

---

# **ATIVIDADES E ATOS ADMINISTRATIVOS**

AUTORES: PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO E SÉRGIO GUERRA  
COLABORADOR: BERNARDO BARBOSA

---

## Sumário

### Atividades e Atos Administrativos

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	3
<b>UNIDADE 1: PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	10
Aula 1 .....	11
Aula 2 .....	17
Aula 3 .....	27
Aula 4 .....	33
Aula 5 .....	41
Aula 6 .....	47
<b>UNIDADE II — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. TERCEIRO SETOR.</b> .....	55
Aula 7: .....	56
Aulas 8 e 9 .....	62
<b>UNIDADE III — ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	72
Aulas 10 e 11 .....	73
<b>UNIDADE IV — PODER DE POLÍCIA</b> .....	79
Aula 12 .....	80
Aula 13: .....	84
<b>UNIDADE V: LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	88
Aula 14: Princípios da licitação .....	89
Aula 15 .....	95
Aula 16 .....	103
Aula 17 .....	108
Aulas 18 e 19 .....	116
<b>UNIDADE VI: BENS PÚBLICOS</b> .....	128
Aula 19 .....	129
Aula 20 .....	134
<b>UNIDADE VII: INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA</b> .....	138
Aulas 21 e 22 .....	139
Aula 23 .....	148
Aula 24 .....	152



## INTRODUÇÃO

### *A. OBJETO GERAL DA DISCIPLINA*

O objetivo do curso Atividades e Atos Administrativos consiste em apresentar uma visão abrangente de alguns dos principais temas afetos à atividade da Administração Pública, com ênfase em uma abordagem principiológica e crítica dos principais institutos de direito administrativo.

### *B. FINALIDADES DO PROCESSO ENSINO-APRENDIZADO*

No curso Atividades e Atos Administrativos, a cada encontro serão discutidos um ou mais casos geradores, que são construídos, na maioria das vezes, a partir de situações que foram objeto de decisão pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de acostumar o aluno com questões discutidas no dia a dia forense e despertar o seu senso crítico relativamente às posições adotadas pelos Tribunais.

A finalidade do processo de ensino-aprendizado deste curso consiste em expor a problematização das questões enfrentadas pelos administradores públicos e pelos administrados, com ênfase na pluralidade de correntes sobre os temas abordados e análise da jurisprudência.

### *C. MÉTODO PARTICIPATIVO*

A metodologia do curso é eminentemente participativa, requerendo preparo prévio para as aulas, mediante a leitura das indicações bibliográficas obrigatórias, dos casos geradores e, sempre que possível, das leituras complementares. Também serão produtivas as iniciativas dos alunos que trouxerem assuntos ligados aos temas tratados e estejam nas pautas dos principais veículos da imprensa.

Além da bibliografia obrigatória informada nesta apostila, o professor poderá indicar textos adicionais, ao longo do semestre, como leituras obrigatórias ou complementares.



#### *D. DESAFIOS E DIFICULDADES COM VISTAS À SUPERAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO PLENO*

O curso exigirá do aluno uma visão reflexiva do direito administrativo e a capacidade de relacionar a teoria exposta na bibliografia e na sala de aula com outras disciplinas, especialmente com o direito constitucional. O desafio reside em construir uma visão contemporânea do direito administrativo, centrada na proteção da dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos dos cidadãos, buscando sempre cotejar o conteúdo da disciplina com a realidade do País.

#### *E. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO*

A avaliação será composta por duas provas de igual peso e, eventualmente, da prova final. Ao longo do semestre poderá ser proposta a realização de trabalhos que, nessa hipótese, comporão parte da nota de uma das provas.

#### *F. ATIVIDADES PREVISTAS*

O curso possui um blog que pode ser acessado em <http://direitoadministrativofgvrio.wordpress.com/blog/>. Os alunos são estimulados a contribuir para as discussões do blog ao longo do semestre.

#### *CONTEÚDO DA DISCIPLINA*

O curso inicia-se com uma discussão acerca das mutações observadas na relação poder público-cidadão ao longo do tempo e, conseqüentemente, no conteúdo do princípio da supremacia do interesse público. Em seguida, são apresentados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, problematizando o seu conteúdo e a sua abrangência.

