85-104.

[2272] O entendimento, aliás, resulta da própria Súmula nº 476 do STF.

[2273] As moedas antigas, ao contrário, têm valor patrimonial extrínseco e podem ser objeto de desapropriação. Cf. HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 508).

[2274] Em relação às pessoas jurídicas, o que se desapropria são os bens de sua propriedade ou direitos representativos do capital, como acertadamente adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*"Curso"* cit., p. 376).

[2275] Esta é a opinião de JOSÉ CARLOS MORAES SALLES (*"A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência",* p. 81). Permitimo-nos, todavia, discordar do ilustre monografista. Embora a hipótese não seja usual, podem ocorrer, de fato, situações excepcionalíssimas que reclamem a desapropriação do cadáver, como, por exemplo, para pesquisa científica e proteção da sociedade.

[2276] LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso* cit., 7ª ed., 2004, p. 328.

[2277] Ação Cautelar Inominada nº 1.255/RR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 16.6.2006 (*Informativo STF* nº 432, jun./2006).

[2278] O STF já teve a oportunidade de se manifestar sobre essas vedações. Vide *RTJ* 77/48; *RT* 482/160 e RDA 128/330.

[2279] SÉRGIO FERRAZ, "Desapropriação de Bens Públicos", em Três Estudos de Direito, RT, 1977, p. 50/51.

[2280] Também: LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE, *Desapropriação de Bens Públicos*, Malheiros, 2006, p. 120.

[2281] Sobre tombamento, vide o que escrevemos sobre o tema no Capítulo XII.

[2282] A solução alvitrada, inclusive, se compatibiliza com os §§ 2º e 3º do art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41.

[2283] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Dir. Adm. Didático"* cit., p. 197).

[2284] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 509); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 460).

[2285] No mesmo sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 377).

[2286] STJ (ROMS nº 1.167, Rel. o Min. PEDRO ACIOLI) e STF (RE nº 172.816, Rel. o Min. PAULO BROSSARD, *RDA* 195/197). O caso envolvia desapropriação promovida pelo Estado do Rio de Janeiro sobre bens da Cia. Docas do Rio de Janeiro. As decisões não fizeram qualquer referência à natureza dos bens desta sociedade de economia mista; consideraram a natureza do serviço e o desrespeito à estruturação hierárquico do Estado.

[2287] REsp nº 214.878, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, julg. em 5/10/1999 (*apud "Jurisprudência do STJ"* nº 35, out./99). (grifo nosso)

[2288] REsp 1.188.700-MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 18.05.2010. No caso, o litígio envolveu o Município de Ouro Preto e a Universidade Federal de Ouro Preto.

[2289] Ob. cit., p. 526.

[2290] O STF reafirmou a orientação da Súmula no RE 331.086, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 02.09.2008.

[2291] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 373); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit.,

p. 446).

[2292] Bem por isso, o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal, pelo qual as desapropriações dependeriam de prévia aprovação da Câmara Legislativa. Além de extrapolar o DL 3.365/41, o dispositivo invadiu esfera própria do Executivo (vide ADIN 969-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; *Informativo STF* nº 442, set./2006).

[2293] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *"Comentários à Constituição Brasileira de 1988"*, Saraiva, vol. 1, 1990, p. 228; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"Direito Constitucional Positivo"*, Malheiros, 20ª ed., p. 471; ALEXANDRE DE MORAES, "*Direito Constitucional"*, Atlas, 12ª ed., p. 282. De nossa parte, é também o sentido que parece emanar da Constituição, como registramos em edições anteriores.

[2294] Deve consignar-se que alguns estudiosos já entendiam que os Territórios tinham personalidade jurídica própria. É o caso de MICHEL TEMER, *"Elementos de Direito Constitucional"*, RT, 5ª ed., p. 100.

[2295] Art. 82, IX, Lei nº 10.233, de 05.06.2001.

[2296] Art. 10, Lei 9.074, de 07.07.95, com a redação da Lei nº 9.648, de 27.05.98.

[2297] Veja-se a seguinte decisão do STJ, que bem elucida a hipótese: "Legitimidade. Estado. Desapropriação. O ato do Governador do Estado de São Paulo, estampado no Decreto nº 22.033/84, se enquadra na hipótese do art. 2º da Lei nº 4.132/62, que contém diversas espécies de desapropriação por interesse social. Os Estados estão legitimados a promovê-la, desde que não objetivem a reforma agrária, esta sim, privativa da União" (REsp nº 20.896, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 19/10/1999, apud "Jurisprudência do STJ" nº 37, out./99).

[2298] Com essa observação, o STJ legitimou desapropriação por interesse social promovida por Estado-membro para implantação de colônias ou cooperativas de povoamento ou trabalho agrícola, com indenização em dinheiro (RMS 13.959-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 6.9.2005; vide *Informativo STJ* nº 259, set./2005).

[2299] Em relação a esta última, vide STJ, RMS 18.703-BA, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 28.11.2006 (*Informativo STJ* nº 306, dez./06).

[2300] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 445).

[2301] Adotamos, neste tema, a classificação apresentada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., pp. 138-140).

[2302] Como bem assinala JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, a valorização tem que ser realmente extraordinária. Desse modo, não se permitiria a desapropriação se a valorização fosse de nível baixo ou razoável (ob. cit., p. 113). Cf. SEABRA FAGUNDES (*"Da Desapropriação no Direito Brasileiro",* pp. 100 e seguintes).

[2303] AI nº 42.240, Relator Min. ALIOMAR BALEEIRO. Eis a ementa: "Desapropriação – Poderá abranger área maior do que a estritamente necessária para a obra, desde que a destine a autoridade a fim público ou de utilidade pública" (RTJ 46/550).

[2304] São precisas as palavras de ADILSON ABREU DALLARI: "Pela desapropriação o Poder Público recebe um bem, que passa a integrar seu patrimônio. Num momento subsequente, em outro negócio jurídico, se processa a alienação" ("Desapropriação para Fins Urbanísticos", p. 69).

[2305] A alínea "i" do art. 5º do Decreto-lei 3.365/41 teve sua redação alterada pela Lei nº 9.785, de 29/1/1999, passando a considerar caso de utilidade pública *"a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais"*. Pode observar-se que a nova redação mais fortaleceu o intuito do legislador no sentido de propiciar a desapropriação para fins urbanísticos.

[2306] A transferência do bem deve ser onerosa, não sendo tolerável a doação, mesmo que o objetivo seja a implantação de indústria. Nesse sentido, decisão do STJ. em ação civil pública (REsp nº 55.723, 1ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, julg. em 15/2/1995).

[2307] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 469); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 518).

[2308] No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., pp. 72-74).

[2309] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 124); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 470).

[2310] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. e loc. cit.; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 378.
[2311] Também: RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., p. 1.077. A exigência também não constou de acórdão do TJ-SP a respeito (Ap.Civ. 210.392-2, 13ª C.Civ., Rel. Des. CORRÊA VIANA).
[2312] Hipótese desse tipo - inusitada, injusta e estranha - foi a que ocorreu com ação de desapropriação movida pelo Estado do Rio de Janeiro em favor da Procuradoria-Geral do Estado do RJ, tendo como alvo edifício tipicamente comercial no centro da cidade (Proc. nº 2008.001.085808-2, da 3ª Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro). Vide nosso trabalho "*A desapropriação e o princípio da proporcionalidade*" (Revista do MP/RJ nº 28/2008, pp. 117/138).
[2313] Art. 6º do Decreto-lei nº 3.365/41.
[2314] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ob. cit., p. 95; MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 124; DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., p. 469.
[2315] No mesmo sentido, CRETELLA JUNIOR, *Tratado Geral das Desapropriações* cit., vol. I, p. 255.
[2316] A nomenclatura do ato administrativo depende do estatuto legal, regulamentar e regimental da respectiva entidade. Seja qual for a denominação, contudo, pouca importância terá essa circunstância, porquanto o conteúdo do ato será sempre o mesmo: a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação.
[2317] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 469).
[2318] ApCív nº 246.253, 11ª CCív, Rel. Des. GILDO DOS SANTOS (vide item "Jurisprudência").
[2319] Vide STJ, REsp 1.034.192-MS, Rel. Min. LUIZ FUX, em 16.04.2009.
[2320] Art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41.
[2321] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., p. 62).
[2322] SEABRA FAGUNDES, *"A Desapropriação"* cit., p. 67; MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 125).
[2323] Art. 26, § 1º, da lei geral expropriatória.
[2324] Art. 10.
[2325] Art. 3º, Lei nº 4.132/62.
[2326] É como pensa MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., 2006, p. 151.
[2327] Nesse exato sentido, RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., p. 1081.
[2328] Idêntico pensamento tem JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (*A Desapropriação*...cit., p. 191.
[2329] Esse é o sentido adotado por várias decisões judiciais. Cf. *RDA* 94/115.
[2330] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ob. cit., p. 197.
[2331] Os doutrinadores, como regra, também não apontam qualquer inconstitucionalidade do dispositivo: entre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, 2008, p. 867; DIÓGENES GASPARINI, *Direito Adm.* cit., 2006, p. 792; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., 2006, p. 151.
[2332] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 520).
[2333] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 471). A Lei nº 6.015/73, que regula os registros públicos, também se refere à *desapropriação amigável* como negócio jurídico autônomo, suscetível de inscrição no Registro de Imóveis (art. 167, I, nº 34). A questão da nomenclatura é realmente interessante. A desapropriação, na verdade, é sempre a que enseja a transferência coercitiva da propriedade. A fase administrativa enseja a *transferência amigável* do bem, e não tecnicamente a *desapropriação*. Se for analisado o contrato de compra e venda, não se poderá negar que nele, *lato sensu,* também há uma "desapropriação amigável"...
[2334] Em que pese a impropriedade da expressão, a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) previu o registro de "*desapropriação amigável*" (art. 167, I, nº 34).
[2335] A Lei nº 6.160, de 6/12/1974, admitiu escritura particular em casos de desapropriação no Nordeste.
[2336] Ob. cit., p. 472.
[2337] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, que detalha toda a controvérsia, ob. cit., pp. 200-211.
[2338] Há algumas regras especiais quanto à citação, nem sempre recaindo sobre o real proprietário. Vide art. 16 do Decreto-lei nº 3.365/41.

[2339] Art. 13 do Decreto-lei 3.365/41.
[2340] MARIA SYLVIA DI PIETRO, ob. cit., p. 128.
[2341] É uma praxe, ouvida entre muitos militantes da área jurídica, afirmar-se que na desapropriação só se discute o preço. A afirmação, como se nota do dispositivo, não é verdadeira. O mérito, de fato, é a discussão do preço, mas a lei admite que o réu oponha uma série de questões preliminares que chamou de "vícios do processo judicial".
[2342] Art. 304 c/c arts. 112, 134 e 135 do CPC.
[2343] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., pp. 354-355).
[2344] RITA TOURINHO admite a discussão sobre desvio de finalidade dentro da própria ação expropriatória (*"O Desvio de finalidade na ação expropriatória: Interpretação sistemática do Decreto-lei nº 3.365/41"*, publ. na RDA 238/2004, pp. 363/374). Com a devida vênia, permitimo-nos discordar da autora, porque a *ratio legis* do art. 20 tem sentido contrário; somente *de lege ferenda* poderá ser autorizada essa controvérsia no bojo da ação.
[2345] Vide STJ, REsp 817.740-SP, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 30.11.2007.
[2346] REsp nº 239.687-SP, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, julg, em 17/2/2000 (vide *Informativo Jurisprudência STJ* nº 47, fev./2000). O acórdão faz referência a precedentes no mesmo sentido: REsp nº 18.946-SP (DJ de 13/5/1995) e nº 182.235-SP (DJ de 22/2/1999).
[2347] Art. 15, § 4º, do Decr.-lei 3.365/41, com a redação da Lei nº 11.977, de 07.07.2009.
[2348] Foi como entendeu também o STJ no REsp 1.034.192-MG, Rel. Min. LUIZ FUX, em 16.04.2009.
[2349] Não concordamos, *data venia,* com LUCIA VALLE FIGUEIREDO, para quem o expropriante deve explicar na declaração o motivo da urgência (*"Curso"* cit., p. 216). Entendemos, o que é diferente, que o expropriante deve declarar formalmente (com certeza, no processo administrativo) que tem urgência na imissão, mas não é necessário que, no ato declaratório de utilidade pública, venha a detalhar o que já está nos assentamentos administrativos. Aliás, a lei nada exige a respeito e, na prática, o Poder Público apenas declara que tem urgência.
[2350] Cf. STJ (REsp nº 33.477, 1ª Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO). No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 381). HELY LOPES MEIRELLES pensava diferentemente, mas agora perfilha o mesmo pensamento (ob. cit., p. 522).
[2351] Com esse entendimento, o STJ (REsp nº 35.825, 2ª Turma, Rel. Min JOSÉ DE JESUS) e TJ-RJ (MS nº 988/93, 5ª CCív, Rel. Des. HUMBERTO M. MANES). Apesar disso, entretanto, são coisas distintas o valor provisório e o valor definitivo. O STF já decidiu que o valor definitivo somente se dá com a transferência do bem, *"não, desde logo, na oportunidade do depósito prévio para fins de imissão provisória na posse do imóvel"* (RE nº 149.993-1/97, 1ª Turma, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, publ. DJ de 16/5/1997).
[2352] Com acerto, nesse sentido, decidiu o TJ-SP no Ag. 868.562-5, Rel. Des. FRANKLIN NOGUEIRA, reg.em 10.04.2009.
[2353] RE nº 178.215-SP, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em 4/5/1999, *apud "Informativo STF"* nº 148, publ. em 12/5/1999.
[2354] Súmula nº 652.
[2355] Esta foi também a solução alvitrada pelo STJ, no Resp 330.179, 1ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, em 18/11/2003 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 192, nov./03).
[2356] Art. 34, DL 3.365/41.
[2357] STJ, REsp 987.232-PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 02.09.2009.
[2358] Art. 34, parágrafo único, DL 3.365/41.
[2359] Art. 332, CPC.
[2360] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., pp. 396-397).
[2361] Art. 435, CPC.
[2362] A favor da intervenção obrigatória: RE nº 87.168 (DJ 1/7/1977) e RE nº 86.502 (DJ 29/9/1978), do STF; Reex. Necess. 807, 8ª CCív, Rel. Des. FERNANDO CELSO GUIMARÃES, 1985 (*apud ADCOAS* 108298); RF 256/300, RF 254/304, RF 303/208. Contra: *RSTJ* 28/546; RF 256/282 e TJ-AC (Reex. Necess. 6/82, Rel. Des. GERCINO JOSÉ DA SILVA FILHO).

[2363] Sobre o assunto, tivemos a oportunidade de nos manifestar no estudo "O Novo Processo Expropriatório para Reforma Agrária" ("Livro de Estudos Jurídicos" nº 8, 1994, p. 99, e Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, vol. 2, 1995, p. 90).

[2364] REsp 486.645-SP, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 18/11/2003 (vide Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 192, nov./03).

[2365] Cabe anotar, porém, que o CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público, na Recomendação nº 16, de 28.04.2010 (art. 5º, XVI), entendeu dispensável a intervenção, sendo capazes as partes, só a exigindo em litígios possessórios sobre terras rurais ou relativos à reforma agrária.

[2366] STJ, REsp 848.787-SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, EM 20.05.2010.

[2367] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 385).

[2368] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 450), e JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., p. 423).

[2369] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES faz esclarecedora resenha sobre tais divergências (ob. cit., p. 423 e segs.).

[2370] Com o mesmo entendimento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso*, 2008, p. 875).

[2371] Ob. cit., pp. 382-383.

[2372] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 523).

[2373] Assinale-se que é a própria Constituição que exige seja a indenização paga em dinheiro (art. 5º, XXIV).

[2374] O STJ reafirmou a orientação no REsp 1.116.460-SP, Rel. Min. LUIZ FUX, em 09.12.2009.

[2375] STJ, REsp 760.498-SC, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, maioria, em 05.12.2006 (*Informativo STJ* nº 307, dez/2006). Ficou vencido o Min. JOSÉ DELGADO, a nosso ver, com o melhor direito. Embora a decisão se tenha referido a caso de desapropriação indireta, sua *ratio* atinge, da mesma forma, a desapropriação ordinária.

[2376] STJ, REsp 1.075.293, Min. LUIZ FUX, em 04.11.2010.

[2377] STJ, REsp 978.558, Min. LUIZ FUX, em 04.12.2008.

[2378] Art. 34 e parágrafo único, DL 3.365/41. Vide o que dissemos, no Tópico XII, a respeito do levantamento parcial no caso de imissão provisória na posse.

[2379] EREsp nº 160.573-SP, 1ª Seção, Rel. Min. ARI PARGENDLER, julg. em 7/8/2000 (vide *Informativo Jurisprudência STJ* nº 65, ago./2000).

[2380] RE nº 247.866-CE, Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 9/8/2000 (vide *Informativo STF nº 197,* ago./2000).

[2381] Art. 32, §§ 1º e 2º, DL 3.365/41, com a redação da Lei nº 11.977, de 07.07.2009.

[2382] Art. 32, § 3º, DL 3.365/41, com a redação da Lei nº 11.977/2009.

[2383] Sobre as alterações introduzidas pela EC 30/2000, vejam-se os comentários que tecemos, no Capítulo XV, dentro do tópico relativo ao Poder Público em juízo, especificamente no item sobre pagamento de créditos de terceiro.

[2384] Ressalve-se, porém, que as benfeitorias úteis e necessárias devem ser indenizadas em dinheiro (art. 184, § 1º, CF).

[2385] Art. 678, do antigo Código Civil.

[2386] É a opinião de SEABRA FAGUNDES (ob. cit., p. 427). Também a do STJ (EREsp nº 64.883, 1ª Seção, Rel. Min. ARI PARGLENDER, DJ 20/5/1996; REsp nº 31596, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DE JESUS, publ. 4/3/1996).

[2387] Foi o decidido pelo STJ no REsp nº 64.883, 1ª Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, publ. DJ de 28/8/1995.

[2388] Art. 103, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 9.636, de 15/5/1998. Anteriormente, o § 3º do mesmo artigo estabelecia, para a consolidação do domínio, o valor do domínio direto como sendo de vinte foros e um laudêmio.

[2389] Vide STJ, REsp 764.376-RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 26.05.2009, e REsp 911.020-RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 11.09.2007.

[2390] Cf. JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., pp. 536-538). Opinião diversa tem SÉRGIO DE

ANDRÉA FERREIRA. Para este autor, o critério adotado na Lei Federal só serve como fixação do valor indenizatório para os casos de enfiteuse em imóveis de propriedade da União (ob. cit., p. 201).

[2391] Em tal sentido decidiu o STF, reformando acórdão do TRF da 4ª Região, que considerara indenizáveis as jazidas minerais mesmo sem a existência da concessão da lavra (RE 315.135-RS, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 30/4/2002). Também: STJ, REsp 654.321-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 27.10.2009.

[2392] SILVIO DE SALVO VENOSA (*"Direito Civil"*, Atlas, vol. V, 3ª ed., p. 397).

[2393] CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *"Instituições"* cit., 19ª ed., 2000, vol. II, p. 79.

[2394] SÉRGIO FERRAZ, em sua preciosa obra *"Desapropriação. Indicações da Doutrina e Jurisprudência",* 1972, pp. 88-90, indica toda a resenha de decisões díspares sobre o assunto.

[2395] O STJ considerou tal critério compatível com o sistema de precatórios previsto nos arts. 100 da CF e 33 do ADCT da CF (vide REsp nº 695.547-RS, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julg. em 12.4.2005; *Informativo Jurisprudência STJ* nº 242, abr./05).

[2396] Também com esse entendimento: STJ, REsp 785.576, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, publ. em 10.09.2010.

[2397]Súmula Vinculante nº 17 (2009).

[2398] Art. 1.062, do antigo Código Civil. O vigente Código Civil alterou o sistema relativo à taxa de juros, estabelecendo que, não sendo convencionados os juros, ou convencionados sem indicação da taxa, ou, ainda, se emanarem de mandamento legal, a taxa a ser adotada deverá ser a que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406).

[2399] O STF, como adiante veremos, concedendo medida cautelar, considerou inconstitucional a fixação dos juros compensatórios em *até seis por cento* por aparente ofensa ao princípio da prévia e justa indenização. Embora a decisão se tenha referido a juros compensatórios, o fundamento é extensivo também aos juros moratórios (ADIN 2.332-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/9/2000, em *"Informativo STF"* nº 240, de set./2001).

[2400] Súmula 618.

[2401] Súmulas 113 do STJ e 164 do STF.

[2402] ADInMC 2.332-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/9/2001. Ficaram vencidos, adotando o segundo entendimento, os Min. MOREIRA ALVES, ELLEN GRACIE, NELSON JOBIM e CELSO DE MELLO (Vide *"Informativo STF"* nº 240, set./2001).

[2403] Nosso pensamento era o de que, apesar de a nova norma fixar os juros moratórios em *até seis por cento ao ano,* o juiz deveria *sempre* fixá-los em seis por cento, excluindo-se qualquer possibilidade de variação do percentual pela ausência de parâmetros para essa finalidade.

[2404] Súmula 408 do STJ.

[2405] ADInMC 2.332-DF cit. A decisão foi por maioria, vencidos os Mins. MARCO AURÉLIO e ILMAR GALVÃO, que suspendiam integralmente a eficácia sob o fundamento de que os juros compensatórios devem integrar a indenização por representarem lucros cessantes *("Informativo STF"* nº 240 cit.). Também: STJ, REsp 1.046.166-MG, Rel. Minª. DENISE ARRUDA, DJ de 18.09.2008.

[2406] Um exemplo ajuda a esclarecer a decisão. Se o preço ofertado foi 100 e o valor da sentença foi 150, a base de cálculo dos juros, de acordo com a letra estrita da lei, seria a diferença, ou seja, 50. Na interpretação do STF, a base de cálculo será a diferença entre 80% do preço ofertado (= 80) e o valor da sentença, que foi 150; será, assim, de 70, mais elevada, portanto, que a base anterior.

[2407] STF, RE 110.892, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, em 19.05.87.

[2408] ADInMC 2332-DF cit. Ficaram vencidos os Mins. MARCO AURÉLIO e ILMAR GALVÃO, que indeferiam o pedido cautelar por entenderem que, se não houve lucros, nada haveria a compensar *("Informativo STF"* nº 240 cit.). Também: STJ, REsp 930.274-GO, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 18.09.2007 (*Informativo STJ* nº 332, set./2007); REsp 850.481-PA, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 21.10.2008.

[2409] Foi a linha adotada pelo STJ, no REsp 1.116.364-PI, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 26.05.2010.

[2410] Nesse sentido decidiu o STJ no EREsp 519.365-SP, 1ª Seção, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI,

em 11.10.2006 (*Informativo STJ* nº 300, out./2006).

[2411] STF (RE nº 88.363, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, DJ de 7/11/1978) e Súmula 12 do STJ Contra: MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 133).

[2412] Súmula nº 102.

[2413] A mesma opinião têm MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 133) e JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (ob. cit., p. 477). Este autor faz preciosa resenha jurisprudencial sobre o tema e demonstra que o STF, após ter considerado revogado o art. 26, § 2º, parece estar alterando o entendimento para considerá-lo vigente e compatível com a Lei nº 6.899/81.

[2414] REsp nº 92.789-SP, 2ª Turma, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, publ. no DJ de 9/11/1998.

[2415] Súmula nº 561. O STJ confirmou o entendimento firmando a Súmula nº 67.

[2416] Súmula nº 617, STF, e Súmula nº 141, STJ.

[2417] Súmula nº 131.

[2418] Art. 20, § 3º, CPC.

[2419] Art. 20, § 4º, "a" a "c", CPC.

[2420] A inovação consta do § 4º do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, introduzido pela MP nº 2.183-56/2001.

[2421] Na ADInMC 2.332-DF (Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/9/2001), o STF, por maioria, concedeu medida cautelar para suspender a eficácia da parte do novo dispositivo que fixava valor-limite para honorários, sob o fundamento de ausência de razoabilidade. Os Mins. MOREIRA ALVES e ELEN GRACIE denegaram a medida por falta de plausibilidade, e os Mins. ILMAR GALVÃO e MARCO AURÉLIO suspendiam o inteiro teor do dispositivo, fundando-se na impossibilidade de medida provisória dispor sobre matéria processual. Por conseguinte, apenas o valor-limite dos honorários ficou inaplicável pela decisão; os novos percentuais e a base de cálculo, porém, continuam eficazes (Vide "*Informativo STF"* nº 240, de set./2001).

[2422] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ob. cit., p. 555.

[2423] SEABRA FAGUNDES, *"Da Desapropriação no Direito Brasileiro",* pp. 424-428; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *"Instituições"* cit., vol. IV, p. 212.

[2424] JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ob. cit., p. 547.

[2425] STJ, REsp 1.076.124-RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 03.09.2009.

[2426] TJ-RJ, ApCív nº 1.072/98, 6ª CCív, unân., Rel. Des. RONALD VALLADARES, julg. em 18/8/1998. O acórdão decidiu ação em que comerciante postulava indenização ao poder expropriante em virtude do prejuízo decorrente da extinção do fundo de comércio.

[2427] Vide art. 20 do Decreto-lei nº 3.365. V. também JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ob. cit., pp. 542-543.

[2428] STJ, CC 90.021-MS, 2ª Seção, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, em 11.06.2008 (*Informativo STJ* nº 359, jun/2008).

[2429] Foi como decidiu o STJ, no REsp nº 402.482, 2ª Turma, Relª Min. ELIANA CALMON, julg. em 25/3/2002 (Informativo *"Jurisprudência STJ"* nº 128, abril/2002).

[2430] CELSO RIBEIRO BASTOS (*"Curso"* cit., p. 230) e LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 228).

[2431] STJ, REsp nº 107.702-SP, 1ª Turma, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, publ. em 14/9/1998.

[2432] REsp nº 132.398-SP, 2ª Turma, Rel. Min. HÉLIO MOSIMANN, publ. no DJ de 19/10/1998, p. 62. A 2ª Turma do STJ decidiu no mesmo sentido em hipótese na qual o imóvel objeto da desapropriação havia sido invadido por terceiros em virtude de negligência do autor da ação expropriatória. A desistência também foi rechaçada (REsp nº 98.560-SP, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, publ. DJ de 14/6/1999, p. 151). Ainda: REsp 450.383-RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 03.08.2006 (*Informativo STJ* nº 291, ago./2006).

[2433] Ob. cit., p. 479.

[2434] Para uma visão geral do instituto, consulte-se o trabalho de CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO, *"Desapropriação Indireta"* (*RDP* 97, pp. 176/182).

[2435] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., p. 385; EDIMUR FERREIRA DE FARIA,

Curso cit., p. 610; DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Admin.* cit., 2006, p. 758; RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., p. 1139.

[2436] CRETELLA JR., *Tratado* cit., vol. II, p. 283.

[2437] LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso*, 2008, p.343, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., 2006, p. 169.

[2438] Súmula 618 do STF e Súmulas 69, 70, 114 e 119 do STJ.

[2439] STJ, REsp 770.559-RJ, 1ª Turma, Rel. Min TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 17.08.2006 (*Informativo STJ* nº 293, ago./2006).

[2440] Nesse exato sentido, de todo acertado, aliás: STJ, REsp 827.613-SC, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 02.10.2007 (*Informativo STJ* nº 334, out./2007).

[2441] *"Direito Administrativo Didático"* cit, p. 205. No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO ("*Direito Administrativo"* cit., p. 140). No Código vigente, a garantia da posse está prevista no art. 1.210.

[2442] O TJ-RJ já decidiu: "Município – Enfiteuse – Ocupação pelo senhorio direto – Perda do domínio útil – Efeitos. Se o Município senhorio direto ocupa manu militari o terreno dado em enfiteuse e sobre ele constrói, só vindo o enfiteuta a reclamar depois de pronta a obra, configura-se a perda do domínio útil, ficando o município senhorio direto obrigado a indenizar o enfiteuta pelo uso do domínio útil que perdeu" (Ap. com Duplo Grau Obrig. nº 4.017-Cabo Frio, 16ª CCív, Rel. Des. MIGUEL ÂNGELO BARROS, publ. DO 12/11/1998, apud ADCOAS 8172284).

[2443] O art. 10, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.365/41, recentemente introduzido pela MP nº 2.183-56, de 24/8/2001, emprega corretamente a nomenclatura da ação, consignando a extinção em cinco anos do direito de *propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta.*

[2444] Vide STJ, REsp 875.256-GO, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 03.11.2008.

[2445] STJ (REsp nº 64.177, 1ª Turma, Rel. Min. GOMES DE BARROS, DJ de 25/9/1995). Discordamos, todavia, desse entendimento. Depois da desapropriação, extinguiu-se a relação de direito real com a transferência coativa da propriedade. Sendo assim, restou relação de caráter meramente indenizatório, razão por que melhor seria sua caracterização como ação pessoal.

[2446] STJ, REsp nº 235.773-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, julg. em 14/12/1999 (*Infomativo Jurisprudência STJ* nº 44, dez./99).

[2447] STJ, REsp nº 46.899-0-SP, 1ª Turma, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJ de 2/5/1994, p. 14.253.

[2448] No mesmo sentido, STJ, REsp nº 652.621-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 7.6.2005 (vide *Informativo STJ* nº 250, jun./2005). No caso, o representante do MP havia se manifestado sobre a prova pericial no primeiro grau e o TJ-RJ decretara a nulidade do processo pela ausência do parecer de mérito.

[2449] Note-se que o art. 82, III, considera obrigatória a intervenção do Ministério Público *"nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural"*. Como se pode observar, não se aplica o dispositivo nos casos em foco, já que a desapropriação indireta não traduz litígios coletivos, mas sim de cunho individual.

[2450] TRF 4ª Reg. (ApCív no 91.04.2643-8, 1ª Turma, Rel. Juiz Ari Pargendler, publ. 31/7/1991).

[2451] RE nº 111.988, 1ª Turma, Rel. Min. SIDNEY SANCHES (*RTJ* 129/386). Esposando idêntica posição, decidiu o TJ-RJ, Relator o Des. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: *"Fundando-se a ação em direito real sobre imóvel, é competente o foro da situação deste; e, visto tratar-se de propriedade, qualquer outro é absolutamente incompetente"* (ApCív no 46.464, 5ª CCív, *apud COAD* 49756).

[2452] O novo Código Civil estabeleceu, como regra, o prazo de quinze anos para a aquisição por usucapião (art. 1.238), mas consignou outras modalidades do instituto dotadas de prazos diversos (arts. 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240 e 1.242, parágrafo único).

[2453] Súmula no 119 do STJ (Cf. ainda TRF 4ª Reg., ApCív no 89.04.18678-1, Rel. Juiz TEORI ZAVASCKI, publ. 23/8/1990. Registre-se que há até decisão que considera imprescritível a ação do prejudicado – TRF 5ª Reg, ApCív no 6756, Rel. Juiz JOSÉ DELGADO, publ. 16/11/1990).

[2454] Eis como rezava o dispositivo: "Parágrafo único – Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise à

indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público".

[2455] ADIn nº 2.260-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em 14.2.2001 (Vide *Informativo STF* nº 217, fev./2001).

[2456] Em consequência, o STF julgou prejudicada a referida ADIn nº 2.260 pela perda superveniente do objeto (julg. em 26.05.2004, DJ de 02.06.2004, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).

[2457] Vide *RSTJ* 45/240.

[2458] *RJTJSP* 163/80.

[2459] Repetimos aqui o que dissemos a respeito dos juros moratórios na desapropriação direta. O STF, na ADInMC 2.332-DF, suspendeu a eficácia da expressão *"até seis por cento"*, contida na referida MP para definir os juros compensatórios, advogando o acertado entendimento de que teria sido violado o postulado da prévia e justa indenização. Aqui se cuida de juros moratórios, mas o fundamento também a eles se aplica. Vide "*Informativo STF"* nº 240, set./2001, já citado.

[2460] Era o entendimento do STF (RE nº 117.025, 1ª Turma, Rel. Min. CÉLIO BORJA, *RTJ* 127/750) e do STJ (Súmula 70).

[2461] Art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, acrescentado pela MP nº 2.183-56, de 24/8/2001.

[2462] Veja-se a respeito o que dissemos a respeito do tema quando comentamos a desapropriação direta.

[2463] 198 Súmula 618 do STF.

[2464] Art. 15-A, § 3º, c/c 15-A, *caput*, do Decreto-lei nº 3.365/41, acrescentados pela MP nº 2.183-56/2001.

[2465] Sobre a matéria, o STJ editou a Súmula 408. Vide nosso comentário no tópico relativo aos juros compensatórios na desapropriação direta.

[2466] Art. 15-A, § 1º e 2º, do Decreto-lei nº 3.365, com alt. MP 2.183-56, de 24/8/2001.

[2467] ADI-MC 2.332-DF.

[2468] 203 Vide Súmula nº 114.

[2469] Foi exatamente o critério adotado pelo legislador no art. 15-A, § 3º, *in fine*, inserido no Decr.-Lei 3.365/41, quando, ao tratar dos juros compensatórios na desapropriação indireta, usou os seguintes termos: *"...incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença"*.

[2470] Súmula 69 do STJ. A antiga Súmula 345 do STF, porém, estabelecia que os juros seriam contados a partir da perícia, desde que tivesse atribuído valor atual do imóvel. Não obstante, o próprio STF já alterara esse entendimento, passando a considerar como termo inicial a efetiva ocupação do bem pelo expropriante (*RTJ* 80/525 e *RDA* 118/232).

[2471] O STF, na ADInMC 2.332-DF (Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/9/2001), concedeu medida cautelar para suspender a eficácia do citado dispositivo, considerando-o inconstitucional por aparente vulneração do princípio da justa indenização, já que a norma repercute no preço do imóvel se vendido após a desapropriação indireta. Ficaram vencidos os Mins. ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE, que indeferiam a liminar pelo fato de não se poder considerar, para efeito de indenização por lucros cessantes, os juros compensatórios relativos ao período anterior à aquisição do imóvel (vide *"Informativo STF"* nº 240, set./2001).

[2472] Foi como decidiu a 1ª Turma do STJ no REsp nº 695.547-RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julg. em 12.4.2005 (*Informativo Jurisprudência STJ* nº 242, abr./2005), determinando a redução de dez para cinco por cento sobre o valor da condenação.

[2473] Art. 33, Cód. Proc. Civil.

[2474] Nesse exato sentido, a decisão do STJ no REsp 788.817-GO, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 19.06.2007 (*Informativo STJ* nº 324, jun./2007).

[2475] O instituto não tem sido analisado pelos especialistas clássicos sobre a matéria expropriatória. Permitimo-nos examiná-lo sucintamente em virtude de referências a ele feitas por recentes regras legislativas e decisões judiciais.

[2476] É o caso em que a propriedade pertencer a uma entidade política maior, como por exemplo o Estado, e o apossamento for perpetrado contra titulares da posse por entidade política menor, *v. g.*, o Município. Como este não pode desapropriar bens daquele (art. 2º, § 2º, DL nº 3.365/41), sua ação limitar-se-á ao apossamento administrativo.

[2477] STJ, REsp nº 182.369-PR, 1ª Turma, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, julg. em 6/4/2000 (*"Informativo Jurisprudência STJ"* nº 53, abril/2000).

[2478] Esses dispositivos, introduzidos pela MP 2.183-56/2001 no Decr.-Lei 3.365/41, tiveram sua eficácia suspensa pelo STF, como vimos anteriormente, em virtude de medida cautelar concedida na ADInMC 2.332-DF (Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/9/2001, *in* "*Informativo STF"* nº 240, de set./2001). Vide o que dissemos no tópico relativo a honorários e nos comentários sobre a incidência de juros na desapropriação indireta.

[2479] Da mesma forma pensa SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. cit., p. 198).

[2480] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. cit., p. 198); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Curso"* cit., p. 326).

[2481] EURICO SODRÉ, *"A Desapropriação"*, pp. 209-210); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 522); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 473); cf. também TJ-SP (AI nº 229.222, 15ª CCív, Rel. Des. MÁRCIO M. MACHADO, *apud ADCOAS* 142805).

[2482] Cf. TJ-SC (ApCív nº 51.493, 3ª CCív, Rel. Des. PAULO GALLOTTI, publ. 8/4/1996).

[2483] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 473); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 523).

[2484] Essa é a opinião de SEABRA FAGUNDES (*"Da Desapropriação"* cit., p. 397); EURICO SODRÉ (*"A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública",* p. 284); CRETELLA JR. (*"Dicionário"* cit., p. 472); HÉLIO MORAES DE SIQUEIRA (*"A Retrocessão nas Desapropriações",* p. 82).

[2485] STJ (REsp nº 62506, 1ª Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, publ. 19/6/1995); TJ-RJ (ApCív nº 38.663, 2ª CCív, Relª Des. MARIA STELLA RODRIGUES, *apud ADCOAS* 108145); STF (RE nº 81.151, 1ª Turma, Rel. Min. ANTÔNIO NEDER, em *RTJ* 80/139). Vide ainda *RT* 397/210 e 439/199; *RTJ* 104/468.

[2486] Perfilham esse entendimento: EBERT CHAMOUN (*"Da Retrocessão nas Desapropriações",* pp. 31-47); CLÓVIS BEVILÁQUA (*"Comentários ao Código Civil",* pp. 257 e seguintes); HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 529); CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., pp. 387-388); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 454).

[2487] STF (RE nº 99.571, 1ª Turma, Rel. Min. RAFAEL MAYER. Cf. RTJ 108/373); TJ-SP (ApCív nº 68471, 4ª CCív, Rel. Des. TEODOMIRO DIAS, *in RDA* 43/214); *RT* 389/350.

[2488] CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, ("Da Retrocessão nas Desapropriações – O Direito na Década de 80", p. 262.

[2489] Sobre tais críticas, v. JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *"A Questão Jurídico-Social"* cit., pp. 305 e seguintes.

[2490] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., p. 142.

[2491] Foi como entendeu o STJ no REsp 868.655-MG, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 06.03.2007 (*Informativo STJ* nº 312, mar./2007).

[2492] Observe-se que o Código Civil vigente não mais distingue o prazo de prescrição para direitos pessoais e reais, como o fazia o art. 177 do Código de 1916.

[2493] No caso, esse novo prazo, como vimos, substituiu, para pretensões indenizatórias, o prazo de 5 anos fixado no Decreto nº 20.910/32 em favor da Fazenda Pública.

[2494] Ap. e Reex. Necess. nº 64.658-0-Cascavel, 6ª CCív, unân., Rel. Des. ACCÁCIO CAMBI (julg. em 24/6/1998). Em caso semelhante, porém, ocorrido em Guarulhos, em que a desapropriação seria para construir quadra poliesportiva, o imóvel foi dado em comodato para loja maçônica e, anos após, o Município fez doação ao Estado para construir delegacia de ensino. O STJ decidiu transformar o pedido de retrocessão em perdas e danos, embora o caso fosse de real desvio de finalidade. Deveria o proprietário ser reintegrado na propriedade, como decidiu o TJ-PR (REsp nº 43.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 7/12/1999, em *Informativo Jurisprudência STJ* nº 43, dez./99).

[2495] Com esse mesmo entendimento, vide STJ, REsp 868.120-SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21.02.2008.

[2496] O STJ, sob o fundamento de que não houve favorecimento a particulares (desvio de finalidade), considerou legítima a tredestinação ocorrida em Cubatão (SP), em que o parque ecológico - objetivo

anterior – foi substituído pela implantação de pólo industrial, terminal de cargas e várias outras atividades empresariais relevantes para a ordem urbanística (REsp 772.676-SP, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 18.10.2005; *Informativo STJ* 265, out./2005). Também: STJ, REsp 968.414-SP, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 11.09.2007 (*Informativo STJ* nº 330, set./2007).

[2497] Art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

[2498] ApCív nº 6.401, 5ª CCív, Rel. Des. CAMPOS OLIVEIRA, 1995 (*apud ADCOAS* 147700). A tese do acórdão se nos afigura correta. Parece-nos, todavia, que a parte final merece reparo, pois que a desistência do expropriante pode ser demonstrada por outras formas que não sejam a alheação, a venda ou a doação a terceiros.

[2499] MARIA SYLVIA DI PIETRO, *Dir. Admin.* cit., p. 143.

[2500] Nesse sentido, decisão do STJ no REsp nº 46.336 (1ª Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, publ. 27/6/1994).

[2501] A Lei nº 8.629/93 sofreu algumas alterações pela MP 2.183-56, de 24/8/2001, que, por sua vez, fora precedida por diversas outras.

[2502] Art. 184, CF, e art. 2º, § 1º, Lei nº 8.629/93.

[2503] Art. 22, I.

[2504] Na verdade, dificilmente se pode acreditar na preservação do valor real, principalmente no prazo de vinte anos. É que os índices oficiais de atualização não traduzem efetivamente a perda do valor real dos bens, produtos e valores mobiliários, até porque são fixados em regime econômico de evidente instabilidade. Por essa razão, mesmo que caiba à lei fixar o mecanismo de preservação, terá ele apenas a presunção legal *(juris et de jure)* de que houve a manutenção do valor real. O critério, portanto, é mais de caráter jurídico do que econômico.

[2505] Vide art. 5º, § 3º, I a IV, da Lei nº 8.629/93. Os prazos de resgate são: do 2º ao 5º ano; do 2º ao 10º ano; do 2º ao 15º ano; e do 2º ao 20º ano, sendo beneficiados pelos prazos menores os proprietários de módulos desapropriados menores.

[2506] Art. 184, § 1º, CF, e art. 5º, § 1º, Lei nº 8.629/93.

[2507] Art. 5º e inc. VI, da L.C. 76/93, com redação da L.C. 88/96.

[2508] Art. 6º.

[2509] Art. 4º, II e III.

[2510] Art. 6º, § 6º, da Lei Complementar nº 76/93. Note-se, porém, que essa *sumariedade* só foi introduzida posteriormente, com a Lei Complementar nº 88, de 23/12/1996.

[2511] V. art. 84, IV, da CF.

[2512] MS nº 23.323-PR, 2ª Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julg. em 15/11/1999 (*"Informativo STF"* nº 175, dez./99).

[2513] Art. 2º, § 2º, Lei nº 8.629.

[2514] MS nº 22.613, Pleno, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, maioria, em 8/6/1999 (*RDA* 216/276, ano 1999).

[2515] Medida Provisória nº 2.183-56, de 24/8/2001.

[2516] STF, MS 24.484-DF, Rel. Min. EROS GRAU, em 9.2.2006 (*Informativo STF* nº 415, fev./2006).

[2517] São os termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.629/93, com a alteração sofrida.

[2518] Atualmente é o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária a pessoa jurídica da administração indireta federal, criada sob a forma de autarquia, que, por autorização legal, recebeu competência para a execução desse programa social. Tem, portanto, legitimidade para a causa e a obrigação de pagamento da indenização.

[2519] Art. 5º, IV, "a" a "c", da LC nº 76/93.

[2520] Essas duas últimas exigências, que constituem os incisos V e VI do art. 5º da LC nº 76/93, foram introduzidos pela Lei Complementar nº 88, de 23/12/1996.

[2521] Art. 6º, §§ 1º a 6º, da LC nº 76, com alteração parcial da LC nº 88/96.

[2522] Art. 12, LC nº 76/93.

[2523] Art. 18, § 2º, LC nº 76.

[2524] Resp 421.318-PR, 1ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, julg. em 17/6/2003 (vide Informativo "*Jurisprudência STJ"* nº 177, jun./2003).
[2525] REsp 780.935-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 12.04.2007.
[2526] STJ, REsp 819.426-GO, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 07.08.2007. Também: STJ, Súmula 354.
[2527] STF, MS 25.022-DF-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 16.12.2005; MS 25.186, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 2.3.2007.
[2528] Art. 12, § 3º, da L.C. 76/93.
[2529] Art. 14, L.C. 76/93.
[2530] RE 247866-CE, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 24.11.2000.
[2531] Resolução nº 19, de 25.10.2007, do Senado Federal.
[2532] Art. 13, § 1º, LC nº 76.
[2533] Nesse sentido: STJ, REsp 885.991-DF, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 23.04.2008.
[2534] Art. 27, §§ 1º, 3º, inc. I, e 4º, do Dec.-lei nº 3.365/41, com as alterações introduzidas pela MP nº 2.183-56, de 24/8/2001. Registre-se, todavia, que o STF suspendeu parcialmente a eficácia do § 1º, entendendo irrazoável a fixação de valor-limite de honorários (ADInMC nº 2.332-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julg. em 5/9/2001; vide *"Informativo STF"* nº 240, de set./2001). Veja-se também o que comentamos sobre o tema no Tópico XIII, no item relativo aos honorários advocatícios.
[2535] Art. 21, LC nº 76.
[2536] RE nº 247.866-CE, Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 9/8/2000 (vide *Informativo STF* nº 197, ago./2000).
[2537] A Constituição prevê ainda que "todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias" (art. 243, parágrafo único). A Lei nº 8.257/91 reproduziu esse dispositivo (art. 1º, parágrafo único).
[2538] Art. 22, II, CF.
[2539] Art. 2º, Decreto-lei nº 3.365/41.
[2540] É o caso da imissão liminar na posse (art. 10) e da incorporação do bem ao patrimônio da União (art. 15).
[2541] Também com esse entendimento, o STF no RE 543.974-MG (Rel. Min. EROS GRAU, em 26.03.2009), no qual reformou acórdão do TRF-1ª Região, que, equivocadamente, decidira pela desapropriação parcial com fundamentos insustentáveis, todos rebatidos pelo julgado do STF.
[2542] Arts. 8º e 9º da Lei nº 8.257/91. A lei refere-se à audiência no prazo de quinze dias *a contar da data da contestação*. Essa data, na verdade, não tem qualquer relevância processual, e isso porque nada prova. Em nosso entender, deve interpretar-se o dispositivo, até mesmo para assegurar o direito de defesa ao réu, no sentido de que o início do prazo há de ocorrer na data da *protocolização formal da contestação no órgão jurisdicional competente*. Essa sim, tem relevância jurídica, pois que indica o momento formal em que o réu exerceu o contraditório.
[2543] O art. 14 da Lei nº 8.257/91 limita-se a dizer que da sentença caberá *recurso na forma da lei processual*. Ora, se a sentença é extintiva do processo, o único recurso cabível é mesmo o de *apelação*. Mais coerente, segundo nos parece, seria que o legislador, a símile das demais leis expropriatórias, fizesse expressa referência ao referido recurso.
[2544] Art. 17.
[2545] Veja-se a respeito os nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Lumen Juris, 3a ed., 2009, pp. 99-119; CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, *Estatuto da Cidade Comentado*, RT, 2002, pp. 45-48; FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Estatuto da Cidade*, vários autores, coord. por Odete Medauar e pelo autor citado, RT, 2002, pp. 68-82.
[2546] Nossos *Comentários* cit., p. 103.
[2547] STJ, RMS 18.703, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 28.11.2006 (*Informativo STJ* nº 306,

dez./2006).

[2548] Art. 8º, § 1º, Estatuto da Cidade.

[2549] FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Estatuto* cit., p. 73, e CLÓVIS BEZNOS, *Estatuto da Cidade*, vários autores, coord. por Adilson Dallari e Sérgio Ferraz, Malheiros, 2003, p. 133.

[2550] Para reforçar o argumento, lembre-se que na desapropriação confiscatória (art. 243, CF) sequer se previu obrigação de indenizar o proprietário. A interpretação do dispositivo-regra (art. 5º, XXIV) deve conjugar-se com a dos dispositivos-exceção (arts. 182, § 4º, III, 184 e 243), exatamente para que nestes seja espelhado o real intuito do constituinte.

[2551] Vide nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 3a ed., 2009, pp. 108-112.

[2552] É o que determina o art. 8º, § 6º, do Estatuto da Cidade.

[2553] Vide nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 3a ed., 2009, pp. 105-107.

[2554] DALMO DE ABREU DALLARI, "Elementos de Teoria Geral do Estado", p. 242.

[2555] CELSO RIBEIRO BASTOS, *"Curso"* cit., p. 238.

[2556] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. cit., p. 258).

[2557] Para desenvolvimento da matéria, vide o excelente trabalho "Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a Pós-Modernidade na teoria jurídica)", de NORBERT REICH, com tradução de FERNANDO AGUILLAR (*RDP* 94/265, 1990).

[2558] CHARLES DEBBASCH, "Institutions" cit., p. 481. Diz o autor: "L'histoire révèle um accroissement progressif de l'intervention de l'État que s'est marqué par l'élargissement des buts d'intervention et de développement des techniques d'intervention".

[2559] "Curso de Direito Constitucional", p. 299.

[2560] CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., p. 239.

[2561] Percuciente análise do sistema implantado na vigente Constituição na parte em foco é feita por FÁBIO KONDER COMPARATO, em seu trabalho *"Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988"* (*RDP* 93, pp. 263-276, 1990).

[2562] CELSO RIBEIRO BASTOS E IVES GANDRA MARTINS (*"Comentários à Constituição do Brasil",* vol. VII, p. 16).

[2563] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 546).

[2564] RE nº 422941-DF, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 21.5.2005 (vide *Informativo STF* nº 390, jun/2005). Na hipótese, tratava-se de ação proposta por destilaria em face da União, que, intervindo no domínio econômico, fixara preços no setor sucro-alcooleiro em valor menor que o apurado pelo Instituto Nacional do Açúcar e do Álcool.

[2565] JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"Curso"* cit., p. 663.

[2566] Ob. cit., p. 676.

[2567] A respeito do tema, vale a pena consultar a preciosa obra de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *"Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico".*

[2568] ROBERTO DROMI (ob. cit., pp. 516-517).

[2569] Vide a respeito MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *"Direito Administrativo da Economia"*, Lumen Juris, RJ, 2003, pp. 39-53.