A segunda Unidade é destinada à conformação da Administração Pública. Apresenta-se a distinção entre Administração direta e indireta, bem como se abordam as principais características das entidades que compõem essa última (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista). Comentam-se também brevemente os regimes jurídicos das entidades privadas que, sem integrar a Administração Pública, com ela colaboram na persecução do interesse público.

Passa-se, então, à atividade administrativa, discutindo-se os principais temas atinentes ao ato administrativo e ao poder de polícia.



Procede-se, na sequência, ao estudo da disciplina jurídica das licitações públicas e dos contratos administrativos.

Em seguida, o curso aborda os bens públicos e a intervenção do Estado sobre a propriedade privada, através de institutos como desapropriação, servidão administrativa,

Em síntese, o curso será composto pelas seguintes unidades:

- Unidade I: princípios da Administração Pública
- Unidade II: Administração Pública direta e indireta. Terceiro setor
- Unidade III: ato administrativo
- Unidade IV: poder de polícia
- Unidade V: licitações e contratos administrativos
- Unidade VI: bens públicos
- Unidade VII: intervenção do Estado sobre a propriedade privada

### *PLANO DE ENSINO*

Apresentamos abaixo quadro que sintetiza o Plano de Ensino da disciplina, contendo a ementa do curso, sua divisão por unidades e os objetivos de aprendizado almejados com a matéria.

### *DISCIPLINA*

Atividades e atos administrativos

### *PROFESSOR*

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

### *NATUREZA DA DISCIPLINA:*

Obrigatória

### *CÓDIGO:*

*CARGA HORÁRIA*

60 horas

*EMENTA*

Princípios da Administração Pública. Administração Pública Direta e Indireta. Terceiro Setor. Ato administrativo. Poder de polícia. Licitações e contratos administrativos. Bens públicos. Intervenção do Estado sobre a propriedade privada.

*OBJETIVO(S)*

O objetivo do curso Atividades e atos administrativos consiste em apresentar uma visão abrangente de alguns dos principais temas afetos à atividade da Administração Pública, com ênfase em uma abordagem principiológica e crítica.

*METODOLOGIA*

A metodologia de ensino é participativa, com ênfase em estudos de casos. Para esse fim, a leitura prévia obrigatória, por parte dos alunos, mostra-se fundamental.

*PROGRAMA*

Unidade I: Princípios da Administração Pública.

- Apresentação dos princípios constitucionais que informam a atuação da Administração Pública
- Problematização do conteúdo do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública
- Discussão da distinção entre atos vinculados e discricionários, especialmente em função da possibilidade de sua revisão pelo Poder Judiciário. Discussão acerca dos conceitos jurídicos indeterminados
- Estudo de casos envolvendo aplicação dos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, finalidade, proporcionalidade e razoabilidade



#### Unidade II: Administração Pública Direta e Indireta. Terceiro Setor.

- Apresentação de como se estrutura a Administração Pública, com a diferenciação entre órgãos e entidades administrativas
- Apresentação das características das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista
- Problematização do regime jurídico das estatais à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- Apresentação dos institutos que compõem o Terceiro Setor, com ênfase no regime jurídico das OSCIPs e OS.

#### Unidade III: Ato administrativo.

- Apresentação das características e atributos do ato administrativo
- Análise das hipóteses de extinção do ato administrativo
- Distinção entre revogação e anulação do ato administrativo

#### Unidade IV: Poder de polícia.

- Discussão acerca do conteúdo do instituto, em uma visão contemporânea
- O ciclo de polícia: ordem, consentimento, fiscalização e sanção
- Análise dos limites ao exercício do poder de polícia
- Discussão acerca das diferenças entre licenças e autorizações

#### Unidade V: Licitações e contratos administrativos.

- Apresentação dos princípios da licitação
- Análise das ocasiões em que não ocorre licitação: dispensa e inexigibilidade
- Diferenciação das modalidades e tipos de licitação de acordo com a Lei 8.666/93
- Apresentação das modificações introduzidas no ordenamento jurídico com a Lei do Pregão (Lei 10.520/02)
- Discussão das inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC



#### Unidade VI: Bens públicos.

- Apresentação das características dos bens públicos
- Análise das hipóteses de uso privativo de bem público por particular: autorização, permissão, concessão de uso de bem público, concessão real de uso, concessão especial de uso para fins de moradia

#### Unidade VII: Intervenção do Estado sobre a propriedade privada.

- Discussão das hipóteses em que o poder público pode manejar o instituto da desapropriação. Requisitos constitucionais para a desapropriação válida. Espécies de desapropriação.
- A desapropriação por utilidade pública e a desapropriação por interesse social: hipóteses de cabimento e principais características.
- Casos de tombamento: compulsório e voluntário. Análise das consequências do tombamento.
- Breve apresentação dos institutos da Requisição e da Ocupação Temporária.

#### CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

A avaliação será composta por duas provas, sendo uma no meio e outra ao final do semestre. Eventualmente, as provas poderão ser conjugadas com trabalhos, aos quais poderá ser atribuída pontuação parcial sobre a nota da prova.

#### BIBLIOGRAFIA OBRIGATÓRIA

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.



*BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR*

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUERRA, Sergio. *Discricionabilidade e reflexividade*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



## UNIDADE 1: PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### OBJETIVO:

Há que se considerar no Direito Administrativo um conjunto de condições que envolvem apenas a estrutura burocrática do Governo e que integram a organização administrativa necessária para manter o funcionamento dos serviços essenciais do Estado e superintender ou controlar o funcionamento daqueles sujeitos à iniciativa privada ou criados com autonomia.<sup>1</sup>

Não. Este não é mais o objeto do Direito Administrativo vivenciado na denominada pós-modernidade.

O direito administrativo atual deve observar as normas principiológicas e o novo rol de temas que permeia a sociedade de riscos, notadamente a eloquente tecnicidade que impõe uma análise sistêmica do campo jurídico para se alcançar a justiça.

O objetivo desta Unidade consiste em debater, em profundidade, os princípios que regem a atuação da Administração Pública na pós-modernidade, tendo em vista a sua importância como guia interpretativo de toda a disciplina do Direito Administrativo constitucionalizado ou legalizado.

<sup>1</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.



## AULA 1

### I. TEMA

O princípio da supremacia do interesse público e sua releitura na pós-modernidade

### II. ASSUNTO

Análise das correntes doutrinárias que discutem o significado e a utilidade do princípio da supremacia do interesse público.

### III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

O objetivo desta primeira aula consiste em apresentar um breve panorama histórico do desenvolvimento do direito administrativo em geral e, em especial, do princípio da supremacia do interesse público, buscando demonstrar a necessidade de sua releitura na pós-modernidade, a partir de um ordenamento jurídico centrado na proteção da dignidade da pessoa humana e na promoção dos direitos fundamentais.

### IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO

É clássica a lição doutrinária segundo a qual o direito administrativo é regido pelo princípio da supremacia do interesse público (sobre o privado). Nesse sentido, observa Maria Sylvania Zanella di Pietro:

As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (...) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.



Atualmente, entretanto, vem-se crescentemente firmando uma vertente doutrinária que contesta a supremacia apriorística dos direitos coletivos sobre os individuais, sustentando que, em caso de conflito, a solução somente possa se apresentar no caso concreto, tendo por norte a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais.

Para abordarmos o tema da releitura da supremacia do interesse público sobre o interesse de cada um dos cidadãos deve-se marcar, como ponto fundamental, o debate surgido no constitucionalismo do século XX a partir da sua segunda metade.

Nessa fase histórica verificou-se, em diversos Estados, a experimentação de uma forte aspiração por democracia, podendo-se destacar dois importantes marcos simbólicos deste período: a queda do muro de Berlin (1989) e o fim da União Soviética (1991).

Os movimentos responsáveis, em grande parte, por essas mudanças, decorrem da globalização, do amplo processo desestatizante surgido no bojo do modelo neoliberal, e da complexidade cotidiana denominada de *a era das informações*<sup>3</sup>. Pelo modelo neoliberal cabe ao setor privado o papel de “organizar” a economia de mercado, de modo que à iniciativa privada seriam destinados os bônus e os ônus da flutuação mercadológica.

Contudo, a simples redução do Estado ao patamar mínimo — a exemplo do que ocorreu no modelo liberal oitocentista — não corresponderia aos anseios da sociedade nem, tampouco, às necessidades de equilíbrio do sistema econômico (em benefício dele próprio), do sistema social e dos interesses individuais.