[2570] É mister registrar, contudo, que o art. 22, parágrafo único, da CF, prevê que lei complementar autorize os Estados a legislar sobre questões específicas relacionadas às matérias hoje reservadas à União. Trata-se, pois, de competência delegável, muito embora tal delegação seja adotada de modo bastante parcimonioso.

[2571] Sobre o tema, vide Caps. VII e IX.

[2572] Vide o trabalho já citado de FÁBIO KONDER COMPARATO (*RDP* 93, pp. 265-267).

[2573] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (ob. cit., p. 425).

[2574] A respeito do tema, vale a pena a leitura do precioso parecer intitulado *"Empresa Estatal e Abuso de Poder Econômico"*, da autoria de SAULO RAMOS, quando nas funções de Consultor-Geral da República (vide *RDP* 93/95, 1990).

[2575] CELSO R. BASTOS E IVES GANDRA MARTINS (*"Comentários"* cit., vol. VII, pp. 99-101).

[2576] Exemplo significativo é o que emana da Súmula nº 646, do STF: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área". A restrição imposta por Município não teria, no caso, nenhum fundamento de interesse público que lhe desse suporte; daí a inconstitucionalidade da restrição e a posição da alta Corte.
[2577] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 548).
[2578] MARCOS JURUENA VILLA SOUTO, *"Direito Administrativo da Economia"* cit., pp. 268-269.
[2579] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 550).
[2580] De início, pela Lei Delegada nº 5/62, coube à SUNAB, autarquia federal, essa atribuição, mas a Lei nº 9.618, de 02.04.98, previu a revogação daquela lei e autorizou a extinção da entidade.
[2581] EDIMUR FERREIRA DE FARIA, *Curso de Dir. Admin Posit.* cit., p. 615.
[2582] A correta advertência é de DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administr.* cit., 2006, p. 753.
[2583] JOSÉ PASCHOAL ROSSETTI, *"Introdução à Economia",* p. 227.
[2584] Alguns costumam apontar também os denominados *preços semiprivados*, resultantes de certa ingerência do Poder Público no mercado. Tais preços, todavia, acabam sendo mais de natureza privada, porque é a força do mercado que serve diretamente para sua formação.
[2585] A respeito do tema, vale a pena a leitura do trabalho de MIGUEL REALE, *"Controle Ministerial de Preços"* (RDP 89/235 – 1989).
[2586] O referido diploma sofreu algumas alterações pela Lei Complementar nº 128, de 19.12.2008. O Decreto nº 6.204, de 05.09.2007, regulamentou o referido Estatuto no âmbito da administração pública federal.
[2587] Art. 1º, I a III.
[2588] Art. 2º, I a III, com redação da L.C. 128/2008.
[2589] Art. 85-A e § 1º, da L.C. 123/2006, introduzidos pela L.C. 128/2008.
[2590] "Art. 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Para os efeitos do Estatuto em foco, o pequeno empresário será aquele que auferir receita bruta anual de até R$ 36.000,00 (art. 68, L.C. 123/2006).
[2591] A microempresa terá como limite anual a receita bruta de R$ 240.000,00, ao passo que a empresa de pequeno porte será aquela que auferir receita superior a R$ 240.000,00 e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (art. 3º, I e II), faixas essas que já vigoravam anteriormente.
[2592] Arts. 50 a 55.
[2593] Art. 56 e parágrafos, L.C. 123/2006, com redação da L.C. 128/2008.
[2594] ELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA MARTINS, *Comentários* cit., vol. VII, p. 72. O exemplo mais marcante que prova a verdade das palavras dos autores é o de empresas de transporte coletivo vinculadas ao Estado. Enquanto as empresas da iniciativa privada auferem lucros e melhoram a prestação do serviço, as empresas estatais geralmente o fazem com evidente ineficiência, quando não precisam ser extintas. No Rio de Janeiro, a CTC – Cia. de Transportes Coletivos simplesmente se tornou insolvente e foi paralisada. Enquanto isso, as empresas privadas aumentam suas frotas, suas linhas e...seus lucros.
[2595] Vide Cap. VII, no tópico referente à classificação dos serviços públicos, no qual apontamos as discussões no STF sobre *o serviço postal* e seus vários vetores.
[2596] Vide Capítulo IX.
[2597] "Droit Administratif" cit., pp. 751-752.
[2598] O STF, aliás, já deixou expresso que "as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias – CF, art. 173, § 1o" (ADIN no 1.552-4, Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, publ. DJ de 17/4/1998, apud ADCOAS 8172977).
[2599] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público" (RDP 97, p. 32, 1991).
[2600] Vide a respeito CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Curso Prático de Direito Administrativo* cit., pp.

147/148.

[2601] RAFAEL BIELSA, "Derecho Administrativo", tomo I, p. 505. Diz o autor, a propósito das sociedades de economia mista: "La Administración pública no puede ni debe ser un simple accionista. Esa actitud exclusivamente particular, implica desertar de su misión jurídicosocial, en lo que respecta a la prestación de servicios públicos".

[2602] JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"Curso"* cit., p. 673.

[2603] JOSÉ PASCHOAL ROSSETTI, *"Introdução"* cit., p. 293.

[2604] De rara felicidade é a lição de BIELSA a respeito dos monopólios estatais: *"El Estado tiene una economía propia y los habitantes otra, no por antagonismo político, sino por la* distinta índole de sus fines y medios" (ob. e vol. cit., p. 491, grifo do autor).

[2605] Com o mesmo pensamento, EROS ROBERTO GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, 10ª ed., 2005, pp. 283/4.

[2606] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 547).

[2607] A respeito da impropriedade e inadequação do termo *"permissão"* empregado nas referidas novas alíneas, vide o que dissemos no Cap. IV, no tópico atinente ao ato administrativo de permissão.

[2608] MACHADO PAUPÉRIO, *"Teoria Geral do Estado",* p. 242.

[2609] MANUEL MARIA DIEZ, "Manual de Derecho Administrativo", p. 36.

[2610] RUY CIRNE LIMA, "Princípios de Direito Administrativo", p. 21.

[2611] SEABRA FAGUNDES, *"O Controle"* cit., pp. 4-5.

[2612] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 417).

[2613] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 546).

[2614] Art. 6o, I a V.

[2615] Art. 13.

[2616] DIEZ (ob. e vol. cit., p. 38).

[2617] Esse tipo de controle prescinde de lei expressa, porque a Constituição, no art. 74, dispõe que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem manter, integradamente, sistema de controle interno.

[2618] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 570).

[2619] O art. 103-A, § 3º, da CF, introduzido pela E.C. 45/2004 (Reforma do Judiciário), prevê a anulação de ato administrativo que ofenda súmula vinculante, ou lhe dê aplicação indevida. Trata-se, pois, de outro mecanismo de controle de legalidade.

[2620] LUCIA VALLE FIGUEIREDO faz referência aos dois primeiros (ob. cit., p. 232).

[2621] No mesmo sentido, e de forma expressa, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 572).

[2622] Sobre a anulação e a revogação, já nos manifestamos por ocasião do estudo dos atos administrativos (Capítulo IV).

[2623] Sobre o tema, v. nosso trabalho Políticas Públicas e Pretensões Judiciais Determinativas, na obra colet. Políticas Públicas. Possibilidades e Limites, Fórum, 2008, pp. 107/125.

[2624] A hipótese, inclusive, está expressa no art. 67 da Lei no 8.666/93 – o Estatuto dos Contratos e Licitações.

[2625] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 418).

[2626] Do mesmo pensamento é DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 548).

[2627] O controle administrativo emana do próprio sistema normativo e guarda sintonia com a natureza da atividade administrativa. Tem sido considerado tão relevante que algumas Constituições Estaduais dedicam capítulo específico ao tema. É o caso da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata do controle administrativo em disposições especiais – os arts. 79 a 81 (situados na Seção II, do Capítulo IV, do Título III, este pertinente à organização estadual).

[2628] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 574).

[2629] Reafirmamos aqui o que já deixamos consignado quanto ao direito de postular junto aos órgãos públicos. Alguns servidores menos esclarecidos costumam negar-se a receber petições de administrados. Tal atuação é ilegítima. O recebimento dos pedidos é obrigatório, ainda que eventualmente contenha algum absurdo. Cabe à Administração, no máximo, indeferir o pedido, se for o caso. Mesmo que o faça,

porém, o interessado terá exercido seu direito de petição.

[2630] *"Comentários"* cit., vol. I, p. 138.

[2631] PINTO FERREIRA, ob. e vol. cit., p. 139.

[2632] Sobre a matéria, consulte-se FABRÍCIO MOTTA, *Função Normativa* cit., pp. 247-256.

[2633] Esse aspecto é bem salientado por MARCELO CAETANO (*"Manual"* cit., tomo II, p. 1.240).

[2634] Deixamos realçado esse fato para mostrar que no Poder Judiciário também existe a via administrativa e as autoridades que decidem sobre os recursos exercem função administrativa, mesmo que seu cargo seja da Magistratura, como é o caso do Corregedor ou do próprio Presidente do Tribunal. Se o resultado for desfavorável ao recorrente, poderá ele valer-se da ação judicial, e nesse caso o Judiciário vai figurar como órgão titular de função jurisdicional.

[2635] GUIDO E POTENZA enfocam esse aspecto, demonstrando que o administrador se interessa em examinar "alcuni strumenti giuridici idonei a ricondure sul sentiero della legalità e del buon uso del potere discrezionale gli atti che se ne siano allontanati" ("Manuale de Diritto Amministrativo", p. 637).

[2636] Sobre o assunto, vide os comentários feitos adiante no tópico 7, dentro do item relativo ao processo administrativo federal.

[2637] DROMI (ob. cit., p. 797).

[2638] Apenas para exemplificar, o Estatuto de Licitações (Lei no 8.666/93), o Estatuto da OAB (Lei no 8.906/94), o Estatuto da Propriedade Industrial (Lei no 9.279/96) contêm normas sobre recursos. Do mesmo modo, outras leis e atos administrativos de ramos diversos.

[2639] Assim decidiu, acertadamente a nosso ver, o STJ, no MS 7.897-DF, 3ª Seção, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 12.11.2007.

[2640] Para exemplificar, suponha-se um ato administrativo que foi publicado na imprensa oficial, excluindo certa vantagem funcional e que nenhum processo tenha sido instaurado ainda. Desse modo, se o interessado se insurgir contra o referido ato, interporá contra ele recurso administrativo. Ao protocolizar sua petição, esta certamente receberá um número e estará dando início ao processo administrativo, normalmente identificado por esse mesmo número.

[2641] No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 580).

[2642] Observe-se que na via judicial o sistema só admite recursos incidentais, ou seja, aqueles que já pressupõem processo em curso. Nenhum recurso no referido sistema pode deflagrar o processo judicial.

[2643] Nesse sentido também se posiciona MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 420). A autora critica opinião de HELY LOPES MEIRELLES na qual o consagrado jurista entendia que a Administração estaria dispensada de instaurar procedimento interno. Realmente esse autor tinha esse entendimento (ob. cit., edição de 1989); contudo, mais recentemente, na 18a edição, de 1993, da mesma obra, o autor suprimiu o texto que expressava sua anterior posição (ob. cit., p. 578).

[2644] Entendendo também ser caso de decadência: RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., p. 482.

[2645] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 578).

[2646] O Estatuto dos Contratos e Licitações (Lei no 8.666/93) contempla o recurso: art. 109, III. O art. 106 da Lei no 8.112/90 (Estatuto dos Servidores da União) também o prevê.

[2647] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 550) e HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 579).

[2648] O tema, inclusive, está sedimentado pela Súmula no 430 do STF, segundo a qual o pedido de reconsideração não interrompe o prazo para o mandado de segurança. Quer dizer: se o interessado interpõe esse recurso e a autoridade não o aprecia no prazo de 120 dias, prazo legal para a impetração do mandado de segurança, a consequência será a decadência do direito ao uso desse remédio especial.

[2649] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 423).

[2650] *Contra*: STF, RE 233.582, Rel. Min. JOAQUIM B*ARBOSA,* em 16.08.2007 (*Informativo STF* nº 476, ago/2007). Votaram, porém, pela inconstitucionalidade do dispositivo – a nosso ver, com absoluto acerto – os Min. MARCO AURÉLIO e CARLOS BRITTO. Também: RE 234.277, DJ 11.09.2007.

[2651] Nesse sentido, decisão do TRF da 4ª Região (Rem. ex officio no 92.04.33125-9, 2ª Turma, Rel. Juiz TEORI ZAVASCKI, publ. 11/1/1995). O STF adotou a mesma posição em recentes decisões (ADIN

no 1.049, sessão de 18/5/1995; RE no 210.246, 12/11/1997, *apud Informativo STF* no 104, de 2/4/1998). Em outra ocasião, decidiu o Pretório Excelso: *"O art. 636, § 1º, da CLT, que exige o depósito prévio da multa como requisito para o recebimento de recurso administrativo, foi recepcionado pela CF de 1988, inocorrendo a violação ao art. 5º, LV, da Carta"* (RE nº 226.229-9-GO, 1ª Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, publ. DJ de 5/2/1999).

[2652] É o que proclama decisão do mesmo TRF (AMS no 95.04.4684-3, 4ª Turma, Rel. Juíza SILVIA GORAIEB, *apud COAD* 75475). Também: STJ, REsp 943.116-SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 19.06.2007 (*Informativo STJ* nº 324, jun./2007).

[2653] O que é ilícito, isto sim, é que um decreto regulamentador institua essa condição, sem que a lei regulamentada a preveja. Só a lei pode criar direitos e obrigações, não os decretos, que são meros atos administrativos. Cf. decisão do TRF 1ª Região no mesmo sentido (AMS nº 92.01.19152-9 – 3ª Turma, Rel. Juiz FERNANDO GONÇALVES, publ. 11/9/1994).

[2654] Súmula 64, TJ/RJ.

[2655] Com essas exatas linhas, decidiu o STJ o RMS 14.893-RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, julg. em 12/11/2002 (Informativo *"Jurisprudência do STJ"* nº 154, nov./02).

[2656] RREE 388.359-PE, 389.383-SP e 390.513-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, e 389.933-RJ e 408.914-RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 28.03.2007 (*Informativos STF* nºs 461, mar./2007, e 462, abr./2007). Também: ADI 1976-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 05.06.2007.

[2657] Foi como votou o eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, que, a nosso ver, julgou em perfeita sintonia com o ordenamento vigente.

[2658] Súmula 373, de 2009.

[2659]Súmula Vinculante nº 21 (2009).

[2660] Do mesmo entendimento: DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 553) e HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 576). A 6a Turma do STJ, porém, no RMS nº 3.252-3, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, decidiu, por maioria, ser aplicável o princípio da *reformatio in pejus* no âmbito do poder disciplinar do Estado (LEX 70, pp. 35 e seguintes).

[2661] Vide arts. 64, parágrafo único, e 65 e parágrafo único, da Lei nº 9.784/99.

[2662] O dispositivo foi regulado pela Lei nº 9.615, de 24/3/98, que revogou a antiga Lei nº 8.672, de 6.7.93.

[2663] "Manual de Direito Processual Civil", vol. III, p. 231.

[2664] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 582); MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 424); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 555).

[2665] Reescrevemos o tópico a partir da 21ª edição, em função de novas reflexões sobre o tema.

[2666] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Admin. Brasileiro* cit., 29ª ed., 2004, p. 656.

[2667] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., 20ª ed., 2007, pp. 682/683, e DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., 11ª ed., 2006, pp. 896/898.

[2668] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., 2004, p. 657.

[2669] Direitos potestativos são "aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas" (AGNELO AMORIM FILHO, em "Critério Científico..." cit, RT 744, ano 86, p.728).

[2670] É a clássica lição de CÂMARA LEAL (*Prescrição e Decadência*, Forense, 2ª ed., 1959) *apud* AGNELO AMORIM FILHO, em "*Critério Científico..."* cit, p.727).

[2671] Referida tripartição é adotada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 2008, pp. 1024/1025, e DIÓGENES GASPARINI, *Dir.Admin.* cit., 2006, pp. 896/898.

[2672] No mesmo sentido: RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., p. 482. *Contra*, entendendo ser caso de prescrição: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 2008, p. 1027.

[2673] Contra, entendendo serem hipóteses de decadência: RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, Curso cit., pp. 536/539; CRISTIANA FORTINI, "Os conceitos de prescrição, preclusão e decadência na esfera administrativa – A influência do Novo Código Civil e da Lei Federal de Processo Administrativo", Revista Bras. Direito Público, BH, nº 15, 2006, p. 206.

[2674] Da mesma forma, entendendo ser caso de prescrição: DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Admin.* cit., 2006, p. 954.
[2675] No mesmo sentido: RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso* cit., p. 548
[2676] RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, RT, 1978, pp. 122/3.
[2677] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 2008, p. 475.
[2678] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo*, 2007, p. 684.
[2679] Com a mesma opinião, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que, no entanto, refere-se a caso de *imprescritibilidade* (*Curso*, 2008, p. 178). Como se trata da permanência do direito de desconstituir o ato, entendemos que não seria caso de exclusão da prescrição, e sim da decadência.
[2680] Não custa lembrar, aliás, que a Constituição faz alusão ao *processo legislativo* para mostrar a ordenação que se deve observar para que alcance seu escopo (art. 59).
[2681] A respeito vide o nosso *Processo Administrativo Federal* cit., 4ª ed., 2009, pp. 4-7
[2682] "Comentários ao CPC", vol. III, p. 9.
[2683] MARCELO CAETANO, *"Manual"* cit., tomo II, p. 1.263.
[2684] A aguda observação é de ADILSON ABREU DALLARI, no trabalho "*Processo Administrativo e Segurança Jurídica"*, em *Segurança Jurídica*, ob.colet., Elsevier, 2010, p. 14.
[2685] É oportuno esclarecer que a classificação dos processos em não litigiosos e litigiosos não corresponde à sua classificação em *graciosos* e *contenciosos*, desenvolvida por MARCELO CAETANO (ob. vol. e loc. cit.) e apontada por MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., pp. 345-346). Essa classificação leva em conta os sistemas da unidade e da dualidade de jurisdição, tema que será desenvolvido adiante. Como no Brasil não há o sistema da dualidade de jurisdição, não fizemos referência à aludida classificação.
[2686] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 592).
[2687] NAGIB SLAIBI FILHO, *"Anotações* cit., p. 213.
[2688] MARCELO HARGER, Princípios Constitucionais do Processo Administrativo, Forense, 2001, p. 173.
[2689] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 347).
[2690] Ob. cit., p. 575.
[2691] Art. 29.
[2692] STJ, REsp 1.171.857, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 25.05.2010. No caso, reafirmou-se o caráter inquisitorial do inquérito civil e a dispensa do contraditório.
[2693] DIÓGENES GASPARINI, *Direito Admin.* cit., 11ª ed., 2006, p. 934, e HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Admin. Brasileiro* cit., 29ª ed., 2004, p. 663.
[2694] STJ, MS 10.837-DF, 3ª Seção, maioria, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 28.06.2006 (*Informativo STJ* nº 290, jun./2006). Vide também: Súmula nº 343, STJ.
[2695]Súmula Vinculante nº 5 (vide texto ao final do Capítulo).
[2696] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 588).
[2697] Em abono: STJ, MS 8.290-DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 30.06.2008.
[2698] Reproduzimos aqui uma das conclusões da preciosa monografia de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *"O Direito à Defesa na Constituição de 1988",* p. 85.
[2699] A correta advertência é de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 347).
[2700] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. e loc. cit.).
[2701] -O STF já decidiu, para indicar que o rigor na via administrativa não se equipara ao formalismo na via judicial, que, "tratando-se de procedimento administrativo disciplinar, o julgamento fora do prazo legal não importa nulidade (Lei no 8.112/90, art. 169, § 1o)" (RMS 22.450-DF, 2a Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 24/8/1999, in Informativo STF nº 159, DO de 1/9/1999).
[2702] Ob. cit., p. 576.
[2703] Ob. cit., p. 587.
[2704] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 588).
[2705] É a aplicação do princípio *onus probandi incumbit ei qui dicit* (art. 333, CPC).
[2706] O mesmo pensamento é adotado por MARCELO HARGER, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo* cit., p. 174.

[2707] Vide nosso *Processo Administrativo Federal*, Lúmen Júris, 4ª ed., 2009, p. 374.

[2708] À guisa de exemplo, veja-se STJ, MS 12.895, Rel. Min. OG FERNANDES, em 11.11.2009 (*Informativo* 415, nov/2009).

[2709] Art. 2º A lei não fez menção aos princípios da publicidade e da impessoalidade, mencionados no art. 37 da CF. É bem verdade que se confundem os princípios da impessoalidade e da finalidade, já que em ambos se pretende indicar que o fim último da atividade administrativa é o interesse público. Mas a publicidade deveria ter sido referida no elenco dos princípios; a referência a ela foi feita apenas indiretamente na relação dos critérios a serem adotados pelo administrador, entre eles o da *divulgação oficial dos atos* (art. 2º).

[2710] Art. 69-A, com redação da Lei nº 12.008, de 29.07.2009.

[2711] Nosso Processo Administrativo Federal cit., p. 375.

[2712] Arts. 3º e 4º.

[2713] Vide nosso Processo Administrativo Federal cit., p. 204.

[2714] São as acertadas observações de ANTÔNIO CABRAL, em *"Os Efeitos Processuais da Audiência Pública"*, publ. na RDE nº 2, 2006, pp. 199/213.

[2715] A observação é de IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Processo Administrativo* (em coautoria com THIAGO MARRARA), Atlas, 2009, p. 313.

[2716] Não obstante, indispensável, em qualquer hipótese, será o *motivo* do ato, o que é diverso de motivação, como já tivemos a oportunidade de examinar no Capítulo IV, referente aos Atos Administrativos.

[2717] Nosso "Processo Administrativo Federal" cit., p. 252.

[2718] Ob. cit., p. 227.

[2719] SÉRGIO FERRAZ entende que a decisão de validade do ato administrativo proferida em processo administrativo não pode ser revista *ex officio*, impondo-se novo processo administrativo (*"Processo administrativo: prazos; preclusões",* publ. na *RTDP* vol. nº 26, pp. 45-59, 1999). Com a vênia devida ao grande publicista, permitimo-nos discordar dessa exigência, porque: 1º) a lei não impõe esse formalismo: 2º) se o ato tem vício de legalidade, basta à Administração a constatação do vício para a revisão de ofício, admitindo-se apenas, quando a revisão afetar direito do interessado, lhe seja assegurado o contraditório.

[2720] Art. 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.784/99.

[2721] Art. 65. Observe-se que no processo de revisão não poderá haver a *reformatio in pejus*, ou seja, o agravamento da situação do recorrente (art. 65, parágrafo único).

[2722] O Estatuto Federal dos Servidores, no art. 148, registra sentido idêntico, estabelecendo que "é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido".

[2723] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Brasileiro* cit., p. 594.

[2724] DIÓGENES GASPARINI, *Dir. Administrativo* cit., p. 589.

[2725] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO refere-se à *sindicância* como meio de aplicação de penalidade (*Curso de Dir. Admin.* cit., 20ª ed., 2006, p. 299). A despeito da denominação, contudo, esse tipo de sindicância retrata *processo administrativo disciplinar*, com a garantia da ampla defesa e contraditório.

[2726] "Dicionário" cit., p. 494.

[2727] STF (MS 23.261-RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 18/2/2002; vide *"Informativo STF"* nº 257, fev./2002). Nesse *writ*, o Tribunal rejeitou a pretensão do impetrante, que pleiteava a anulação de sua punição por falta do contraditório na sindicância, muito embora o princípio tivesse sido observado no processo disciplinar.

[2728] Com essa visão, o TJ-AC já averbou acertadamente, com lastro em lição de IVAN BARBOSA RIGOLIN, que "a sindicância é procedimento meramente administrativo, daí por que o seu presidente não pode, à falta de previsão legal, exigir o comparecimento coercitivo de quem nela deva depor" (Rec. Sent. Est. nº 98.000747-0-Capital, Câm. Criminal, unânime, Rel. Des. ARQUILAU DE CASTRO MELO, julg. em 23/10/1998, apud ADCOAS 8172478).

[2729] STJ, MS 8.030-DF, 3ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 13.06.2007 (*Informativo STJ* nº 323,

jun./2007).

[2730] Foi também a observação de SPIRIDON NICOFOTIS ANYFANTIS, *Servidor Público – Questões Polêmicas* (obra coletiva), Ed. Fórum, 2006, p. 321.

[2731] Com esse sentido, decisão do STJ (RMS nº 281, 1a Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, 1993, *in RDA* 193/138).

[2732] Foi o que decidiu, fundado no cerceamento de defesa, o TJ-DF (ApCív nº 34.570, 5a Turma, Rel. Des. ROMÃO DE OLIVEIRA, publ. DJ 21/6/1995).

[2733] CALDAS AULETE, vol. III, p. 2.747. Aliás no verbete o dicionário insere a *sindicância* como sinônimo.

[2734] Nesse aspecto, a sindicância, como inquérito administrativo, guarda semelhança com o inquérito policial e com o inquérito civil, ambos também inquisitos e preparatórios, respectivamente, da ação penal e da ação civil pública.

[2735] O sentido ora enfocado já havia sido bem captado por CRETELLA JR., que, mostrando a diversidade de significados, acentuava: *"Para outros, a expressão* inquérito administrativo *é apenas uma das fases do processo administrativo, sendo sinônimo de* instrução*" ("Dicionário"* cit., p. 304).

[2736] STJ. RMS nº 10.472-ES, 5a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, julg., em 17/8/2000 (vide *Informativo Jurisprudência STJ* nº 66, ago./2000).

[2737] RMS nº 8.280, 1a Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, julg. em 1/4/1992 (*BDA,* set./92, p. 540).

[2738] A respeito, veja-se SPIRIDON NICOFOTIS ANYFANTIS, *Servidor Público* cit., pp. 312-314.

[2739] Sobre esse importante tipo de controle, consulte-se *"O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar",* de JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ (Ed. Mallheiros, SP, 1996).

[2740] É a opinião de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 362, que, inclusive, cita o art. 41, do C.P.Penal.

[2741] Vide STJ, RMS 26.206-MG, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 15.05.2008 (*Informativo STJ* 355, mai/2008).

[2742] STJ, MS 8.290-DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 30.06.2008.

[2743] Também: STJ, MS 12.895-DF, Rel. Min. OG FERNANDES, em 11.11.2009 (*Informativo* nº 415, nov/2009).

[2744] Também: STJ MS 14.405-DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, em 26.05.2010.

[2745] STF, QO-Inq. 2.424-RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 24.08.2007.

[2746] É a correta observação de CRISTIANA FORTINI, MARIA FERNANDA P. DE CARVALHO PEREIRA e TATIANA MARTINS DA COSTA CAMARÃO, em *Processo Administrativo. Comentários à Lei nº 9.784/1999,* Ed. Fórum, 2008, p. 136.

[2747] Como bem consigna, e com razão, MARIA SYLVIA DI PIETRO, o direito de defesa já se iniciara com a citação do servidor para conhecer os termos da portaria e para acompanhar a produção da prova. Essa fase denominada de *defesa* indica apenas que agora o servidor vai poder oferecer razões escritas e produzir sua própria prova. (ob. cit., p. 352).

[2748] Em abono de nossa opinião: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 608, e DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., 11ª ed., 2006, p. 934.

[2749] É como dispõe o art. 164, § 2º, da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Federais).

[2750] ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno* cit., 8ª ed., p. 365.

[2751] Súmula nº 343, STJ: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

[2752]Súmula Vinculante nº 5 (texto ao final do Capítulo). Vide também RE 434.059-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 07.05.2008.

[2753]*Contra,* entendendo violado o princípio do devido processo legal, vide MARCO ANTÔNIO PRAXEDES DE MORAES FILHO, em "*Súmula Vinculante nº 5 do STF e o Sistema Processual Administrativo"*, na obra colet. *Processo Administrativo. Temas Polêmicos da Lei nº 9.784/99*, Atlas, 2011, pp. 181/2.

[2754] -MS 8.184-DF, 3a Seção, Rel. Min. PAULO MEDINA, julg. em 10/3/2004 (Informativo *Jurisprudência STJ* no 201, março/2004).

[2755] RMS 25.736-DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 11.03.2008 (*Informativo STF* nº 498, mar/2008).

[2756] Apenas como exemplo, o STF considerou legítima a aplicação da pena de suspensão por 90 dias pela autoridade decisória, quando a proposta pela comissão fora a de advertência, tudo considerando a prova dos autos (RMS 24.561, 1a Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 21/10/03; vide "*Informativo STF"* no 326, out./2003).

[2757] Com acerto, decidiu o STJ nesse sentido (MS 12.735, Min. OG FERNANDES, em 09.06.2010).

[2758] Foi como corretamente decidiu o STJ no MS 10.826-DF, 3ª Seção, Rel. Min. NILSON NAVES, em 25.04.2007 (*Informativo STJ* nº 318, abr./2007).

[2759] MS no 6.663-DF, 3ª Seção, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, julg. em 13/9/2000 (vide *Informativo Jurisprudência do STJ*, no 70, set./2000).

[2760] Essas são também as linhas consignadas por HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 595).

[2761] Vide a respeito JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ, *"O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar"*, Ed. Malheiros, 1996, pp. 375-382.

[2762] Sobre o tema, consulte-se FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA, *Sanções Disciplinares. O Alcance do Controle Jurisdicional*, Ed. Fórum, 2007, pp. 112-115.

[2763] Foi como julgou o STF no AG (AgRg) 316.458-SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julg. em 19/3/2002 (vide *"Informativo STF"* no 261, março/2002).

[2764] MS 7.966-DF, 3ª Seção, Rel. Min. GILSON DIPP, julg. em 8/10/2003 (vide "*Informativo Jurisprudência do STJ"* nº 187, out./03).

[2765] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., pp. 596-597).

[2766] Perfilham também esse entendimento DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 601) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 354).

[2767] O STF - na ADI 2.120-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 16.10.2008 - declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que previa a aplicação sumária das penas de repreensão e suspensão até cinco dias.

[2768] HUMBERTO THEODORO JUNIOR, "A arbitragem como meio de solução de controvérsias" (RF no 97/109, 2001).

[2769] JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR, *"Manual de Arbitragem"*, RT, 1997, p. 62.

[2770] CAIO TÁCITO, "Arbitragem nos litígios administrativos" (RDA 210/114, 1997).

[2771] ADA PELLEGRINI GRINOVER, *"Arbitragem e prestação de serviços públicos"* (RDA 233, pp. 377/385, 2003).

[2772] SUZANA DOMINGUES MEDEIROS, no excelente trabalho *"Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro"* (RDA 233, pp. 71-101, 2003), aponta alguns exemplos: Lei no 9.472/97 – estatuto das telecomunicações (art. 93, XV); Lei no 9.478 – estatuto do petróleo (art. 43, X); Lei no 10.433/02 – lei do mercado atacadista de energia elétrica (art. 2o) (à guisa de informação, esclareça-se que este último diploma foi revogado pela Lei nº 10.848, de 15/3/2004).

[2773] Art. 23-A, incluído pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005.

[2774] Como assinalamos anteriormente, a Lei nº 11.079/2004, que regula as concessões especiais sob regime de parceria público-privada, também prevê expressamente o recurso à arbitragem para solucionar litígios relacionados com esse tipo de contrato (art. 11, III) (Vide Capítulo VIII).

[2775] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 426).

[2776] Outros incisos do mesmo art. 49 que traduzem controle político são: I, II, IV, XII, XIV, XVI e XVII.

[2777] Os incisos II, IV, VI, VII, VIII e XI do mesmo art. 52 também indicam atuação de controle político.

[2778] Foi como decidiu o STF no RMS 25.943-DF, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 24.11.2010. No caso, a CGU – Controladoria-Geral da União pretendia fiscalizar verbas federais repassadas a Município em decorrência de convênio.

[2779] Repetimos, todavia, para não deixar margem a dúvidas, que o controle externo é exercido pelo Congresso sobre os demais Poderes, e por isso é externo. Quando fiscaliza seus próprios atos, no exercício da autotutela, o controle é interno.

[2780] Art. 70, CF.
[2781] *"Comentários"* cit., vol. II, p. 126. (grifo nosso)
[2782] *"Curso"* cit., p. 625. (grifo do autor)
[2783] O STF julgou, a princípio, inconstitucional lei de iniciativa parlamentar que modificava dispositivos da Lei Orgânica do TC-TO, por agressão ao princípio da iniciativa privativa da Corte para tal alvitre e da neutralidade inerente a suas funções (ADI 4.421-MC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, em 06.10.2010).
[2784] STF, MS 24.423-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 10.09.2008. No caso, o TCU determinara tomada de contas especial na TERRACAP, entidade vinculada ao Distrito Federal, embora com participação minoritária da União.
[2785] RODRIGO VALGAS DOS SANTOS indica a dissidência na matéria, mostrando que, apesar de minoritária, há vozes (Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes) que sustentam ser jurisdicional a função exercida nas hipóteses de "julgamento" de contas (*Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais*, Del Rey, 2006, p. 61).
[2786] JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 49.
[2787] MS 23.627-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO (*Informativo STF* nº 259, março/2000) e MS 25.092, Rel. Min. CARLOS VELLOSO (*Informativo STF* nº 408, nov./2005). Vide a respeito Cap. XVI, no tópico relativo aos bens das pessoas administrativas privadas.
[2788] ADIn no 461-BA, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 8/8/2001 (vide *"Informativo STF"* no 276, ago./2002). No caso, a Constituição baiana havia incluído duas funções não previstas: 1a) a apreciação sobre isenções fiscais (por violação do art. 70 da CF, que não prevê controle externo sobre isenções); 2a) o julgamento de recurso contra decisão denegatória de pensão proferida pelo órgão previdenciário estadual (por ofensa ao art. 71, III, da CF, que admite apenas a apreciação da legalidade da concessão de pensões). No mesmo sentido, ADIn nº 3.715-MC-TO, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 24.5.2006, que suspendeu normas de Constituição estadual que autorizavam suspensão de licitações em curso e de processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, matéria não prevista na Carta federal (*Informativo STF* nº 428, maio/2006).
[2789] Súmula no 347.
[2790] RE 223.037-SE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 2/5/2002 (vide *"Informativo STF"* no 266, maio/2002).
[2791] O STJ, a propósito, reconheceu legitimidade do MP no REsp 1.119.377, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 26.08.2009.
[2792] LUIZ ROBERTO BARROSO, em *"Tribunais de Contas: Algumas Incompetências"* (publ. na *RDA* 203, pp. 131-140, 1996).
[2793] MS 23.665-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 5/6/2002 (*"Informativo STF"* no 272, junho/2002).
[2794] Com acerto decidiu nessa trilha o STF (MS 28150, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 08.09.2009; *Informativo* 561, set/2009).
[2795] Em sentido contrário, todavia, a decisão do STF no MS 24.510, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 19.11.2003 ("*Informativo STF"* no 330, nov./2003). É justo, porém, destacar que o entendimento que esposamos foi adotado no voto vencido do Min. CARLOS BRITO proferido na mesma ação.
[2796] Vide comentário no tópico relativo ao edital de licitação, no Cap. VI. Também: STF, RE 547.063-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 07.10.2008.
[2797] Na ADI 916-MT (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 02.02.2009), o STF declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que continha tal ilegítima forma de controle.
[2798] STF, Súmula Vinculante nº 3, proposta aprovada na sessão de 30.05.2007, para fins de publicação e aplicabilidade (vide *Informativo STF* nº 469, jun./2007).
[2799] STF, MS 22.801, Pleno, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 14.03.2008.
[2800] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 603).
[2801] STF, Recl. 5442-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO (*Informativo STF* nº 477, ago./2007).
[2802] Art. 3º, § 2º, Lei 11.417/06.

[2803] Arts. 103-A, CF, e 2º, § 3º, Lei nº 11.417/2006.
[2804] Art. 5º.
[2805] Art. 7º, § 1º.
[2806] Os autores franceses costumam agrupar as competências da justiça administrativa de acordo com a natureza do litígio. Assim, GEORGES VEDEL as divide em a) contencioso de anulação; b) contencioso de plena jurisdição; c) contencioso de interpretação e de apreciação de legalidade; e d) contencioso de repressão (cf. *"Droit Administratif",* pp. 456-465).
[2807] SÉRGIO ANDRÉA FERREIRA elaborou substancioso trabalho sobre o sistema francês do contencioso administrativo em sua obra *Lições de Direito Administrativo*, pp. 121-152. Sobre as novas tendências do sistema, vide o interessante e atual trabalho de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, intitulado *"Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado"* (*RDA* 211, 1998, pp. 65-78).
[2808] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 51).
[2809] É bom salientar que o controle abrange tanto os atos vinculados como os discricionários, já que todos têm que obedecer aos requisitos de validade. Um vício de competência, por exemplo, tanto pode estar num ato vinculado como discricionário. O mesmo ocorre com vícios na finalidade, no motivo etc.
[2810] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 605).
[2811] Nesse exato sentido, decisão do STJ no REsp no 69.735 (6a Turma, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, publ. DJ de 15/4/1996).
[2812] Ob. cit., p. 607.
[2813] Cf. MICHEL TEMER, "Elementos de Direito Constitucional", p. 44.
[2814] Ação direta de inconstitucionalidade (arts. 102, I, "a" e "p"; 103, e §§ 1º a 3º; art. 125, § 2º, CF); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, "a"; art. 102, § 2º, e art. 103, § 4º, CF); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF).
[2815] A ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) são regidas pela Lei nº 9.868, de 10.11.99, sendo que a última foi introduzida nesse diploma pela Lei nº 12.063, de 27.10.2009. A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é regulada pela Lei nº 9.882, de 03.12.99.
[2816] Vide a respeito GUILHERME PEÑA, *"Direito Constitucional"*, Lumen Juris, 2003, pp. 147-149.
[2817] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 611).
[2818] Cf. MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 431).
[2819] MS nº 22.503, Pleno, Rel. para o acórdão o Min. MAURÍCIO CORRÊA, publ. no DJ de 6/6/1997. Anote-se, todavia, que, como mencionamos, a citada posição não mereceu unanimidade. Contra ela, votaram, vencidos, os Mins. MARCO AURÉLIO, ILMAR GALVÃO e CELSO DE MELLO, tendo o primeiro sustentado que *"os participantes dos trabalhos legislativos, porque representantes do povo, quer de segmentos majoritários, quer de minoritários, têm o direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas, ou não, estatura constitucional"*.
[2820] Adotamos aqui a classificação proposta por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*"Curso"* cit., p. 537).
[2821] Observamos que a ação penal mencionada como exemplo é aquela que visa à condenação de agentes públicos por crimes contra particulares e contra a própria Administração.
[2822] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (ob. cit., pp. 546 e seguintes).
[2823] "Teoria Geral do Direito Civil", p. 268.
[2824] A expressão "entidades e órgãos paraestatais", contida no art. 2º do Decreto-lei nº 4.597/42 é de total imprecisão. Contudo, tudo parece indicar que o legislador procurou alcançar, além das autarquias, as entidades de direito privado vinculadas ao Estado, que hoje compõem a Administração Indireta. Em relação a essas entidades, porém, não mais prevalece a prescrição quinquenal, eis que a Constituição vigente não recepcionou essa parte do dispositivo, na medida em que deu a essas pessoas, quando exerçam atividades econômicas, o mesmo tratamento dispensado às empresas privadas. Consequentemente, a prescrição de ações contra elas se regula pelo Código Civil.

[2825] No sistema do vigente Código Civil, não há mais distinção entre os prazos prescricionais relativos a direitos reais e pessoais, como ocorria no antigo Código (art. 177).

[2826] HELY LOPES MEIRELLES, que, inclusive, colaciona várias decisões judiciais a respeito (ob. cit., p. 624). Note-se que o usucapião de bens imóveis ocorria, como regra, em 20 anos (art. 550, antigo Cód. Civil) ou em 10 entre presentes ou 15 entre ausentes, quando havia justo título e boa-fé (art. 551). No novo Código, o prazo geral do usucapião foi reduzido para 15 anos (art. 1.238); com justo título e boa-fé, o prazo foi unificado para 10 anos (art. 1.242). Foram introduzidas novas formas de usucapião (especial), fundadas em moradia, obras ou titulação cartorária (arts. 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240 e 1.242, parágrafo único).

[2827] Também: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 22ª ed., p. 1.010.

[2828] Também: DIÓGENES GASPARINI, ob. cit., 11ª ed., p. 920.

[2829] STJ, REsp 1.137.354-RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 08.09.2009. Veja-se ainda o que comentamos a respeito no Capítulo X, no tópico relativo à prescrição da pretensão indenizatória na responsabilidade civil do Estado.

[2830] STJ, REsp 623.023, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 03.11.2005; REsp 781.601, Rel. Min. NILSON NAVES (vencida a Min. MARIA THEREZA MOURA), em 24.11.2009; e REsp 751.832, Rel. Min. LUIZ FUX (vencido o Min. TEORI ZAVASCKI), em 07.03.2006, estando os votos vencidos, a nosso ver, com o melhor direito. Ainda: REsp 1.105.442, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, em 21.12.2009.

[2831] *Contra*: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 22ª ed., pp. 1.013/1.014. O autor também entendia aplicável a lei civil, mas, como declara na obra, reconsiderou sua posição.

[2832] Vide Cap. X, no tópico que trata da prescrição no caso do direito de regresso.

[2833] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 25ª ed., 2008, pág. 459.

[2834] Valemo-nos aqui das clássicas lições de AGNELO AMORIM FILHO, em "Critério científico para distinguira prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis" (RT nº 744, out/97, pp. 725/750).

[2835] Art. 202, parágrafo único, Cód. Civil.

[2836] Art. 202, I, Cód. Civil e art. 219, Cód. Proc. Civil. Observe-se que anteriormente era a citação pessoal em si que interrompia a prescrição (art. 172, I, Cód. Civil de 1916). O Código vigente, entretanto, alterou o suporte fático da interrupção.

[2837] Art. 202, VI, Cód. Civil.

[2838] Art. 197, I, Cód. Civil.

[2839] Art. 198, I, Cód. Civil.

[2840] Art. 199, I, Cód. Civil.

[2841] Com o mesmo entendimento, HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 624. Na jurisprudência: STJ, AI 964.524, Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, publ. 01.02.2010.

[2842] Súmula nº 383, STF.

[2843] STF (RE nº 112.374, 2a Turma, Rel. Min. CÉLIO BORJA, em *RTJ* 127/803). O STJ adotou o mesmo entendimento em litígio que versava sobre pedido de enquadramento funcional de servidor, decidindo que, ultrapassado o prazo quinquenal entre o pedido e a propositura da ação, *"a prescrição atinge igualmente o fundo de direito como as prestações decorrentes do enquadramento devido"* (EREsp nº 180.814, 3a Seção, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julg. em 26/5/1999, *in Informativo STJ,* nº 20 (maio/99). Ver também EREsp nº 173.964-SP, 3a Seção, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, julg. em 27/11/2002; REsp 851.560-DF, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 08/04/2008.

[2844] STJ, REsp 1.159.935-RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 03.12.2009. No caso, haviam transcorrido mais de 5 anos após o ato que determinara a aposentadoria compulsória do interessado.

[2845] Já tivemos a oportunidade de estudar a prescrição ante as condutas comissivas e omissivas do Estado. Em nosso trabalho *A "Prescrição Judicial das Ações contra o Estado no que Concerne a Condutas Comissivas e Omissivas"* (cf. *"Doutrina",* vol. II, 1996, pp. 264-281). Esses elementos, aliás, são os que constam da Súmula no 85 do STJ (vide texto ao final do Capítulo).

[2846] Súmula 85.
[2847] Súmula 398 do STJ (2009).
[2848] O STJ assim decidiu no REsp nº 46.058, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 16.5.94. Nem mesmo o Ministério Público era admitido a suscitar a prescrição (STJ, REsp 15.265-0, 1ª Turma, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, DJ de 17.5.93).
[2849] A respeito o excelente trabalho de EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR, *"Prescrição: Decretação de Ofício em Favor da Fazenda Pública"* (RTDP nº 22, 1998, pp. 55-63).
[2850] Súmula 409 (2009).
[2851] Foi o entendimento adotado pela 1ª Turma do STJ no RESP nº 731.961-PE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 2.8.2006 (*Informativo STJ nº* 254, ago./2005).
[2852] Não examinaremos o procedimento detalhado da ação, já que, tratando-se de matéria pertencente ao processo civil, refoge ao escopo deste tópico.
[2853] HELY LOPES MEIRELLES, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e "Habeas Data", RT, 1989, p. 12.
[2854] Súmula 625, STF.
[2855] É a sempre atual lição do saudoso SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 5ª ed., 1979, p. 269.
[2856] Art. 1º, LMS.
[2857] Art. 1º, § 3º, LMS.
[2858] CASSIO SCARPINELLA BUENO, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, Saraiva, 2009, p. 12. O autor dá como exemplo concreto o contido na Súmula 628 do STF, em que um integrante de lista de candidatos a vaga em Tribunal é parte legítima para impugnar a validade da nomeação de concorrente.
[2859] É a correta observação de PEDRO ROBERTO DECOMAIN, *Mandado de Segurança*, Dialética, 2009, p. 93.
[2860] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 10.
[2861] JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, RT, 2009, p. 46.
[2862] Exemplo de admissibilidade: STJ, REsp 457.716-MT, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, em 10.06.2003.
[2863] Exemplo de inadmissibilidade: STJ, REsp 156.015-MG, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, em 08.02.99.
[2864] Os atos de licitação são considerados de direito público, podendo, assim, ser atacados por MS (v. Súmula 333, STJ).
[2865] Art. 2º, LMS.
[2866] É a correta observação de CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 13.
[2867] JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, ob. cit., p. 49. Também: STJ, REsp 997.623-MT, Rel. Min. LUIZ FUX, em 02.06.2009.
[2868] BRUNO GARCIA REDONDO, GUILHERME PERES DE OLIVEIRA e RONALDO CRAMER, *Mandado de Segurança. Comentários à Lei 12.016/2009*, Método, 2009, p. 58
[2869] Nesse sentido, a Súmula 266 do STF.
[2870] A comparação é de ALFREDO BUZAID, *Do Mandado de Segurança*, Saraiva, 1989, p. 129.
[2871] Vide Súmula 268 do STF.
[2872] STJ, RMS 13.065, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 03.06.2002.
[2873] HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança*...cit., p. 17.
[2874] Também: HELY LOPES MEIRELLES, ob.cit., p. 21; JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, ob. cit., pp. 72/73; e CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., pp. 18/19.
[2875] STF, MS 24.511, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 30.10.2003. No caso, o impetrante já havia interposto embargos, com efeito suspensivo, contra ato do TCU e, sem decisão sobre o tema, impetrara prematuramente o *writ*.
[2876] E.D. MONIZ DE ARAGÃO explica que o instrumento nasceu na vigência dos códigos de processo

estaduais, ora denominado de "*correição parcial*", ora de "*reclamação*" (*A Correição Parcial,* José Bushatsky, 1969, p.17).

[2877] MILTON FLAKS, Mandado de Segurança. Pressupostos de Impetração, Forense, 1980, pp. 192/193.

[2878] STF, MS 21.001, Rel. Min. OCTÁVIO GALLTTI, DJ 09.02.90.

[2879] Art. 7º, III.

[2880] Se for deferida a liminar, o processo terá prioridade para julgamento (art. 7º, § 4º, LMS).

[2881] Também: CELSO AGRICOLA BARBI, *Do Mandado de Segurança*, Forense, 1980, p. 201.

[2882] Como se verá adiante, no mandado de segurança coletivo a liminar só pode ser concedida após ser ouvido o representante judicial da pessoa jurídica, que deve pronunciar-se em 72 horas (art. 22, § 2º, LMS).

[2883] Súmula 626 do STF.

[2884] Com o mesmo entendimento, CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 42.

[2885] Também: JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, ob. cit., p. 126.

[2886] Art. 7º, § 3º.

[2887] DARLAN BARROSO e LUCIANO ALVES ROSSATO, *Mandado de Segurança*, RT, 2009, p. 76.

[2888] Súmula 624 do STF.

[2889] STF, MS 24.691, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, em 04.12.2003.

[2890] Súmula 41 do STJ.

[2891] Súmula 177 do STJ. Também o STF: RMS 21.560, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 24.11.92. O mesmo se aplica a autoridades estaduais ou municipais com foro especial (STJ, RMS 1.509, Min. HUMBERTO BARROS, em 17.08.94).

[2892] STF, RE 100.541, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, em 19.06.84.

[2893] STJ, Confl.Compet. 5.248, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ 18.10.93.

[2894] Súmula 376 STJ (2009).

[2895] Art. 6º, § 4º, LMS.

[2896] STF, MS 26.006-Agr., Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 02.04.2007. V. também MS 25.087-ED e MS 26.244-Agr.

[2897] CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 30.

[2898] CELSO AGRICOLA BARBI, ob. cit., p. 193, e MAURO LUÍS ROCHA LOPES, *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*, Impetus, 2009, p. 40.

[2899] NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 10ª ed., 2007, p. 1.564.

[2900] CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, *Manual do Mandado de Segurança*, Renovar, 1991, p. 42.

[2901] Súmula 632 do STF.

[2902] Súmula 430 do STF.

[2903] Se a autoridade não cumpre a ordem, comete crime de desobediência (art. 26, LMS).

[2904] *Contra:* CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 31.

[2905] É o pensamento de SÉRGIO FERRAZ, *Mandado de Segurança – Aspectos Polêmicos*, Malheiros, 3ª ed., 2002, p. 25.

[2906] A Súmula 304 do STF também fundamentaria essa conclusão.

[2907] Também: CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, ob. cit., p.73, e HÉLCIO ALVES DE ASSUMPÇÃO, em *"Mandado de Segurança: a comprovação dos fatos como pressuposto específico de admissibilidade do writ"*, *in* Revista do Ministério Público do RJ, vol. 2, 1995, pp. 33/43.

[2908] Art. 19, LMS.

[2909] BRUNO GARCIA REDONDO *et alii* lembram que a norma resulta da jurisprudência já consagrada nas Súmulas 629 e 630 do STF (ob. cit., p. 151. *Contra*, sustentando que a proteção só abrange a totalidade: HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 16.

[2910] Art. 81, parág.único, Lei nº 8.078/90.

[2911] Art. 21, parág.único, I e II, LMS.

[2912] PEDRO ROBERTO DECOMAIN, ob. cit., p. 295.

[2913] Com o mesmo pensamento, CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 140, e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA *et alius*, ob. cit., p. 224. *Contra*: PEDRO ROBERTO DECOMAIN, ob. cit., p. 295, que cita, inclusive, decisão que anulou liminar sem a citada audiência (STJ, REsp 88.583-SP, Rel. Min HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 18.11.96).

[2914] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 16; JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA *et alius*, ob. cit., p. 218; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, Saraiva, 1990, p. 40; UADI LAMÊGOS BULOS, *Mandado de Segurança Coletivo*, RT, 1996, pp. 64/65.

[2915] PEDRO ROBERTO DECOMAIN, ob. cit., p. 540; CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 134; BRUNO GARCIA REDONDO *et alii*, ob. cit., p. 154; LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR *et alii*, *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*, RT, 2009, p. 203.

[2916] O conteúdo da norma não é novidade, eis que praticamente repete o art. 104 do Cód.Defesa Consumidor.

[2917] Art. 301, § 3º, CPC.

[2918] Art. 267, V, CPC.

[2919] Concordamos, pois, com CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 137.

[2920] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 11.

[2921] STF, RMS 24.214, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 14.06.2005.

[2922] DARLAN BARROSO *et alius*, ob. cit., p.69. Ressalve-se que a Lei 4.348/64, também revogada, fazia previsão de ciência, mas o sistema era confuso e de pouca valia em sua aplicação.

[2923] Também: JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA *et alius*, ob. cit., p. 155.

[2924] STJ, ROMS 20.498-MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 15.10.2007.

[2925] CNMP, Recomendação nº 16, de 28.04.2010.

[2926] Arts. 20, §§ 1º e 2º, e 7º, § 4º, LMS.

[2927] Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ.

[2928] É posição de CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., p. 150.

[2929] GILBERTO GOMES BRUSCHI e DENIS DONOSO, *in* Rev.Bras.Dir. Processual nº 64, pp. 163/176, *apud* CASSIO SCARPINELLA BUNEO, ob. cit., p. 150.

[2930] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 66; CELSO AGRICOLA BARBI, ob. cit., pp. 241/244; JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Do Mandado de* Segurança, Forense, 1980, p. 334; PEDRO ROBERTO DECOMAIN, ob. cit., p. 375; JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, ob. cit., p. 165.

[2931] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*"Comentários"* cit., vol. I, p. 75).

[2932] JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 753.

[2933] O critério aqui leva em conta o paciente, sendo irrelevante a figura do impetrante.

[2934] O critério considera as duas posições no processo, ou seja, o de paciente e o de coator. Observe-se que, no que tange ao paciente, há redundância parcial em relação à alínea "d", porque algumas autoridades aí referidas (*v.g.*, o Presidente da República e os próprios membros do STF) são também sujeitas à jurisdição do Pretório Excelso. Excepcionam-se os Ministros de Estados, que, como pacientes impetram HC no STF, mas como coatores sujeitam-se à competência do STJ (art. 105, I, "c", CF) (vide PINTO FERREIRA, *"Comentários à Constituição Brasileira",* vol. IV, p. 118).

[2935] O dispositivo refere-se apenas à "autoridade", mas deve interpretar-se no sentido de que se trata de autoridade federal, já que de outros níveis a competência será da Justiça Estadual.

[2936] Nesse sentido, aliás, já dispunha o art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65, ao dizer: "Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico" (redação dada pela Lei nº 6.513, de 20/12/1977).

[2937] Art. 1º, § 3º, Lei nº 4.717/65.

[2938] Art. 6º da Lei nº 4.717/65.

[2939] Art. 6º, § 3º, da mesma lei.

[2940] O STJ, no REsp 826.613 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, em 18.05.2010), conferiu legitimidade ao MP para requisitar de outro processo traslado do título de eleitor do autor, providência que tinha sido

ordenada a este.

[2941] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo* cit., 30ª ed., 2005, p. 697, e RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Ação Popular*, Ed. RT, 3ª ed., 98, pp. 86/7.

[2942] Foi como decidiu o STJ, no EREsp 260.821-SP, 1ª Seção (maioria), Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 23.11.2005 (Infomativo STJ 269, nov./2005).

[2943] LUCIA VALLE FIGUEIREDO, Curso cit., 7ª ed., p. 419. Lamentamos divergir de tal pensamento, porque, se o ato contém lesividade ao patrimônio público, está contaminado de vício em algum de seus requisitos de legalidade (motivo, objeto, relação motivo-objeto, finalidade etc). Pode, isto sim, estar a ilegalidade dissimulada e disfarçada, mas ilegalidade sempre haverá.

[2944] A Lei nº 8.437/92 consignou que é inviável a concessão de medida liminar quando o ato provém de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de Tribunal (art. 1º, § 1º). Contudo, excluiu da incidência da norma os processos de ação popular e ação civil pública (art. 1º, § 2º). Assim, mesmo que a ação popular, por exemplo, alveje ato de Governador (que normalmente se sujeita à competência do Tribunal Estadual respectivo), será possível, se presentes os pressupostos legais, que o juiz conceda a medida liminar.

[2945] A Lei nº 8.038, de 28/5/1990, previu expressamente que o mandado de injunção seguirá o rito do mandado de segurança enquanto não sobrevier a legislação específica (art. 24, parágrafo único).

[2946] STJ (MI nº 3-RJ, Corte Especial, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, DJ 28/8/1989).

[2947] STF (MI nº 97, Pleno, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, cf. *RDA* 179/180, p. 203, 1990).

[2948] *"Comentários"* cit., vol. I, p. 80.

[2949] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (ob., vol. e loc. cit.).

[2950] A observação foi registrada pelo Min. CARLOS VELLOSO em conferência sobre o mandado de injunção (vide *RDP* nº 100, pp. 170 e seguintes).

[2951] O mandado de injunção foi impetrado contra o Banco Central. Na decisão, consignou a mais alta Corte: "Em face do disposto no art. 105, I, "h", da CF, e inexistindo, pelo menos no momento presente, a exceção com referência aos órgãos da Justiça Federal – que são os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais –, resta competente o STJ para processar e julgar originariamente mandado de injunção contra órgão, entidade ou autoridade federal em âmbito estranho às Justiças Militar, Eleitoral ou do Trabalho" (MI nº 4-2-DF, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, publ. DJ de 22/11/1991). A mesma posição foi reiterada no MI nº 571-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 8/10/1998 (Informativo STF 126, publ. em 14/10/1998).

[2952] STF (MI nº 373-4, Rel. Min. CELIO BORJA, DJ de 5/11/1993).

[2953] Esse o entendimento adotado pelo STF, no MI 712-PA, Rel. Min. EROS GRAU, em 15.10.2007 (*Informativo STF* nº 484, out./2007).

[2954] O STJ, por mais de uma vez, decidiu nesse sentido em mandados de injunção ajuizados contra o INSS, quando a regulamentação primária do direito constitucional teria que ser definida em lei (cf. MI nº 10, Corte Esp., Rel. Min. ASSIS TOLEDO, DJ 11/12/1989).

[2955] STF (MI nº 153-7, Pleno, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ 30/3/1990).

[2956] HELY LOPES MEIRELLES, DIOMAR ACKEL, IRINEU STRENGER.

[2957] GALENO LACERDA, JOSÉ CARLOS CAL GARCIA.

[2958] O STF, no MI nº 232-RJ, Rel. o Min. MOREIRA ALVES, no relatório limitou-se a informar que a liminar, postulada pelo impetrante, fora indeferida, mas não registrou, peremptoriamente, que a medida era incabível (cf. *RTJ* 137/965).

[2959] É a posição da maioria dos membros do STF (MI nº 107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 133/11).

[2960] Nesse sentido, com uma ou outra variação, posicionaram-se os Min. CARLOS VELLOSO, MARCO AURÉLIO e ILMAR GALVÃO (Cf. MI nº 384, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em *RDA* 196/230, de 1994).

[2961] Com esse mesmo pensamento, DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, Saraiva, 2004, p. 524; e CLEMERSON MERLIN CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, RT, 2ª ed., 2000, p. 376.

[2962] MI nº 543-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, julg. em 26/10/2000 (vide *Informativo STF* nº 208, de nov./2000). A minoria, nesse julgamento, continuou sendo formada pelos Ministros ILMAR GALVÃO, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO.

[2963] MI 721-DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em 30.08.2007 (*Informativo STF* nº 477, ago./2007). A decisão tem notório caráter *mandamental*, substituindo o antigo perfil *meramente declaratório* desse tipo de decisão.

[2964] No mesmo sentido, o TJ-MG (HD nº 3-BH, Rel. Des. MURILO PEREIRA, publ. DO de 17/6/1989).

[2965] TJ-MG (HD nº 9640/4, Rel. Des. MONTEIRO DE BARROS, *apud* ADCOAS 144330).

[2966] RE nº 195.304-MG, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, julg. em 19/10/2000 (*Informativo STF* nº 208, de nov./2000).

[2967] O TRF da 1a Região já teve a oportunidade de decidir que o *habeas data* contra ato de entidade previdenciária federal é da Justiça Federal por força do art. 109, VIII, da CF, ainda que as causas previdenciárias em geral, do interesse dos segurados, sejam processadas e julgadas na Justiça Estadual *ex vi* do art. 109, § 3º, da CF. Prevalece, pois, para a fixação da competência, o fato de ser parte autoridade federal, e não o de ser ela qualificada como entidade previdenciária (Rec. em HD nº 1998.01.00.053624-6-BA, unânime, Rel. Juiz ALOÍSIO PALMEIRA LIMA, publ. no DO de 22/10/1998, *apud ADCOAS* 8172447).

[2968] STF (ROHD nº 22, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em *RDA* 204/214 – 1996).

[2969] Súmula nº 2.

[2970] RMS nº 24.617-DF, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 17.5.2005 (vide *Informativo STF* nº 388, maio/2005).

[2971] Vide nosso "Ação Civil Pública. Comentários por Artigo", 7a ed., 2009, pp. 265 e segs.

[2972] O maior número de alterações se originou da Lei nº 8.078, de 11/9/1990, o Código de Defesa do Consumidor. A Lei nº 8.437, de 30/6/1992, e a Lei nº 8.884, de 11/6/1994, também introduziram pequenas alterações. A Lei nº 8.625, de 12/2/1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, também se refere à ação civil pública. Houve ainda alterações feitas pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e MP 2.180-35/2001.

[2973] Art. 1º, I a VI.

[2974] Lei nº 10.257, de 10/7/2001 (Estatuto da Cidade) (art. 53) e Med. Prov. nº 2.180-35, de 24/8/2001.

[2975] Citem-se, por exemplo, a Lei nº 7.853, de 24/10/1989, que dispõe sobre deficientes; a Lei nº 7.913, de 7/12/1989, que dispõe sobre investidores no mercado de títulos mobiliários; a Lei nº 8.069, de 13/7/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.078, de 11/9/1990, o Código de Defesa do Consumidor; a Lei nº 8.884, de 11/6/1994, que dispõe sobre a ordem econômica e a livre concorrência.

[2976] Art. 81, parágrafo único, I e II.

[2977] Art. 81, parágrafo único, III.

[2978] A própria Lei nº 7.347/85, no art. 1º, admite que por ela sejam regidas, *sem prejuízo da ação popular*, as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao patrimônio público e a outros interesses coletivos ou difusos.

[2979] Nosso *"Ação Civil Pública"*, 7a ed., 2009, pp. 30-33. Problema diverso, porém, é o que se relaciona com a legitimidade do Ministério Público para a ação com vistas à tutela de tais direitos. Aqui a melhor posição é a que só admite essa legitimidade quando se tratar de direitos ou interesses *indisponíveis*, como, inclusive, emana do art. 127 da CF, que menciona as funções básicas do *Parquet*. Contra: CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY, *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, Roma Victor, 2004, p. 230.

[2980] Art. 1º, parág. único, Lei nº 7.347/85.

[2981] STJ, REsp 1.142.630, Min. LAURITA VAZ, em 07.12.2010.

[2982] Resp nº 208.893-PR, 2a Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, julg. em 19/12/2003 (Informativo *Jurisprudência STJ* nº 196, dez./2003).

[2983] Nossa *"Ação Civil Pública"* cit., 7a ed., 2009, p. 113.

[2984] Vide Súmula 329, do STJ, ao fim deste Capítulo.

[2985] A Súmula 470 (2010), do STJ, considera o MP parte ilegítima para, em ação civil pública, pleitear indenização decorrente do DPVAT, em benefício do segurando.

[2986] Não comungamos do entendimento, radical e corporativista, a nosso ver, de que o novo dispositivo seria sempre inconstitucional. Apesar disso, na ADI 3.943, do STF, ajuizada pela CONAMP – Assoc. Nac. dos Membros do Min. Público, esse foi o pedido principal e só subsidiariamente se formulou o pedido em conformidade com o que expendemos.

[2987] Foi como decidiu o STJ, no REsp 912.849-RS, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 26.02.2008, conferindo legitimidade genérica da Defensoria em favor de consumidores de energia elétrica.

[2988] Como a parte ré será a pessoa jurídica, e não o seu preposto ou a autoridade que integre seu quadro funcional, não há regras especiais de competência na Constituição. A ação civil pública será ajuizada em primeira instância, na Justiça Federal ou Estadual, conforme a natureza da pessoa jurídica. Ocorre, portanto, o mesmo que na ação popular, como comentamos no item "Competência", relativo ao tema.

[2989] Nossa obra já citada (pp. 71-80).

[2990] É o caso, *v.g.*, do art. 51, § 4º, que permite que na ação seja formulado o pedido de invalidação de cláusula contratual abusiva, ou seja, aquela que contraria os postulados do Código.

[2991] O art. 25, IV, "b", admite a ação "para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município..."

[2992] O art. 16 da Lei nº 7.347/85 sofreu alteração pela Lei nº 9.494, de 10/9/1997 (precedida pela MP nº 1.570/97), que limitou a eficácia *erga omnes* da sentença aos *"limites da competência territorial do órgão prolator",* reduzindo, por conseguinte, o âmbito dentro do qual a decisão poderá ter caráter de generalidade. Com essa alteração, será possível admitir a existência de várias decisões contraditórias, umas procedentes e outras improcedentes, quando o julgamento se tiver baseado em prova eficiente.

[2993] Cf. nossa *"Ação Civil Pública"* cit., p. 440.

[2994] WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade Administrativa* cit., p. 111, e EURICO BITENCOURT NETO, *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*, Del Rey, 2005, p. 105.

[2995] EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, *Improbidade Administrativa* cit., 2ª ed., 2004, p. 120.

[2996] É o pensamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 18ª ed., 2005, p. 709. Também MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa* cit., pp. 23/4.

[2997] CALDAS AULETE associa a moralidade aos princípios morais e para probidade dá como sentido *honestidade, honradez, retidão de caráter*, que são aspectos da própria moralidade (*Dicionário Contemporâneo*, cit., vol. 4, pp. 3.343 e 4.082).

[2998] Decr.-lei nº 3.240, de 8.5.41; Lei nº 3.164, de 1.6.57; Lei nº 3.502, de 21.1.58; Decr.-lei nº 359, de 17.12.68. Sobre o histórico, veja-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., pp. 712/6.

[2999] Citem-se, como exemplo, a Lei nº 4.717, de 29.6.65 (regula a ação popular contra imoralidade administrativa); Lei nº 8.730, de 10.11.93 (exige declaração de bens de servidores públicos); Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000 (responsabilidade na gestão fiscal); Lei nº 10.028, de 19.10.2000 (tipologia de crimes praticados em detrimento da L.C. 101/2000), entre outras.

[3000] No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 18ª ed., p. 718. *Contra*: EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, *Improbidade Administrativa* cit., p. 199, que se fundam no sistema integrado de combate à improbidade, argumento que, *venia concessa*, não altera o regime de autonomia conferido às entidades da federação.

[3001] *Contra*, entendendo tratar-se de norma *nacional*, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 718.

[3002] Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, como a lei não distinguiu, é irrelevante que seu objeto seja a prestação de serviço público ou a execução de atividades de caráter econômico.

[3003] É o caso, por exemplo, em que o Poder Público tenha doado imóvel que equivale a setenta por cento do patrimônio da entidade; ou em que conceda subvenção cujo total ânuo atinja o percentual de sessenta por cento.

[3004] A título de subsídio, lembremos que, no direito empresarial, a incorporação é o fato pelo qual uma ou

mais sociedades (incorporadas) são *absorvidas* por outra (incorporadora), e esta lhes sucede em direitos e obrigações (SÉRGIO CAMPINHO, *O Direito de Empresa*, Renovar, 2003, p. 289).

[3005] MARCELO FIGUEIREDO, ao comentar o art. 1º da Lei de Improbidade, também não faz menção a "empresa incorporada" (*Probidade Administrativa* cit., p. 47).

[3006] Diferentemente, as pessoas referidas no art. 1º, *caput*, têm maior proteção, porque se caracterizará também como ato de improbidade o que ensejar enriquecimento ilícito ou violação de princípios, ainda que não tenha havido gravame a seu patrimônio.

[3007] Em abono de tal conclusão, MARINO PAZZAGLINI FILHO, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, Atlas, 2002, p. 22.

[3008] No mesmo sentido, EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, ob. cit., p. 213 (embora pareçam tê-las incluído na administração descentralizada, o que reflete impropriedade ante o sistema vigente). *Contra:* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., p. 720), que considera que as entidades estão enquadradas no art. 1º, parág. único, da lei, sendo limitada a tutela ao seu patrimônio.

[3009] Vide Cap. XI, tópico I.

[3010] Certo tribunal extinguiu ação de improbidade pelo fato de remanescerem particulares e sociedade de economia mista. O STJ, porém, acertadamente reformou o julgado (REsp 1.18.523-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 23.02.2010).

[3011] Sobre o assunto, vale a pena ver o trabalho de CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *"Improbidade Administrativa de Dirigente de Empresa Estatal"*, em RTDP nº 40, pp. 17/34, ano 2002).

[3012] Com a mesma opinião, EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, ob. cit., p. 237.

[3013] Essa hipótese foi decidida pelo STJ no REsp 908.790-RN, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 20.10.2009 (*Informativo* 412, out/2009). No caso a Prefeita foi condenada, mas os Procuradores Municipais foram excluídos da improbidade, porque sua atuação decorreu de ordem de superior hierárquico.

[3014] Idêntica distinção foi feita em *leading case* julgado pela 2ª Turma do STJ no Ag. Reg. No REsp nº 681.571-GO, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 6.6.2006 (*Informativo STJ* nº 287, jun./2006).

[3015] O Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual nº 4.832, de 30.08.2006, que dispõe exatamente sobre a contratação e custeio de prestação de serviços de natureza jurídica nas hipóteses que menciona.

[3016] No mesmo sentido decidiu o STF no MS 24073-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 31.10.2003, a respeito de parecer jurídico sobre dispensa de licitação.

[3017] ROGÉRIO PACHECO ALVES, *Improbidade Administrativa*, Lumen Juris, 2ª ed., 2004, p. 740 (obra em conjunto com Emerson Garcia).

[3018] ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, *"Competência para julgar a improbidade administrativa"*, em Revista de Informação Legislativa nº 138, abr./jun./1998, pp. 213-215.

[3019] Foi a posição adotada, por maioria, pelo STF na Recl. 2.138-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 13.06.2007 (*Informativo STF* nº 471, jun./2007). Também: STJ, REsp 456.649-MG, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 05.09.2006 (*Informativo STJ* nº 295, set./2006).

[3020] São os que constam nos arts. 52, I e II, e 102, I, "c", da CF.

[3021] Foi como decidiu o STF no AgR-RE 579.799-SP, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 19.12.2008 (no caso, tratava-se de Desembargador).

[3022] STF, QO na Pet. 3.211-0, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 13.03.2008.

[3023] STJ, Recl. 2.790-SC, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, em 02.12.2009.

[3024] STJ, REsp 895.530-PR, Rel. Min. LUIZ FUX, em 18.11.2008, e REsp 949.452-SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, em 24.03.2009. Também: STJ, REsp 1.158.623, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, em 18.03.2010.

[3025] Em tal sentido, acertados, em nosso entender, os votos dos Min. CARLOS VELLOSO e JOAQUIM BARBOSA na já referida Recl. nº 2.138-DF julgada pelo STF.

[3026] Nessa esteira, STJ, REsp 1.155.992, Min. HERMAN BENJAMIN, publ.em 01.07.2010.

[3027] Ao tratar do tipo do art. 122, o Cód. Penal fez menção às três ações: "*induzir ou instigar alguém a suicidar-se*

ou prestar-lhe auxílio para que o faça". A Lei de Improbidade, porém, não o fez. *Contra*: MARINO PAZZAGLINI FILHO, *Lei de Improbidade* cit., p. 25, que (a nosso ver, com equívoco) considera indução também o ato de *instigar, estimular*.

[3028] Também JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, *Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais*, (vários autores), Malheiros, 2001, p. 209.

[3029] *Contra*: EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, ob. cit., p. 253, que admitem, inclusive, a aplicação de sanções a pessoas jurídicas. Em tese, alguma sanção seria cabível, como, v.g., a de proibição de contratar com o Estado; mas, se *a conduta em si* é penalmente não tipificada, nenhuma penalidade pode ser imposta.

[3030] Com essa orientação, vide STJ, REsp 896.044, Min. HERMAN BENJAMIN, em 16.09.2010.

[3031] No mesmo sentido, MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *O Limite da Improbidade Administrativa* cit., Ed. América Jurídica, 2ª ed., 2005, p. 168. *Contra*, entendendo ser taxativa a relação, FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO, *Improbidade Administrativa*, Malheiros, 2001, p. 35.

[3032] Também: STJ, REsp 875.163-RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, em 19.05.2009.

[3033] Os inc. I, II, III, V, VI e IX, do art. 9º, são exemplos claros de tal conduta.

[3034] Art. 9º, VII.

[3035] Os incisos XIV e XV foram acrescentados pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que dispõe sobre consórcios públicos.

[3036] O sentido originário é o de *edifício onde se guardavam os capitais ou dinheiros públicos"* (CALDAS AULETE, *Dicionário* cit., vol. 2, p. 1.816).

[3037] Com o mesmo pensamento SÉRGIO MONTEIRO MEDEIROS, *Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais*, Ed. Juarez de Oliveira, SP, 2003, p. 43.

[3038] *Contra* : MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, sob o argumento de que a lei não pode dizer que um ato causa prejuízo se, na realidade, não o provoca (*Dir. Admin.* cit., 19ª ed., 2006, p. 465). O argumento, *data venia*, não procede, pois que é o próprio *caput* do art. 10 da Lei 8.429/92 que aponta o prejuízo como pressuposto exigível.

[3039] ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*, vários autores, Malheiros, 2001, p. 88; MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *O Limite da Improbidade* cit., pp. 253/7. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO suscita dúvida sobre se a referência à culpa pelo legislador foi, ou não, intencional, embora entenda não haver razão para diversidade de tratamento na comparação com o enriquecimento ilícito – argumento do qual, com a vênia devida, lamentamos dissentir.

[3040] No sentido da constitucionalidade do elemento culposo, ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA, "*A Tormentosa Abordagem do Elemento Subjetivo nos Atos de Improbidade Administrativa"*, em *Estudos sobre Improbidade Administrativa*, ob. colet., Lumen Juris, 2010, pp. 73/84. Também: EMERSON GARCIA, *Improbidade* cit., p. 278.

[3041] STJ, REsp 842.428-ES, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 24.04.2007 (*Informativo STJ* nº 318, abr./2007).

[3042] É a correta observação de EURICO BITENCOURT NETO, *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios* cit., p. 116.

[3043] STJ, REsp 1.135.767, Min. CASTRO MEIRA, em 25.05.2010. No caso, alguns vereadores exigiam de assessores comissionados parcela de sua remuneração para pagar a assessores informais e despesas de campanha política, violando o art. 11, caput e inc. I, da LIA.

[3044] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 728, e MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 102. *Contra*, admitindo a culpa, WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, ob. cit., p. 230.

[3045] Vide STJ, REsp 939.142, Min. LUIZ FUX, em 21.08.2007, e REsp 827.445, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 02.02.2010.

[3046] Sobre o tema, vide os nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Lumen Juris, 3a ed., 2009, p. 344.

[3047] Com a relação do art. 12, resultaram inócuos os arts. 5º e 6º da Lei nº 8.429/92, que, em desnecessária repetição, previram respectivamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens e valores

acrescidos indevidamente ao patrimônio privado.

[3048] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., p. 729.

[3049] Com o mesmo pensamento, MARINO PAZZAGLINI FILHO, *Lei de Improbidade* cit., pp. 115/6.

[3050] FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *Improbidade Administrativa – Observações sobre a Lei nº 8.429/92*, Síntese, Porto Alegre, 2ª ed., 1998, p. 252.

[3051] Como exemplo, cite-se a suspensão de direitos políticos: no art. 9º o período é de 8 a 10 anos; no art. 10, de 5 a 8 anos; e no art. 11, de 3 a 5 anos.

[3052] STJ, REsp 909.446, Min. LUIZ FUX, em 06.04.2010.

[3053] Vide STJ, REsp 1.025.300-RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 17.02.2009. No caso, o julgado, a pedido do MP, recorrente, incluiu a sanção de suspensão de direitos políticos, não aplicada pelo Tribunal de origem.

[3054] Conquanto o mandamento se refira à sentença *penal* condenatória, deve aplicar-se também nos casos de improbidade, que, como vimos, preveem sanções com conteúdo similar ao das sanções penais.

[3055] No sentido da ampla averiguação do fato pelo Judiciário, MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa* cit., p. 159.

[3056] EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, ob. cit., p. 533, e WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, ob. cit., p. 263.

[3057] Entre outros, MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 123; MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *O Limite da Improbidade* cit., p. 524; CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS, *Improbidade Administrativa – Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*, Forense, RJ, 2002, p. 75; e MARCELO FIGUEIREDO, ob. cit., p. 136.

[3058] Vale a pena consultar, por irreparável posição, a decisão da 2ª Turma do STJ no REsp 794.155-SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, em 22.08.2006 (*Informativo STJ* nº 294, ago./2006).

[3059] Art. 12, *caput*, Lei nº 8.429/92, com a redação da Lei nº 12.120, de 15.12.2009.

[3060] MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 178.

[3061] Julgou em tal sentido o STJ, no REsp nº 324.282, 1ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 1.4.2002, p. 152. Adotando também o mesmo entendimento, EMERSON GARCIA, ob. cit., p. 533.

[3062] Também: STJ, REsp 842.428-ES, 2ª Turma, Relª Minª ELIANA CALMON, DJ de 21.05.2007.

[3063] Assim também MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 730.

[3064] É também como pensa MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa* cit., p. 136.

[3065] Quanto à incidência das sanções de improbidade sobre *agentes políticos*, vide o que já deixamos averbado no tópico relativo ao sujeito ativo da improbidade, dentro deste Capítulo.

[3066] Veja-se, por exemplo, o art. 91, II, "a" e "b", do Código Penal.

[3067] Foi como decidiu corretamente o STJ no REsp nº 196.932-SP, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 10.6.99.

[3068] O STJ consignou na Súmula 227: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

[3069] WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, ob. cit., p. 266.

[3070] Com esse entendimento, dentre outros, FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *Improbidade* cit., p. 256, e EMERSON GARCIA, *Improbidade* cit., p. 471.

[3071] Vide Súmula 43 do STJ: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

[3072] Art. 21, I, Lei nº 8.429/92, com a redação da Lei nº 12.120, de 15.12.2009.

[3073] No mesmo sentido, STJ, REsp 1.009.204, Min. HERMAN BENJAMIN, publ. em 17.12.2009.

[3074] TJ-RJ, Ap.Civ. 146.558, Des. MARCOS ALCINO TORRES, publ. 16.04.2010.

[3075] Nesse sentido, a decisão do STJ no REsp 1.171.857, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 25.05.2010, ao reformar decisão do TJ/RJ em decorrência de recurso interposto pelo MP/RJ por sua Assessoria de Recursos Constitucionais.

[3076] Vide STJ, MS 12.735, Min. OG FERNANDES, em 09.06.2010.

[3077] *Contra*: EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, ob. cit., p. 492, e WALLACE

MARTINS PAIVA JUNIOR, ob. cit., p. 180.

[3078] Também, MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 118. *Contra*: EMERSON GARCIA, ob. cit., p. 494.

[3079] Com esse entendimento, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., p. 723 e MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 118. *Contra*: EMERSON GARCIA, ob. cit., pp. 493/4.

[3080] O STF já decidiu que o art. 85 da CF é privativo do Presidente da República, não podendo sequer repeti-lo a Constituição Estadual em virtude da competência privativa da União para legislar sobre direito penal (art. 22, I). Vide ADIn 978, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

[3081] Arts. 26 e 27, da Lei Complementar nº 35/79.

[3082] Art. 18, II, "a" a "c", da Lei Complementar nº 75/93 (Ministério Público Federal) e art. 26, da Lei nº 8.625/93 (Ministério Público dos Estados).

[3083] EMERSON GARCIA, *Improbidade* cit., pp. 498/501.

[3084] Tal entendimento, aliás, foi acolhido, com base em parecer de nossa lavra, pelo Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, a propósito de ação civil de improbidade movida, em juízo fazendário de primeira instância, em face de um dos membros da Instituição. Sustentamos que, a ser admitida essa via, estar-se-ia vulnerando, por via oblíqua, a garantia constitucional de vitaliciedade atribuída a seus membros e o foro especial por prerrogativa de função.

[3085] No mesmo sentido, MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 119, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., pp. 722/3.

[3086] Segundo o STF, se a sentença aplicar a punição, a Casa Legislativa, devidamente comunicada, não tem outra alternativa senão a de declarar a cassação do mandato (RE 225.019, Pleno, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 22.11.99).

[3087] Art. 71 e seguintes, da Lei nº 4.737, de 15.7.65 (Cód. Eleitoral).

[3088] Nesse exato sentido, STJ, REsp 993.658-SC, Rel. Min. LUIZ FUX, em 15.10.2009 (*Informativo* 411, out/2009).

[3089] Observe-se que, dependendo da remuneração do agente, o valor da multa civil a ele aplicada poderá ser muito superior ao da multa fixada nas hipóteses precedentes, muito embora estas relacionem sanções mais graves.

[3090] MARINO PAZZAGLINI, *Lei de Improbidade* cit., p. 120.

[3091] Arts. 475, I, a 475-R, do CPC (com a alteração da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, com vigor após 6 meses da publicação, ocorrida em 23.12.2005).

[3092] Apesar da restrição da lei, não há como negar que a sanção acabará por atingir, ainda que indiretamente, os sócios minoritários – também integrantes da pessoa jurídica e interessados em contratações e benefícios do Poder Público.

[3093] MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *O Limite da Improbidade* cit., p. 505, que, acertadamente, invoca o art. 87 da Lei 8.666/93.

[3094] Também MARINO PAZZAGLINI, ob. cit., p. 120.

[3095] A correta observação é de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, ob. cit., p. 546.

[3096] STJ, MS nº 7.069-DF, 3ª Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 12.03.2001, e STF, MS nº 24.369, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 10.10.2002 (*Informativo STF* nº 286, out./2002).

[3097] Nosso trabalho "*O Processo Administrativo de Apuração da Improbidade Administrativa*", em *Estudos sobre Improbidade Administrativa*, ob.colet., Lumen Juris, 2010, p. 389.

[3098] MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade* cit., p. 175.

[3099] Também: WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, *Probidade* cit., p. 322, e FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *Improbidade* cit., p. 238. *Contra*, entendendo tratar-se mesmo de sequestro: ROGÉRIO PACHECO ALVES, *Improbidade Administrativa* cit., p. 833.

[3100] STJ, REsp 958.582-MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 04.08.2008.

[3101] Foi como decidiu a 2ª Turma do STJ (REsp nº 731.084-PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 2.2.2006; vide *Informativo STJ* nº 272, fev./2006).

[3102] STJ, REsp 1.078.640, Min. LUZ FUX, em 09.03.2010.

[3103] STJ, REsp 957.766, Min. LUIZ FUX, em 09.03.2010.
[3104] STJ, REsp 839.916-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 04.09.2007 (*Informativo STJ* nº 330, set./2007).
[3105] STJ, REsp 895.415-BA, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 02.01.2008.
[3106] Lei nº 9.366, de 16.12.96; MP nº 2.180-34, de 24.8.2001; e MP nº 2.225-45, de 4.9.2001.
[3107] ROGÉRIO PACHECO ALVES, ob. cit., p. 668; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., p. 732.
[3108] Vide nossa *Ação Civil Pública* cit., pp. 98/102. No mesmo sentido, MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., pp. 161/2; FRANCISCO OCTÁVIO DE ALMEIDA PRADO, *Improbidade Administrativa* cit., p. 194; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança* cit., Malheiros, 23ª ed., 2001 (atualizada por ARNOLD WALD e GILMAR FERREIRA MENDES). MARCELO FIGUEIREDO admite, inclusive, que possam ser propostas separadamente a ação civil pública e a ação de improbidade (*Probidade* cit., p. 216).
[3109] Para o aprofundamento do tema e a verificação dos efeitos processuais decorrentes dos citados procedimentos, vide nosso trabalho "*Ação civil pública e ação de improbidade administrativa: unidade ou dualidade?*", em *A Ação Civil Pública após 25 Anos*, ob. colet., Edit. RT, 2010, pp. 484/499.
[3110] AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR, *"A Natureza Jurídica da Ação por Ato de Improbidade Administrativa"*, em *Estudos sobre Improbidade Administrativa*, ob. colet., Lumen Juris, 2010, pp.273/280.
[3111] STJ, REsp 1.113.294, Min. LUIZ FUX, em 09.03.2010.
[3112] Art. 17, § 4º.
[3113] Art. 17, § 3º, com a redação da Lei nº 9.366/96.
[3114] Convém anotar que na ação popular, diferentemente do que ocorre na ação de improbidade, a pessoa jurídica *sempre integrará o pólo passivo* da relação processual, em litisconsórcio com os responsáveis pelo ato lesivo (art. 6º, Lei 4.717/65).
[3115] STF, ACO 1.156-SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, em 01.07.2009. No caso, considerou-se que, no tocante a verbas do FUNDEF, Fundo de Desenvolvimento do Ensino, não havia interesse da União, de modo que a ação contra ex-Prefeito caberia ao MP Estadual no foro comum do Estado.
[3116] A lei diz que a propositura da ação *"prevenirá a jurisdição"*, o que nos parece flagrante erronia em virtude de nosso sistema de jurisdição una. A hipótese, então, é a de prevenção *da competência*. Sobre tal impropriedade, vide nossa *Ação Civil Pública* cit., pp. 50/53, a propósito do art. 2º, parág. único, da Lei nº 7.347/85, que comete a mesma impropriedade.
[3117] ADIn nº 2.797, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julg. em 15.09.2005, vencidos os Min. Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.
[3118] Em trabalho que escreveu a respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO já advogava o entendimento de que não havia relação do ato de improbidade com os atos de responsabilidade política, entendendo que agentes políticos responderiam normalmente à ação de improbidade, não se lhes podendo aplicar, entretanto, as sanções de perda do cargo e de suspensão de direitos políticos, privativas da Corte Suprema (*"Competência para Julgamento de Agentes Políticos por Ofensa à Lei de Improbidade Administrativa"*, RTDP nº 40, pp. 13/16, ano 2002).
[3119] Foi o que fez a Corte Especial do STJ ao decidir o Ag.Reg. na Medida Cautelar 7.476-GO, Rel. Min. LAURITA VAZ, em 01.08.2006 (*Informativo STJ* nº 291, ago./2006).
[3120] Art. 17, § 7º, com redação da M.P. 2.225-45, de 4.9.2001.
[3121] Foi como decidiu o TJ-RJ, confirmando decisão de primeiro grau, na Ap. Cível nº 45421/2006, 15ª Câm.Cível, Rel. Des. José Pimentel Marques, em 09.01.2007.
[3122] Art. 17, §§ 8º e 9º.
[3123] STJ, REsp 1.163.643, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, em 24.03.2010.
[3124] Esse aspecto foi bem delineado pelo STJ no REsp 970.472, Min. LUIZ FUX, em 15.06.2010.
[3125] TJ-MG, AI 062473-0, 1ª C.Cív., Rel. Dês. VANESSA VERDOLIN ANDRADE, publ. Em 11.03.2008.
[3126] Vide STJ, REsp 1.073.233-MG, Rel. Min. LUIZ FUX, em 18.06.2009.
[3127] Art. 142, I, c/c § 1º, Lei 8.112/90.

[3128] *Contra*: EMERSON GARCIA, *Improbidade* cit., p. 554, que entende que os incisos do art. 23 tratam de vínculos temporários (inc. I) e definitivos (II), critério somente presumido, que a lei não estabeleceu. Essa a razão por que insere os servidores temporários no primeiro deles. Não abonamos tal enfoque, pois que as hipóteses do inc. I são expressas e as do inc. II excluem apenas mandatos, cargos em comissão e funções de confiança, contidos naquele. Desse modo, servidores temporários equiparam-se a empregados públicos para os fins da lei, enquadrando-se no inc II do art. 23.

[3129] Também aqui EMERSON GARCIA os insere no inc. I do art. 23 (ob. cit., p. 557), conclusão com a qual, *data venia*, também não concordamos, pela circunstância de inexistir qualquer relação entre tais empregados e os agentes referidos no mesmo inciso.

[3130] É o pensamento de EMERSON GARCIA, ob. cit., p. 559.

[3131] Assim entende MARINO PAZZAGLINI FILHO, ob. cit., p. 191.

[3132] STJ, REsp 1.107.833-SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 08.09.2009. Também: EMERSON GARCIA, ob. cit., p. 552.

[3133] STJ, REsp 1.060.529-MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 08.09.2009.

[3134] Art. 142, I e § 1º, Lei 8.112/90.

[3135] Também: STJ, REsp 1.071.939-PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, publ.em 22.04.2009.

[3136] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 617); DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 569).

[3137] Alguns profissionais menos avisados indicam, como ré na ação, a *Prefeitura,* em vez do *Município*. Trata-se de erronia técnica, porque a pessoa jurídica é o Município. Prefeitura é o órgão público dirigente do Poder Executivo municipal, constituído do Prefeito e de eventuais órgãos e agentes auxiliares. Apesar da erronia, o Judiciário a tem relevado, considerando como parte o Município, e não a Prefeitura (STF, em *RTJ* 96/759).

[3138] É o caso em que, por exemplo, o litígio seja instalado entre uma Prefeitura e a Câmara Municipal (cf. RDA 81/309 e 73/287). O Código de Defesa do Consumidor igualmente conferiu capacidade de ser parte aos órgãos, mesmo despersonalizados, que se destinarem à defesa dos interesses nele protegidos (art. 82, III). Vide a respeito o Capítulo I, tópico III, nº 5.

[3139] Foi o que consagrou o STJ na Súmula nº 270 (texto ao final do Capítulo).

[3140] A Lei nº 10.259, de 12.07.2001, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

[3141] Ressalvam-se, porém, os atos de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal.

[3142] Art. 109, II, III e XI, CF.

[3143] Tais pontos estão bem delineados no acórdão proferido na Ação Cível Originária nº 555-DF (litígio entre União e Distrito Federal), Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (vide *Informativo STF* nº 399, set./2005). Segundo o eminente Relator, também é o STF que decide conflitos entre pessoas administrativas de entes diversos (ex.: autarquia federal e empresa pública estadual) (ACO nº 202, RTJ 68/3).

[3144] O art. 105, I, "g", da CF, sobre não ser um primor de clareza, deixou de contemplar eventuais conflitos entre autoridades judiciárias do Estado e administrativas da União, ou entre administrativas do Estado e judiciárias da União. Para que haja solução de tais conflitos no contexto constitucional, terá o intérprete que abdicar da figura de *autoridade* e de sua qualificação (*judiciária* ou *administrativa*), para centrar-se na ideia atinente à pessoa federativa: *União*, de um lado, e *Estado*, de outro. Com essa interpretação, aplicar-se-á então o art. 102, I, "f", que confere ao STF competência para dirimir tais conflitos.

[3145] Eis a decisão do STJ: "Fazenda Pública: Foro Privilegiado. A turma decidiu que o Estado-Membro, por sua Fazenda Pública, pode ser demandado tanto na capital, como nas comarcas do interior, tenham ou não Vara de Fazenda Pública, que é mero juízo privativo, e não foro privilegiado. Precedentes: REsp 49.457-PR,

DJ 10/10/94; REsp 33.695-MG, DJ 27/6/94" (2ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julg. em 18/2/1999). Acrescente-se que "Vara de Fazenda Pública" é apenas a titulação de juízo específico para causas fazendárias, sediado em algumas comarcas, normalmente de maior porte. Entretanto, as comarcas do interior, ainda que o juízo tenha rótulo diverso, como Vara Única, Vara

Cível, Vara dos Feitos Cíveis etc., terão competência para processar e julgar demandas de natureza fazendária, o que estará explicitado no Código de Organização Judiciária do respectivo Estado.

[3146] A vigência da lei foi fixada para 2 anos após a publicação, esta ocorrida em 23.12.2009.

[3147] Enquanto não houver a lei específica que fixe o limite das obrigações de pequeno valor, será ele de 40 salários mínimos para Estados e Distrito Federal, e de 30 salários mínimos para os Municípios.

[3148] Art. 5º, II. A referência às empresas públicas nos parece inconstitucional, por ofender a autonomia dos Estados para sua organização judiciária. Na esfera federal, as empresas públicas têm expressa referência para o foro fazendário (art. 109, I, CF), o que não ocorre com as empresas estaduais. Ter-se-á, pois, que interpretar o dispositivo conforme a Constituição: tais empresas só litigam nos Juizados Especiais de Fazenda Pública se assim dispuser o respectivo código de organização judiciária do Estado.

[3149] Art. 22, Lei nº 12.153/2009.

[3150] Art. 95, CPC.

[3151] Art. 102, I, "f", da CF.

[3152] STF, ACO 1.342/AgR, Min. MARCO AURÉLIO, em 16.06.2010.

[3153] Não obstante, é legítimo que a Constituição do Estado submeta tais litígios à competência originária do respectivo Tribunal de Justiça, aplicando, pois, a simetria decorrente da solução dada aos conflitos entre Estados ou entre estes e a União, todos sujeitos à competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "f").

[3154] Com a criação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ficou prejudicada a representação da União pelo Ministério Público Estadual nas causas de natureza fiscal, como previa o art. 29, § 5º, do ADCT da CF.

[3155] Vide Lei nº 9.469, de 10/7/1997 (art. 9º).

[3156] Súmula nº 644.

[3157] No mesmo sentido da representação por Procuradores o art. 12, I, do CPC.

[3158] Decidiu o STJ: "Município – Procurador – Representação Processual – Desnecessidade de Procuração. Os poderes de representação do procurador do município resultam do ato de sua nomeação, não se lhe aplicando o disposto no art. 37 do CPC, primeira parte" (REsp no 169.950-SP, 2ª Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, publ. DJ 13/10/1998, p. 71).

[3159] Curiosamente, o CPC, ao declinar os representantes judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal somente se referiu aos procuradores. Para os Municípios, reiterou a representação pelos procuradores e acrescentou a exercida pelo Prefeito. Assim, só o Chefe do Executivo Municipal, desde que seja advogado, pode representar judicialmente o Município, deferência que não foi estendida aos demais Chefes do Executivo.

[3160] ADI 1.557-DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. em 31/3/2004 (*Informativo STF* no 342, março/2004).

[3161] ROGÉRIO PACHECO ALVES, Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas, Lumen Juris, 2007, p. 83.

[3162] STF (RE no 90.424, 2ª T., Rel. Min. DJACI FALCÃO *in RTJ* 95/321); *RT* 594/94. Atualmente há regra expressa: art. 10 da Lei no 9.469, de 10/7/1997.

[3163] STF (ERE no 79842, Pleno, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, in RTJ 74/557). O TJ-RJ também já consignou: "Submetem-se às regras processuais em geral a sociedade de economia mista, por ser pessoa de direito privado e não possuir juízo privativo" (Enunciado Cível no 30, unân.; vide Aviso TJ no 44, publ. DO de 3/9/2001).

[3164] STF (RE nº 86.544, 2ª T., Rel. Min. LEITÃO DE ABREU, *in RTJ* 88/628); STJ (REsp nº 8.233, 2ª Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 13/5/1991).

[3165] A atual redação do dispositivo foi instituída pela Lei nº 9.245, de 26/12/1995.

[3166] MONIZ DE ARAGÃO, "Comentários ao CPC", vol. II, p. 115. O autor justifica a interpretação explicando que "a resposta ao recurso não se contém no conceito de recorrer, que designa apenas a interposição do recurso".

[3167] Súmula 116 do STJ.

[3168] *Contra*, admitindo o prazo em dobro na hipótese: STJ, REsp nº 663.267-PE, 4ª Turma, Rel. Min. JORGE

SCARTEZZINI, julg. em 17.5.2005 (*Informativo STJ* nº 247, maio/2005).

[3169] Ob. e vol. cit., p. 115.

[3170] STJ (REsp nº 37.312, 1ª Turma, Rel. Min. GOMES DE BARROS, DJ 25/4/1994).

[3171] HELY LOPES MEIRELLES, *"Mandado de Segurança..."* cit., pp. 103-104.

[3172] Note-se que, com a alteração mencionada, resultou prejudicada a primeira parte da Súmula 620, do STF, segundo a qual o reexame obrigatório não alcançaria as autarquias. Vide o que dissemos sobre a referida Súmula, incluída na relação de Súmulas apresentada ao final do Cap. IX.

[3173] É o que consta do § 2º do art. 475 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001.

[3174] A ressalva figura no § 3º do art. 475 do CPC, também acrescentado pela Lei nº 10.352/2001.

[3175] Tal alçada não se aplica, porém, ao mandado de segurança, porque regido por lei especial (Lei nº 12.016/2009), não sujeita a alteração ou revogação por lei geral – o CPC (art. 2º, § 2º, Lei de Introd. Cód. Civil). Portanto, mesmo sendo o valor da causa inferior àquele limite, deverá o juiz remeter o processo *ex officio* ao Tribunal *ad quem* (STJ, 1ª Seção, REsp nº 788.847-MT, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 26.4.2006; vide *Informativo STJ* nº 282, abr./2006).

[3176] Súmula nº 325, STJ.

[3177] STJ, REsp 904.885, Min. ELIANA CALMON, em 12.11.2008, e EREsp 1.036.329, Min. HUMBERTO MARTINS, em 14.10.2009.

[3178] A divergência está no próprio STJ: vide REsp 905.771, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI em 29.06.2010.

[3179] Súmula nº 452, STJ. Também: STJ, REsp 1.125.627, Min. TEORIA ZAVASCKI, em 28.10.2009.

[3180] Com o primeiro entendimento, vide *RJTJESP* 113/448; com o segundo, vide STJ, REsp 4.999-0, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, em 1/6/1995, publ. no DJ 19/6/1995, p. 18.634 (*apud* THEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., p. 484).

[3181] A exigência era consagrada na Súmula 129 do TFR: "É exigível das autarquias o depósito previsto no art. 488, II, do Cód. Proc. Civil, para efeito de processamento da ação rescisória". A mesma interpretação foi firmada pelo STF (RTJ 129/847) e pelo STJ (Revista do STJ 3/686).

[3182] STJ, REsp 76.969-SC, 6ª Turma, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ 10.06.96; REsp 77.978-RS, 6ª Turma, Rel. Min. ANSELMO SANTIAGO, DJ 11.03.96.

[3183] Art. 24-A, incluído pela MP 2.180-35/2001.

[3184] Súmula 175 do STJ: "Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS". Vide também Revista do STJ 91/211 e 71/310.

[3185] ADC nº 4/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 01.10.2008.

[3186] CELSO NEVES, *"Comentários ao CPC"*, Forense, RJ, vol. VII, p. 166.

[3187] Art. 1º-B, introduzido na Lei nº 9.494, de 10.09.97, pela MP 2.180-35/2001. Anote-se que o dispositivo derrogou o art. 730, do CPC, que fixava em 10 dias o prazo para embargos.

[3188] O STF, na ADC nº 11-MC/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO (julg.em 28.03.2007), considerando, a princípio, constitucional o dispositivo, deferiu medida cautelar para suspender os processos nos quais se discutia sua constitucionalidade, evitando os riscos da incerteza jurídica (vide *Informativo STF* nº 461, mar/2007).

[3189] O dispositivo foi acrescido pela MP 2.180-35/2001.

[3190] *Súmula nº 345*, *STJ*. Vide também EREsp. nº 653.270-RS, Corte Especial, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 05.02.2007, no qual se apontam várias decisões anteriores em contrário. No caso, tratava-se de ação coletiva movida por sindicato. Também: STJ, EREsp 513.608-RS, Corte Especial, Rel. Min. JOÃO OTAVIO DE NORONHA, em 05.11.2008.

[3191] No sentido expresso da admissibilidade já decidiu a 3ª Turma do STJ no REsp nº 181.353-SP (Agr. Regim.), Rel. Min. CASTRO FILHO, julg. em 11/9/2001 (Vide *"Informativo Jurisprudência STJ"* nº 108, de set./2001). O entendimento acabou por ser consagrado na Súmula 279, do STJ.

[3192] STJ, REsp 464.332-SP, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 14.9.2004 (*Informativo STJ* nº 221, set./2004). No mesmo sentido: REsp nº 447.406-SP, DJ de 12.5.2003.

[3193] No mesmo sentido, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, "A nova etapa da reforma do Código de

Processo Civil", Saraiva, vol. 1, 2006, pp. 183/6; e FELIPPE BORRING ROCHA, "Nova Sistemática Executiva do CPC e os Juizados Especiais Cíveis", em A Nova Reforma Processual, Lumen Juris, 2007 (coord. Gustavo Nogueira), p. 97. Contra, advogando processo uno, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, A Nova Execução de Sentença, Lumen Juris, 2006, 2ª ed., p. 139.

[3194] REsp 462, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, 11.5.2004 (Informativo *Jurisprudência STJ* nº 208, maio/2004).

[3195] Súmula 406 (2009). A Corte considerou os arts. 543-C, 655, XI e 656, do CPC, e arts. 11 e 15 da Lei 6.830/80.

[3196] STJ, REsp 547.221-PR, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em 21.09.2006 (*Informativo STJ* nº 297, set./2006).

[3197] Foi como, por maioria, decidiu o STJ, no REsp nº 743.867-MG, 2a Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 7.6.2005 (vide *Informativo STJ* nº 250, jun./2005). A nobre Relatora apoiou-se, inclusive, na jurisprudência anterior do mesmo STJ e na doutrina atualizada.

[3198] 558 Nesse sentido decidiu o STJ (REsp 202.277-SP, 2a Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETO, em 11/5/2004 (Informativo *Jurisprudência STJ* nº 208, maio/2004). Em que pese ser essa a melhor posição, a 1ª Seção do STJ, embora com votos vencidos, admitiu a ação monitória nesse caso, ao argumento de que não há colisão com o rito da execução contra a Fazenda (art. 730, CPC), o que, com a devida vênia, não se nos afigura verdadeiro (REsp nº 434.571-SP, Rel. Min. LUIZ FUX, em 8.6.2005; *Informativo STJ* nº 250, jun./2005). Essa última posição acabou sendo consagrada na Súmula nº 339, do mesmo STJ.

[3199] STF, RE 348.523 ED-Agr/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, em 12.09.2006 (*Informativo STF* nº 440, set./2006).

[3200] STJ, Corte Especial, EREsp 808.525-PR, Rel. Min. LUIZ FUX, em 19.09.2007 (*Informativo STJ* nº 332, set./2007).

[3201] STJ, REsp 366.196-RS, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julg. em 5.8.2004 (*Informativo STJ* nº 216, ago./2004). Em sentido contrário: STJ, REsp 884.574-ES, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, em 6.2.2007.

[3202] No RE 234.443-RS, a 1a Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, o STF reformou acórdão do TRF – 4a Reg., que tinha posição contrária (V. Informativo STF nº 210 – nov./2000).

[3203] Vide Súmula nº 421, STJ (2010).

[3204] STJ, REsp 1.183.771, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 26.10.2010.

[3205] Publ. no DJ de 9/12/1999.

[3206] Alteração introduzida pela MP 2.180-35/2001.

[3207] Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960, de 29.06.2009.

[3208] TJ-RJ, Embs. Decl. na Ap. Cível nº 2004.001.37158, 2ª Câm. Cível, Rel. Des. ELISABETE FILIZOLA ASSUNÇÃO, julg. em 22.6.2005.

[3209] Art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

[3210] Assim decidiu corretamente o STF no RE 356.711-PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, em 06.12.2005, reformando decisão do TST, que excluíra autarquia do sistema sob alegação de desempenho de atividade econômica.

[3211] Em tal sentido a Súmula 139 do TJ-RJ: "A regra do artigo 100 da Constituição Federal não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista".

[3212] Como já registramos, o STF, lamentavelmente, decidiu que a ECT – Empresa de Correios e Telégrafos, empresa pública com personalidade de direito privado, se equipara à Fazenda Pública, sujeitando-se ao regime de precatórios (RE 220.906, Rel.Min. MAURÍCIO CORRÊA, dez/2000). O mesmo em relação à ELETRONORTE, sociedade de economia mista (RE 599.628, Min. AYRES BRITTO, em 01.12.2010, ainda inconcluso).

[3213] Art. 100, § 11, CF, cf. EC 62/2009.

[3214] Nesse sentido, STF, Rcl. 3.138-CE, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 04.03.2009.

[3215] Súmulas 655 do STF e 144 do STJ.

[3216] Art. 100, § 2º, CF, com redação da EC 62/2009.

[3217] Art. 128, com redação da Lei nº 10.099, de 19.12.2000.
[3218] Art. 17, § 1º.
[3219] Art. 100, § 4º, CF.
[3220] Vale anotar que o art. 87 do ADCT da CF, com a redação da EC 37/2002, consigna que, enquanto não editadas as leis referidas no art. 100, § 4º, CF, considera-se de *pequeno valor* o crédito de valor igual ou inferior a 40 salários mínimos, se for devedor o Estado ou o DF, e 30 salários mínimos, se o débito for do Município.
[3221] O STF, em processo de execução, reformando decisão do TJ/RS, não admitiu a RPV para pagamento de custas de forma autônoma e considerou apenas o valor total do débito (RE 592.619, Min. GILMAR MENDES, em 08.09.2010).
[3222] Art. 100, § 8º, CF.
[3223] Art. 87, parág. único, ADCT da CF.
[3224] STF, RE 484.770-RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, em 06.06.2006, tendo a Corte confirmado acórdão do TRF da 4ª Região.
[3225] Para exemplificar: apresentado o precatório em setembro de 2009, o débito estará no orçamento de 2010 e o pagamento será feito até final de 2011.
[3226] Art. 100, § 7º, CF.
[3227] Art. 103-B, § 4º, III, CF.
[3228] Nesse sentido decidiu o STF na Recl. 1.987-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORR A, em 21.05.2003. Também: STF, ADI 1.662-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORR A, em 30.08.2001.
[3229] Art. 100, § 9º, CF.
[3230] Art. 100, § 10, CF. O art. 6º da EC 62, porém, convalidou as compensações de precatórios com tributos vencidos até 31.10.2009 do ente devedor, efetuadas na forma do art. 78, § 2º, do ADCT.
[3231] Art. 100, § 12, CF.
[3232] Art. 100, §§ 13 e 14, CF. Observe-se, contudo, que o art. 5º da EC 62 convalidou as cessões de precatórios consumadas antes da promulgação da Emenda.
[3233] Art. 100, §§ 15 e 16, CF.
[3234] STF, ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, Rel. Min. AYRES BRITTO, em 25.11.2010.
[3235] STF, RE 590.751, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, maioria, julg.em 09.12.2010.
[3236] É também o pensamento de ADILSON ABREU DALLARI, em *"Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública"* (RDA nº 239/2005, pp. 177/192). No mesmo sentido, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações de Direito Administrativo*, Renovar, 2000, p. 41.
[3237] STJ, REsp 128.812, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 31.08.98.
[3238] Súmula 733 do STF.
[3239] Súmula 311 do STJ.
[3240] Art. 1º-E, com redação da MP 2.180-35/2001.
[3241] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 426).
[3242] CRETELLA JÚNIOR, *"Dicionário"* cit., p. 204.
[3243] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 427).
[3244] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que denomina esta última categoria como a de *adéspotas* ou *res nullius* (*"Curso"* cit., p. 280).
[3245] Contra: LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Curso"* cit., pp. 359-360). Sustenta a conhecida jurista que o domínio eminente teria surgido na época feudal *"exatamente para que se atribuísse à Coroa a propriedade de todas as coisas"*. Traz, depois, lições de Rodrigo Octávio e Clóvis Beviláqua. Mas, *data venia,* eventual dissenso no significado da expressão não descaracteriza o sentido atual, razão por que nos colocamos ao lado da doutrina acima apontada, que indica o sentido que mencionamos.
[3246] No mesmo sentido, CRETELLA JÚNIOR (*"Dicionário"* cit., p. 108).
[3247] No mesmo sentido, LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 359). CELSO ANTÔNO BANDEIRA DE MELLO também considera esses como bens públicos, mas estende a noção àqueles que, *"embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público"*. Não concordamos

com esse elastério, com a devida vênia, não somente porque nos parece impreciso o alargamento da noção, como porque há inúmeros bens privados que estão afetados à prestação de um serviço público.

[3248] Segundo CRETELLA JR, o *"allodium"* era a gleba que os bárbaros distribuíam aos vencidos e que, assim, era considerada bem livre (*Bens Públicos* cit., p. 24). Ver também CALDAS AULETE, *Dicionário* cit., vol. I, p. 242.

[3249] Relembre-se, por oportuno, que as *associações públicas* passaram a integrar o elenco do art 41, do Código Civil, como espécie das autarquias (inc. IV), por força da Lei nº 11.107, de 6.4.2005, que regula os consórcios públicos. Sobre este instituto, vide Capítulo IX.

[3250] Ob. cit., p. 428 (grifos do original).

[3251] Ob. cit., p. 429.

[3252] No mesmo sentido, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, que, inclusive, invoca trabalho do Prof. ELIVAL DA SILVA RAMOS (ob. cit., p. 359). Também CELSO RIBEIRO BASTOS, embora em sentido lato considere tais bens como inseridos no patrimônio público (*"Curso"* cit., p. 306).

[3253] MS 23.627-DF e MS 23.875-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 7/3/2002 (vide "*Informativo STF"* no 259, março/2002).

[3254] MS 25.092, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, em 10.11.2005 (*Informativo STF* nº 408, nov./2005).

[3255] Sobre a melhor interpretação do dispositivo, faremos os devidos comentários adiante, ao tratarmos especificamente das ilhas.

[3256] Súmula no 650, STF.

[3257] STJ, Confl.Competência 55.433-SP, 3ª Seção, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, em 28.06.2006 (*Informativo STJ* 290, jun./2006). *In casu*, tratava-se de crimes em tese previstos na Lei 8.666/93, praticados por dirigentes de sociedade de economia mista, que geria o uso das áreas federais. Também: CC 43.376-DF (DJ 05.09.2005) e 45.154-SP (DJ 11.10.2005).

[3258] MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *"Curso de Direito Administrativo",* 1979, p. 250.

[3259] MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (ob. cit., pp. 250-251).

[3260] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 484).

[3261] No mesmo sentido, e de forma expressa, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 372) e DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 484).

[3262] O novo diploma não aludiu à administração distrital, termo usualmente empregado como referência ao Distrito Federal. Não obstante, o tratamento deve ser o mesmo, já que se trata de entidade própria integrante do regime federativo. Embora com fisionomia específica dentro da federação, o Distrito Federal guarda certa similitude com os Estados federados.

[3263] Por isso, o STF, reformando acórdão do Trib. Alçada de S. Paulo, decidiu que tais bens (no caso usados pela Cia. Docas do Estado de S.Paulo – CODESP, delegatária do serviço de exploração do Porto de Santos) estão protegidos pelo regime da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, "a", da CF, não incidindo o IPTU sobre seu patrimônio (RE 253.394-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 11.04.2003).

[3264] Do mesmo pensar é LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 168).

[3265] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir .Admin .Brasileiro* cit., p. 431.

[3266] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., p. 391.

[3267] Dicionário de Dir. Administrativo cit., p. 107.

[3268] FRANCISCO TORRINHA, *Dicionário Latino-Português*, Maranus, Porto, 1945, p. 269.

[3269] A classificação é adotada pelo velho Regulamento de Contabilidade Pública da União (Decreto no 15.783, de 8/11/1922) e usada por grande parte da doutrina em virtude de sua praticidade e precisão de critério.

[3270] Por exemplo: um prédio público é suscetível de avaliação patrimonial; é um bem vendável no mercado imobiliário e faz parte do patrimônio estatal. É, contudo, indisponível porque serve à utilização do Estado.

[3271] DIÓGENES GASPARINI emprega, como sinônimos, os termos *consagração e desconsagração* para indicar, respectivamente, a afetação e a desafetação.

[3272] O fato ocorreu com a desestatização da paraestatal Flumitrens (vide TJ/RJ, Ap.Civ. 2005.001.022297, julg. em 05.06.2005).

[3273] TJ/RJ, Reex.Necess. 2009.009.00082, julg. em 26.06.2009. No caso, área destinada à praça pública (bem de uso comum) foi destinada ao assentamento de população de baixa renda (bem dominical).

[3274] Comungam desse entendimento DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 486) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 374).

[3275] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO refere-se, inclusive, a *fato jurígeno*, excelente expressão para indicar que o fato jurídico causador da transformação é suscetível de acarretar efeitos jurídicos.

[3276] No memo sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS (*"Curso"* cit., p. 309).

[3277] Somente alguns bens de uso comum do povo são insuscetíveis de alienação, e assim mesmo por sua natureza especialíssima. Estão nesse caso os mares e os rios navegáveis, bens *extra commercium,* como bem salienta CELSO RIBEIRO BASTOS (ob. cit., p. 310).

[3278] Alguns autores referiam-se expressamente à inalienabilidade. Outros faziam referências um pouco diversas. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aludia à "inalienabilidade ou alienabilidade dos termos da lei" (ob. cit., p. 392). LUCIA VALLE FIGUEIREDO distinguia a inalienabilidade absoluta e a relativa (ob. cit., p. 368).

[3279] JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR, *O Poder Jurisdicional de Administrar*, Lumen Juris, 2007, p. 122.

[3280] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 450).

[3281] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO lembra, com toda a razão, que desde o Brasil Colônia já era acolhida essa proteção. A Lei no 601, de 1850, a primeira lei de terras, também fixou a imprescritibilidade. Posteriormente, os Decretos nos 19.924, de 27/4/1931, 22.785, de 31/5/1933, e 710, de 17/9/1938, confirmaram a posição. Por fim, a Súmula no 340 do STF assentou: *"Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"*. A matéria está, portanto, sedimentada.

[3282] TRF 2ª Reg., Ap.Civ. 9416-0/2002, Rel. Juiz Convoc. MAURO LUÍS ROCHA LOPES, publ. 08.08.2008 (*apud* COAD 126738/2008).

[3283] V. art. 90, Decr.-lei 9.760/46, que dispõe sobre imóveis da União Federal.

[3284] JUAREZ FREITAS, "*Revista de Jurisprudência dos Estados"*, vol. 121, fev/94; SILVIO RODRIGUES, "*Revista Literária de Direito"*, jan/fev/97, pp. 8/10.

[3285] A doutrina dominante também não aponta essa distinção. Vide MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Dir. Admin.* cit., 2007, p. 622); ODETE MEDAUAR (D*ir. Admin. Moderno* cit., p. 287); e DIÓGENES GASPARINI (*Dir. Admin.* cit., 2006, p. 815).

[3286] CRISTIANA FORTINI, "*A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade*", in RDM- Rev. Dir. Municipal, Belo Horizonte, ano 5, nº 12, pp. 113/122, 2004.

[3287] Vide adiante, a respeito do tema, nossos comentários no tópico referente à legitimação da posse.

[3288] Ob. cit., p. 451.

[3289] Art. 1.420 do Código Civil.

[3290] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 377). A autora, porém, traz entendimento de SEABRA FAGUNDES no sentido de ser admitida a garantia real sobre bens dominicais, porque o Estado teria renunciado à sua indisponibilidade. Com razão, discorda do grande administrativista, cujo pensamento é, também em nosso entender, incongruente com o atual sistema constitucional.

[3291] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 490).

[3292] Exemplo de condição para a aquisição de bens por contrato de compra é a prévia exigência de licitação, como decorre da disciplina traçada pela Lei no 8.666/93. Se se trata de aquisição de imóvel para o atendimento de finalidades básicas da Administração, cujos fatores de instalação e localização indiquem certa escolha, a licitação é dispensável (art. 24, X). Outro exemplo é a demonstração da utilidade do bem para a atividade administrativa, evitando-se eventual dilapidação do erário público sem motivo justificável. Merece ser lembrado também o requisito que exige prévia dotação orçamentária (art. 14, Lei no 8.666/93).

[3293] Arts. 1.238 a 1.244, Código Civil, referentes à propriedade imóvel, e arts. 1.260 a 1.262, relativos à

propriedade móvel.

[3294] No mesmo sentido, DIÓGENES GASPARINI, trazendo o abono de autorizada doutrina, como CRETELLA JÚNIOR, GUIMARÃES MENEGALE e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (ob. cit., p. 506). HELY LOPES MEIRELLES tem igualmente esse entendimento (ob. cit., p. 452).

[3295] Vide Capítulo XIII.

[3296] Art. 1.248, I a V, do Código Civil.

[3297] Há outros casos de acessão por formação de ilhas previstos para as denominadas águas particulares. Esses casos estão disciplinados no Código de Águas (Decreto no 24.643/34).

[3298] Art. 26 do Código de Águas.

[3299] Os Estados foram excluídos da relação pela Lei no 8.049, de 20/6/90.

[3300] Idêntica regra constava do antigo Cód. Civil (art. 1.594).

[3301] Art. 1.801, Cód. Civil. Cf. ainda CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*"Instituições"* cit., vol. VI, 1974, p. 150).

[3302] Vide arts. 686 a 707 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006.

[3303] Arts. 685-A e 685-B, do CPC, com a redação da Lei nº 11.382, de 06.12.2006.

[3304] Arts. 678 e seguintes.

[3305] Art. 693, do antigo Cód. Civil.

[3306] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 502).

[3307] Lei no 6.766, de 19/12/1979 – a lei do parcelamento do solo urbano.

[3308] Como regra, os bens (sobretudo os de uso comum do povo) passam ao domínio do Município. Mas é possível que haja, por exemplo, a destinação de área para construir-se escola do Estado; nesse caso, o bem será estadual.

[3309] A referida lei regulamenta o art. 37, § 4o, da CF.

[3310] Art. 18.

[3311] Art. 35, § 1o.

[3312] Ver o que escrevemos a respeito da reversão nos contratos de concessão de serviços públicos no Capítulo V, tópico III, no 19.

[3313] SILVIO DE SALVO VENOSA, *"Direito Civil"*, Atlas, vol. V, 3a ed., 2003, p. 239.

[3314] DIÓGENES GASPARINI apresenta, ainda, mais dois exemplos. O primeiro é o da desapropriação de áreas onde sejam cultivadas plantas psicotrópicas, prevista, como já vimos, no art. 243 da CF. O segundo é a investidura, que, veremos adiante, significa a anexação de área remanescente à propriedade em virtude de alteração de traçado urbano, normalmente prevista em lei. Aquele caso, porém, pode incluir-se nos de desapropriação, e este, embora possível como meio de aquisição, é muito mais comum como forma de alienação de bens públicos. Por isso, estudaremos o instituto dentro do tema relativo à alienação de bens públicos. (*Dir. Administrativo"*, cit., pp. 500-501).

[3315] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 431).

[3316] *Idem*, p. 432.

[3317] Ob. cit., p. 384.

[3318] O mesmo ocorre com as ruas de pedestres. MARIA SYLVIA DI PIETRO dá exemplo das ruas nas quais os moradores obtêm autorização para interditar por um período para a realização de festa local. Outro exemplo da autora: a permissão para que, em mercado de boxes de venda, seja instalada uma cantina. Esta só indiretamente terá objetivo compatível com o dos titulares dos boxes (ob. cit., p. 384).

[3319] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de modo oportuno, acentua que os bens de uso comum do povo devem ser usados *"indistintamente por quaisquer sujeitos, em* concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, *de acordo com o destino do bem e em condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar"* (ob. cit., p. 401, grifos do autor).

[3320] A nomenclatura dessa forma de uso varia de acordo com o autor. MARIA SYLVIA DI PIETRO, por exemplo, considera que o uso remunerado do bem público corresponde ao uso comum extraordinário (ob. cit., p. 386). Entendemos melhor a classificação de HELY LOPES MEIRELLES, que agrupa como

de uso especial os dois casos: o uso específico por alguém e o uso mediante remuneração (ob. cit., p. 434).

[3321] Podemos concluir, portanto, que os bens de uso comum do povo e os de uso especial podem estar sujeitos a uso comum ou a uso especial. No caso da rodovia, por exemplo, que é um bem de uso comum do povo, se não há pedágio, o uso é comum; se há, é uso especial. O mesmo em relação ao museu: se o ingresso é gratuito e aberto ao público, trata-se de uso comum de bem de uso especial; se há pagamento, tratar-se-á de uso especial de bem de uso especial.

[3322] O tema foi bem examinado, no que toca ao uso do subsolo para implantação de gasodutos por empresa distribuidora de gás canalizado, por MARCELO FIGUEIREDO, no trabalho *"Utilização de subsolo para passagem de equipamentos públicos – Aspectos gerais e desafios do uso compartilhado – Resenha doutrinária e jurisprudencial"*, em que o autor enfoca algumas das situações que mencionamos (*in RTDP* vol. no 26, pp. 187-194, 1999). Vide também CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO, em "*As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano"*, na *RTDP* no 27, pp. 123-130, 1999).

[3323] No mesmo sentido, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE e SOLON SEHN, "Municípios e concessionárias federais de serviço de energia elétrica e telecomunicações – Cobrança de preço público pela permissão de uso do solo urbano" (RTDP no 33, pp. 100-109, 2001).

[3324] É a correta observação de ADILSON ABREU DALLARI em seu trabalho *"Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações"* (*RDA* no 223, p. 51, 2001).

[3325] O STJ, no REsp 897.296-RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 31.08.2009, não aceitou a referida cobrança, mesmo havendo lei municipal com tal previsão. Também: REsp 863.577, Min. MAURO CAMPBELL, em 10.08.2010.

[3326] O STF não admitiu cobrança de taxa de ocupação de solo pela instalação de postes em via municipal por empresa de energia elétrica (RE 581.947, Min. EROS GRAU, em 15.05.2010). O Min. RICARDO LEWANDOWSKI, porém, votou no sentido de que o equívoco foi a instituição de taxa, já que não haveria poder de polícia na espécie – fundamento mais apropriado à controvérsia.

[3327] A respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no trabalho "*Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança"* (RTDP no 31/90, ano 2000). *Contra*: STJ, REsp 954.067-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, em 27.05.2008 (o acórdão refere-se à cobrança de *taxa*, realmente inviável para concessionários, mas no fundo negou a própria remunerabilidade).

[3328] Abonamos aqui, mais uma vez, o pensamento de ADILSON ABREU DALLARI (Ob. cit., p. 40). Permitimo-nos ir mais além: nenhum ente federativo pode impedir o uso de bens de uso comum do povo sob sua administração para a execução de serviços públicos, salvo efetiva comprovação do impedimento. Pode até cobrar pelo uso, mas não impedi-lo. Só assim se afastará eventual autoritarismo e se poderá admitir o respeito ao princípio da eficiência.

[3329] JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Bens Públicos,* p. 318.

[3330] SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*"Direito Administrativo Didático"* cit., p. 187) refere-se unicamente à permissão, mas, na verdade, nenhum óbice haveria para que a delegação se desse por concessão. Forma inadequada, em nosso entender, seria ato de *autorização*, porque nele a atividade autorizada é do exclusivo interesse privado, o que efetivamente não é o caso dos cemitérios, mesmo que particulares.

[3331] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro,* p. 330; SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ob. e loc. cit.

[3332] THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *"Tratado de Direito Administrativo",* p. 386.

[3333] HELY LOPES MEIRELLES, *"Direito Municipal"* cit., p. 330.

[3334] Um desses concessionários é a Santa Casa de Misericórdia, como informa SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (ob. e loc. cit.).

[3335] ADIn 1.221-RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. em 9/10/2003 (vide *"Informativo STF"* no 324, out./03).

[3336] Também: STJ, REsp 747.871-RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 21.06.2007 (*Informativo STJ* nº 324, jun./2007).

[3337] CRETELLA JR., *"Bens Públicos"* cit., p. 320.
[3338] Nesse sentido, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, ob. e loc. cit.
[3339] Vide a respeito MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Uso Privativo de Bem Público por Particular,* Atlas, 2ª ed., 2010, p. 29.
[3340]*Idem*, pp. 386-387.
[3341] Vale a pena observar, todavia, que algumas dessas características não se aplicam integralmente aos instrumentos de uso privativo regulados pelo direito privado, como veremos adiante.
[3342] STF, RE 451.152, Min. GILMAR MENDES, em 27.08.2006, e RE 599.417, Min. EROS GRAU, em 20.09.2009.
[3343] STF 253.472, Min. JOAQUIM BARBOSA, em 25.08.2010. Houve, porém, três votos vencidos, com os quais, segundo nos parece, está a melhor orientação.
[3344] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 435).
[3345] A correta observação é de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 389).
[3346] TRF-2ª R, AMS 023999/2001, Rel. Des. RALD NIO COSTA, DJ 09.05.2008.
[3347] Arts. 9o, § 3o, e 4o e 5o da MP 2.220.
[3348] Nesse sentido, decisão do TA-SP (Ap. com Rev. no 269.229-0, 7a CCív, Rel. Juiz GUERRIERI REZENDE, julg. em 27/6/1990).
[3349] É o entendimento adotado pelo TJ-MG (ApCív no 76.179, 1a CCív, Rel. Des. PAULO TINOCO, *apud ADCOAS* 128137).
[3350] TJ-GO (Duplo Grau de Jurisd. no 1.647, 2a CCív, Rel. Des. FENELON TEODORO REIS, julg. em 22/5/1990).
[3351] A correta advertência é de LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*"Curso"* cit., p. 376).
[3352] Art. 17, I, "f" e "h", Lei 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.481/2007.
[3353] Ressalvamos, entretanto, que a ideia clássica é realmente a da distinção entre os atos, e por essa razão a adotamos em nossa exposição. A unificação é apenas uma proposta colocada à reflexão dos estudiosos e aplicadores do Direito, como já tivemos oportunidade de defender em trabalho que escrevemos – *"Autorização e Permissão: A Necessidade de Unificação dos Institutos"* (Revista do Ministério Público, no 16, 2002, pp. 117-130).
[3354] Ob. cit., p. 391.
[3355] Em sentido contrário, HELY LOPES MEIRELLES, que assevera que sempre será prevalente o interesse público pelo fato de ser celebrado contrato administrativo (ob. cit., p. 437). A opinião do ilustre autor, com a devida vênia, nos parece no mínimo contraditória, na medida em que admite a existência dos contratos administrativos de *atribuição*, em relação aos quais o interesse precípuo é o do particular, distinguindo-os dos de *colaboração* nos quais predomina o interesse público (ob. cit., p. 197).
[3356] É também a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Admin. Brasileiro,* cit., p. 438.
[3357] Também: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 664.
[3358]*Contra*: HELY LOPES MEIRELLES*, Dir.Admin.Brasileiro* cit., p. 438. DIÓGENES GASPARINI desaconselha o emprego de locação e comodato, embora reconheça inexistir qualquer vedação nesse sentido (*Direito Administrativo* cit., 9ª ed., 2004, p. 759).
[3359] Foi como decidiu o STF no RE 451.152, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 14.02.2006.
[3360] Art. 7º.
[3361] Art. 7º, redação da Lei nº 11.481, de 31.05.2007.
[3362] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*"Curso"* cit., p. 405).
[3363] DIÓGENES GASPARINI, no trabalho que escreveu a respeito desse instituto, refere-se à possibilidade exclusiva de a concessão incidir sobre terrenos (*"Concessão de Direito Real de Uso", RDP* 92, p. 210, 1989). Mas o art. 8o do Decreto-lei no 271/67 admite expressamente a ocupação do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, como bem lembra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 406).
[3364] Art. 1.473, § 2º, Cód. Civil, com redação da Lei nº 11.481/2007.
[3365] Art. 22, § 1º, III e § 2º, da Lei nº 9.514, de 20.11.97 (que disciplina a alienação fiduciária), com a

alteração da Lei nº 11.481/2007.

[3366] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 439).

[3367] Decreto nº 5.732, de 23.3.2006 (art. 1º). Esse ato de regulamentação abrange apenas as concessões federais, mas não as dos outros entes federativos, resguardados que são pela autonomia administrativa que lhes confere a Constituição.

[3368] Art. 17, I, "f" e "h", da Lei 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.481/2007.

[3369] A disciplina do instituto figurava no projeto de lei que deu origem ao Estatuto da Cidade (Lei no 10.257, de 4/7/2001). Em razão do veto presidencial, a lei acabou não tratando do tema, o que veio a ser suprido com a edição da MP no 2.220/2001.

[3370] Art. 2º, I, Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

[3371] À guisa de exemplo, a Lei nº 11.888, de 24.12.2008, regulamentando o art. 4º, V, "r", do Estatuto da Cidade, assegurou às famílias de baixa renda *assistência técnica pública e gratuita* para o projeto e a construção de habitações de interesse social.

[3372] Art. 22-A, da Lei nº 9.636, de 15.5.98, introduzido pela Lei nº 11.481, de 31.05.2007.

[3373] Art. 22-A, § 2º, da Lei nº 9.636/98, com a redação da Lei nº 11.481, de 31.05.2007.

[3374] A alteração foi também introduzida pela citada Lei nº 11.481/2007.

[3375] Art. 22, § 1º, II, da Lei nº 9.514, de 20.11.97 (que dispõe sobre a alienação fiduciária), com a redação da Lei nº 11.481/2007.

[3376] O art. 15 da MP no 2.220 altera o art. 167, I, da Lei no 6.015/73 (registros públicos), inserindo o no 40 (contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público) e alterando o no 37 (que havia sido introduzido pelo Estatuto da Cidade), para constar como passíveis de registro os termos administrativos ou as sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia.

[3377] Art. 13 da Lei nº 11.481, de 31.05.2007.

[3378] Art. 1o, § 3o.

[3379] Art. 6o. Registre-se que a Administração terá o prazo máximo de doze meses, contado da protocolização, para decidir o pedido (art. 6o, § 1o).

[3380] O art. 6o, § 2o, que menciona tal exigência, não se refere a imóvel do Distrito Federal. E está correto em não fazê-lo, porquanto essa entidade não tem divisão em Municípios (art. 32, CF) e apresenta a peculiaridade de acumular as competências estaduais e municipais (art. 32, § 1o, CF).

[3381] Coerente com a vinculação do administrador, a lei atribuiu à sentença judicial a natureza *declaratória*, demonstrando que o direito era preexistente. A decisão, pois, há de ter efeito *ex tunc*, retroagindo ao momento em que o ocupante adquiriu o direito em face do preenchimento dos requisitos legais.

[3382] Art. 5o, I a V.

[3383] Art. 8o. A lei referiu-se também à aquisição de concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Ora, se o legislador fixou o prazo de 30/6/2001 para o ocupante ter direito à concessão, dificilmente poderia ter direito a uma outra do mesmo tipo, a menos que nova lei fixasse outro termo final. Como o texto alude a "*concessão de uso*" de outro imóvel, poder-se-á admitir outro tipo de concessão que não a que está em foco. Mas, para observar-se um mínimo de lógica, tal concessão teria que permitir o uso para moradia do interessado. Fora daí, não teria sentido extinguir a concessão já outorgada para moradia do interessado.

[3384] Art. 2o, §§ 2o e 3o.

[3385] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 436); LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 378).

[3386] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 519).

[3387] Art. 64, § 3º, Decr.-lei nº 9.760, de 05.09.46.

[3388] Art. 18, I, Lei nº 9.636, de 15.05.98.

[3389] Contra: HELY LOPES MEIRELLES, que exige autorização legal quando a cessão é para entidade diversa (ob. cit., p. 437).

[3390] Ob. cit., p. 519.

[3391] Vide neste Capítulo o item VIII, no 4.3, nota no 72.

[3392] RE no 185.578-RJ, 1a Turma, Rel. Min. ilmar galvÃo, julg. em 6/10/1998 (*apud Informativo STF* no 126,

publ. 14/10/1998).

[3393] Art. 3º, Decr.-lei nº 2.398, de 21.12.87.

[3394] Art. 101, parágrafo único, do Decreto-lei no 9.760/46, com a redação da Lei no 9.636, de 15/5/1998.

[3395] Relembramos, por oportuno, que o novo Código Civil não mais alude à enfiteuse no elenco dos direitos reais (art. 1.225).

[3396] A Lei no 9.636, de 15/5/1998, que substituiu a MP no 1.567 e suas reedições, dispôs sobre regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União Federal, tendo introduzido várias alterações no Decreto-lei no 9.760/46 e revogado outros diplomas legais relativos a essa matéria. O referido diploma, por sua vez, também já sofreu algumas alterações por legislação subsequente.

[3397] Art. 17, I, "f" e "h", da Lei 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.481/2007.

[3398] Vide a respeito os nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Lumen Juris, 3a ed., 2009, p. 154.

[3399] Na hipótese – dita o dispositivo – aplica-se o Código Civil, *"no que não for diversamente disciplinado em lei especial"*. Como a Lei 10.257/2001 é lei especial, será ela aplicada a imóveis em áreas urbanas.

[3400] A respeito, consulte-se RICARDO PEREIRA LIRA, *Elementos de Direito Urbanístico*, Renovar, 1997, p. 62; também nossos *Comentários ao Estatuto da Cidade* cit., p. 156.

[3401] Incide aqui o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual não ocorre revogação quando lei geral sucede a lei especial. Assim, coexistem ambas as disciplinas.

[3402] Também: MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, *Direito das Coisas*, Lumen Juris, 2007, p. 297.

[3403] Arts. 24, § 2º, do Estatuto da Cidade, e 1.369, do Cód. Civil.

[3404] Art. 13 da Lei nº 11.481, de 31.5.2007.

[3405] Com o mesmo entendimento, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Estatuto da Cidade*, RT, 2002, obra coletiva org. por Odete Medauar e o autor, p. 114.

[3406] Apesar disso, o próprio Cód. Civil, como vimos, admite incidência da lei especial, suprindo, pois, a omissão do Estatuto.

[3407] Por ser lei geral, entendemos aplicável o Código Civil subsidiariamente no caso de desapropriação de imóvel situado em área urbana (vide nossos *Comentários* cit., p. 157).

[3408] A lei especial em vigor sobre locações é a Lei no 8.245, de 18/10/1991. No art. 1o, parágrafo único, "a", no 1, porém, a referida lei deixou consignado que os imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis específicas.

[3409] É como pensam DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo* cit., 9ª ed., 2004, p. 759 e HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Admin. Brasileiro,* cit., 29ª ed., 2004, p. 504.

[3410] Assim também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* cit., 22ª ed., 2007, p. 893, e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Dir. Administrativo* cit., 19ª ed., 2006, p. 664.

[3411] É o caso da Lei 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações), que se refere à locação de imóveis públicos no art. 17, I, "f" e "h", com a redação da Lei nº 11.481/2007.

[3412] REsp no 41.549-ES, 2a Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julg. em 22/2/2000 (vide *Informativo Jurisprudência STJ* no 48, fev./2000).

[3413] Art. 17, I, "f" e "h", Lei 8.666/93, com redação da Lei 11.481/2007.

[3414] Vide o que dissemos no tópico VI, no 1, deste Capítulo.

[3415] Veja-se Medida Cautelar na ADIN no 927-3-RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, na qual foi julgado inconstitucional o art. 17, inc. I, "b" e "c"; inc. II; e § 1o, da Lei no 8.666/93. Sobre o tema já nos antecipamos ao estudarmos a disciplina legal dos contratos administrativos (Capítulo V, tópico IV).

[3416] É a alienação de áreas públicas remanescentes de obras. Ver adiante, no tópico 4, a fisionomia do instituto.

[3417] Art. 17, I, "f" e "h", da Lei 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.481, de 31.05.2007.

[3418] Art. 17, I, "i", da Lei 8.666/93, incluída a alínea pela Lei nº 11.952, de 25.06.2009.

[3419] Art. 17, I, "g", da Lei 8.666/93, incluída a alínea pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005.

[3420] Com esse fundamento, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Tocantins, que estabelecia normas para a venda de lotes e moradias a servidores estaduais no perímetro urbano da

capital sem critérios que pudessem evitar a distribuição indiscriminada de terras públicas (ADI no 651-TO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julg. em 8/2/2002; vide *"Informativo STF"* no 276, ago./2002).

[3421] Foi como decidiu o STF na ADI 2.990, Rel. Min. EROS GRAU, em 18.04.2007, declarando constitucional a Lei nº 9.262/96, que admitia a venda direta em virtude de parcelamento já reconhecido pela autoridade pública e previa a regularização do loteamento (vide *Informativo STF* nº 463, abr./2007).

[3422] ADI 2416-DF, Rel. Min. EROS GRAU, em 20.06.2007, julgamento ainda inconcluso (*Informativo STF* nº 472, jun./2007). O caso envolve a Lei Distrital nº 2.689/2001, que regula a alienação de áreas do DF e da Cia.Imobiliária de Brasília – TERRACAP.

[3423] Vide art. 24, VIII, da Lei no 8.666/93.

[3424] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 445).

[3425] ADI nº 927-RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO. Vide Capítulo V, no tópico relativo à disciplina normativa.

[3426] A nova redação do dispositivo foi data pela Lei nº 11.952, de 25.06.2009.

[3427] A ADI 927-RS decidiu exatamente nesse sentido.

[3428] Essa conclusão foi firmada pelo STF, da mesma forma, na citada ADI 927-RS.

[3429] Art. 17, § 4º, Lei 8.666/93.

[3430] MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários* cit., 9ª ed., 2002, pp. 186/187

[3431] Também: JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, *Comentários* cit., 5ª ed., 2002, p. 210.

[3432] Na esfera federal, a dispensa de licitação na permuta, quando se trata de imóveis, deve atender à necessidade de instalação de algum serviço em local de maior conveniência. Cf. art. 17, I, "c", c/c art. 24, X, Lei no 8.666/93.

[3433] Art. 995.

[3434] SILVIO DE SALVO VENOSA, *"Direito Civil"*, Atlas, vol. II, 3a ed., 2003, p. 286.

[3435] Esse tipo de alienação remonta à época das concessões de sesmaria e das concessões de data, instrumentos pelos quais a Coroa ia transferindo a particulares áreas a ela pertencentes. Posteriormente, com o advento da República, as terras devolutas tiveram o domínio traspassado para Estados, os quais por sua vez transferiram parte delas para Municípios.

[3436] HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 448).

[3437] Art. 17, § 2º, II, Lei 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.952, de 25.06.2009.

[3438] Art. 17, § 2º, Lei 8.666/93.

[3439] Art. 17, § 2º-A, e incisos I a IV.

[3440] Art. 17, § 2-B, I e II, Lei 8.666/93 (o inciso II teve sua redação alterada pela Lei nº 11.763, de 01.08.2008).

[3441] Cf. CRETELLA JÚNIOR (*"Dicionário"* cit., p. 310).

[3442] Art. 17, § 3o, II, da Lei no 8.666/93, com a modificação introduzida pela Lei no 9.648, de 27/5/1998.

[3443] DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 522).

[3444] A Lei no 6.015/73, que regula os registros públicos, prevê expressamente o registro "da transferência de imóvel à sociedade, quando integrar cota social" (art. 167, I, no 32).

[3445] Vide Capítulo XIII, tópico XVII.

[3446] Com o mesmo entendimento, DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 523).

[3447] Art. 29, § 1º, Lei 6.383/76.

[3448] A respeito, consulte-se MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., pp. 381-382).

[3449] A lei instituiu o Programa *Minha Casa, Minha Vida,* para facilitar aquisição de imóveis para famílias com renda mensal de até dez salários mínimos.

[3450] Arts. 58, § 2º e 59.

[3451] "*Art. 60 – Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos, de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal".*

[3452] Art. 60-A e parág. único, Lei 11.977/2009, incluídos pela MP nº 514, de 01.12.2010.

[3453] Art. 17, I, "g", da Lei nº 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.196, de 21.11.2005.

[3454] Art. 17, § 2º-A, Lei 8.666/93, com a redação da Lei nº 11.196/2005. O dispositivo enumera, ainda, algumas outras condições ensejadoras da dispensa da autorização legislativa; entre elas, a de que a detenção seja anterior a 01.12.2004.

[3455] CRETELLA JUNIOR, *Bens Públicos* cit., p. 292, invocando RODRIGO OTÁVIO e sua obra *Do Domínio da União e dos Estados* (1924). Sobre o tema, vide JOSÉ EDGAR PENNA AMORIM PEREIRA, *Perfis Constitucionais das Terras Devolutas*, Del Rey, 2003, pp. 13/32.

[3456] HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., 29ª ed., p. 521, com lastro na obra de J.O. LIMA PEREIRA, *Da Propriedade no Brasil* (1932).

[3457] Art. 5º. As terras devolutas em fronteiras são reguladas pelo Decreto-lei 2.375, de 24.11.87.

[3458] É a exata lição de CRETELLA JUNIOR, *Bens Públicos* cit., p. 292.

[3459] Essa distribuição aos Estados decorreu da Constituição de 1891 (art. 64).

[3460] O art. 5o do Decreto-lei no 9.760/46 fez referência a vários desses títulos alienativos, como a sentença judicial, a lei, a posse incontestada e com justo título por mais de 20 anos, a posse sem título por mais de 30 anos e outros documentos comprobatórios de alienação, concessão ou reconhecimento estatal.

[3461] Essa é também a opinião de MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 408).

[3462] STJ, Ag. 514.921, Min.HUMBERTO G. BARROS, em 17.11.2005, e REsp 113.255, Min. ARI PARGENDLER, em 10.04.2000. Também: TJ/RJ, Ap.Cív. 0014626/2003, Des. Odete K.Souza, em 02.06.2010.

[3463] NILMA DE CASTRO ABE, no trabalho intitulado *"O domínio da União sobre terras devolutas"* (RTDP no 31, pp. 216-223, ano 2000).

[3464] A definição inicial dos terrenos de marinha foi dada pelo Aviso Imperial de 12/7/1833, e por isso a referência ao preamar médio de 1831. O Decreto-lei no 9.760/46 também define essas áreas e faz menção ao preamar da mesma época (art. 2o).

[3465] Reitere-se que, no que concerne à União, o laudêmio é de 5% sobre o valor atualizado do domínio útil e das benfeitorias (art. 3º, Decr.-lei nº 2.398/87).

[3466] A matéria está disciplinada nos arts. 127 a 132 do Dec.-lei no 9.760/46.

[3467] Art. 47 da Lei nº 9.636/98, com a redação da Lei nº 10.852, de 29.03.2004.

[3468] STJ EREsp 961.064-CE, Min. CASTRO MEIRA, em 10.06.2009, e AgRg-REsp 1.071.126, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 19.08.2010..

[3469] O órgão, em 2010, é a SPU – Secretaria do Patrimônio da União, integrante da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

[3470] Vide STJ, REsp 1.146.556-SC, Min. LUIZ FUX, em 09.02.2010, e REsp 1.161.439-SC, Min. HUMBERTO MARTINS, em 10.12.2009.

[3471] O STJ, aliás, já consolidou tal entendimento: vide REsp 1.158.545, Min. BENEDITO GONÇALVES, em 14.09.2010, e REsp 1.152.269, Min. CASTRO MEIRA, em 11.05.2010.

[3472] STJ, REsp 1.183.546-ES, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, em 08.09.2010 e REsp 409.303-RS, Min. JOSÉ DELGADO, em 27.08.2002.

[3473] STJ, REsp 968.241-RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, em 15.09.2009.

[3474] STJ, REsp 1.190.970, Min. ELIANA CALMON, em 15.06.2010, e REsp 926.956, Min. HUMBERTO MARTINS, em 03.12.2009.

[3475] Cf. arts. 16, § 2o, e 17 do Código de Águas (Decreto no 24.643/34).

[3476] A expressão *terrenos reservados* é empregada pelo Código de Águas, ao passo que *terrenos marginais* foi a utilizada no Decreto-lei no 9.760/46. A conceituação é idêntica em ambos os diplomas, razão por que se consideram com o mesmo sentido. No mesmo sentido, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 402) e DIÓGENES GASPARINI (ob. cit., p. 538).

[3477] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 402).

[3478] Em contrário, a clássica posição de HELY LOPES MEIRELLES, segundo o qual tais áreas são do domínio privado e suscetíveis de expropriação e indenização (ob. cit., p. 461).

[3479] O STF reafirmou a orientação da Súmula no RE 331.086-PR, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 02.09.2008.

[3480] Súmula no 650.
[3481] Art. 231, § 1o a 6o, da CF.
[3482] Art. 4o, III, da Constituição de 1967, com a Emenda no 1/69.
[3483] Art. 11 e parágrafo único, neste último sendo feita referência ao art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, em 10.12.82.
[3484] Art. 12.
[3485] A leitura isolada do art. 20, IV, da CF, poderia induzir o intérprete a considerar que apenas nas ilhas costeiras haveria domínio do Estado. Contudo, o art. 26, II, da CF, mencionado por aquele dispositivo, refere-se a ilhas oceânicas e costeiras, de modo que, numa interpretação conjugada, se infere que o domínio estadual pode processar-se em qualquer das duas espécies de ilhas.
[3486] Note-se, por oportuno, que na Proposta de Emenda à Constituição nº 15, de 2004, publicada no Diário do Senado, de 16.12.2004, constou no texto, apenas e adequadamente, a menção às "*ilhas costeiras* que contenham a sede de Município".
[3487] As ilhas oceânicas são unidades de conservação ou de pesquisa. É o caso do atol das Rocas, o arquipélago de Fernando de Noronha, os penedos de S. Pedro e S. Paulo, Trindade e Martim Vaz.
[3488] Nos dados inspiradores da EC 46/2005 em foco, foram expressamente mencionados alguns Municípios situados em ilhas, alguns com o *status* de capital de Estado, como S. Luís, Florianópolis e Vitória, e outros como os Municípios situados na ilha de Marajó e na Ilha Bela. Todas essas ilhas se caracterizam como costeiras, e tanto é assim que, por serem próximas ao continente e apoiadas na plataforma continental, se ligam àquele através de pontes.
[3489] Tal observação está, inclusive, expressa na justificativa da citada Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2004, aprovada no Senado.
[3490] Em tal sentido, sentença da 58ª Vara Federal Cível do Espírito Santo, de maio de 2007, em ação civil pública movida pelo MP Federal (Proc. 2006.50.01.000112-6).
[3491] A referida sentença teve sua execução suspensa por decisão do TRF da 2ª Região, Rel. Des. CASTRO AGUIAR, em junho/2007 (Proc. 2007.02.01.006408-6).
[3492] Art. 44. A lei, porém, dispensa da autorização os órgãos que já atuam nas citadas ilhas em virtude de dispositivos legais ou por força de compromissos legais já firmados (art. 44, parág. único).
[3493] Tem havido controvérsias sobre o domínio das ilhas internas situadas em rios e lagos pertencentes ao Estado. Não obstante, parece-nos claro que a Constituição só quis atribuir ao domínio da União as ilhas fluviais e lacustres nas faixas de fronteiras por razões de defesa e segurança nacional. As que se situam nas águas do domínio da União também serão, logicamente, de seu domínio. Fora daí, o domínio é dos Estados, como emana do art. 26, III, da CF. Cf. a respeito HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., pp. 462-463).
[3494] DIÓGENES GASPARINI, com amparo no art. 25 do Código de Águas (ob. cit., p. 545).
[3495] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 412).
[3496] Súmula no 477, STF.
[3497] STJ, REsp 752.944-PR, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, em 24.06.2008 (*Informativo STJ nº* 361, jun/2008).
[3498] Art. 1o, § 1o, inc. I a IV. A Lei nº 10.787, de 25.11.2003, prorrogou o prazo até 31.12.2003.
[3499] Em edições anteriores, aludimos a uma quarta categoria – a de águas comuns de todos – referidas como categoria própria no art. 8o do Código de Águas. Reexaminando o Código, todavia, que é bastante antigo, verificamos que, a despeito da alusão, não há qualquer disciplina específica sobre tais águas, devendo então considerar-se que houve impropriedade do legislador. Na verdade, a ideia de águas comuns de todos deve levar em conta meramente a possibilidade de serem elas utilizadas pelo público em geral.
[3500] Art. 2º do Código de Águas, com a redação dada pelo art. 3º do Decr.-lei nº 852, de 11/11/1938.
[3501] Art. 6o do Código de Águas.
[3502] MARIA LÚCIA MACHADO GRANZIERA, *Direito de Águas*, Atlas, 2a ed., 2003, p. 89. A autora faz alusão a trabalho de CID TOMANIK POMPEU (RDA 196/94), segundo o qual *praticamente* todas as

águas seriam públicas.

[3503] Muito comum tem sido o armazenamento de águas em pequenos lagos artificiais para pescaria, seja como divertimento, seja a título de exploração empresarial (*"pesque-pague"*). Tais águas são evidentemente privadas, ainda que o proprietário tenha pago para sua aquisição e utilização.

[3504] MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 413).

[3505] Como as águas envolvem frequentemente outras entidades federativas, a lei prevê ainda o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 32), integrado por órgãos dos Poderes Públicos federal, estadual e municipal, que devem atuar em regime de gestão associada em face dos interesses que os aproximam. Para controle da correta aplicação da política nacional dos recursos hídricos, a lei contemplou também a criação de Agências de Água, certamente sob a forma de autarquias (embora seja silente a lei a respeito), constitutivas da categorias das *agências controladoras* ou agências reguladoras, na trilha, aliás, do ocorrido com os serviços de energia elétrica, telecomunicações, petróleo e vigilância sanitária.

[3506] Art. 4o.

[3507] Art. 1º

[3508] Art. 3º e § 1º.

[3509] Art. 5º.

[3510] Arts. 6º a 8º.

[3511] Arts. 9º e 10.

[3512] HELY LOPES MEIRELLES, *Dir.Admin.Bras.* cit., 29ª ed., p. 539.