No Brasil, se é certo que a Carta Magna de 1988 absorveu os influxos neoliberalizantes, pautando a Ordem Econômica sob o princípio da livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, também é certo afirmar que, seguindo a linha aberta pelas Cartas da Alemanha (1949), Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978), a nossa Lei Fundamental colocou o cidadão — e o respeito a sua dignidade — no centro do ordenamento jurídico.

Nesse novo sistema, o jusnaturalismo liberal e o intervencionismo social cedem lugar à intervenção estatal na ordem econômica e social com vistas ao bem-estar social e individual, numa permanente ponderação dos interesses em presença. Sob esse enfoque, busca-se, a partir da década de 90 do século passado, um novo marco teórico para a Administração Pública, que substitua a perspectiva burocrática *weberiana* até então aplicada, despontando entidades estatais com maior proximidade do cidadão em setores estratégicos.

Há um reconhecimento de que as democracias contemporâneas não se configuram em instrumentos para garantir apenas a propriedade e os contratos. Ao contrário, as modernas formas de administração dos diversos interesses — não mais encarando um interesse público predeterminado como

<sup>3</sup> Sobre a era da informação, economia, sociedade e cultura, ver o primeiro volume da trilogia de CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

poder supremo — devem formular e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico. Nesse contexto, o Estado se vê compelido a adotar práticas gerenciais modernas e eficientes, sem perder de vista sua função eminentemente pública.

No atual período pós-moderno, a relativização do positivismo (pós-positivismo), a conciliação e convivência harmônica entre valores, princípios e regras se traduzem em alguns dos assuntos mais relevantes do Estado Democrático de Direito. No estágio em que se encontra o multilateralismo e pluralismo social há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas dependências recíprocas, de modo que a intervenção estatal, em um determinado aspecto do conjunto social, acaba por refletir em outro segmento. Isso faz com que, em certas situações, os benefícios advindos da intervenção para um “determinado interesse público” sejam irrazoáveis e desproporcionais aos problemas e desvantagens que acarretarão para “outros interesses públicos” ou para direitos individuais.

Pelos aspectos antes ressaltados, deve se fazer uma releitura da concepção clássica da noção e primazia do interesse público, adotado como fundamento para a legitimação dos atos e medidas no âmbito da Administração Pública. Na atualidade há, de maneira muito mais clara, necessidade de se perseguir uma verdade objetiva — e não absoluta — dando-se importância aos indivíduos e à dignidade humana, com relevo dos direitos e garantias fundamentais.

A problemática do tema tem o seu cerne na impossibilidade de adoção de um interesse público unívoco, e, portanto, a inviabilidade de se cogitar a existência de um “princípio” de supremacia desse mesmo interesse público.

Vale lembrar que a doutrina majoritária, com destaque para Ronald Dworkin, sustenta que na pós-modernidade a estrutura normativa é composta por princípios e regras jurídicas.<sup>4</sup> Os princípios, que são mais genéricos e abstratos do que as regras, não estão subsumidos a uma situação de fato, possuindo uma dimensão de peso ou importância. Para sua aplicação, não importa que os princípios estejam previstos no texto constitucional ou não.

Nessa linha, Karl Larenz define os princípios como sendo normas jurídicas que não possuem uma situação fática determinada. Segundo esse doutrinador, princípios:

enquanto “idéias jurídicas materiais” são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica, alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma “analogia geral” ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram “descobertos” e declarados pela primeira vez

<sup>4</sup> CANOTILHO apresenta cinco critérios para distinguir regras e princípios: “a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados na idéia de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘idéia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser norma vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 166/167.



pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na “consciência jurídica geral”, graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à idéia de Direito.<sup>5</sup>

A teoria principiológica teve fundamental contribuição com os estudos elaborados por Ronald Dworkin, em 1967, contra o positivismo. Para esse autor, as regras são adotadas pelo método *all or nothing*, vale dizer, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.<sup>6</sup> Assim, se uma regra se confronta com outra, uma delas deve ser considerada inválida.<sup>7</sup>

De outra parte, Dworkin destaca a questão dos pesos entre princípios (*dimension of weight*), de modo que na hipótese de colisão prevalece o de maior peso sem excluir o outro totalmente:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular seja mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.<sup>8</sup>

E conclui: “O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que sobre ela incidem e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’”.<sup>9</sup> O professor alemão Robert Alexy complementou o pensamento de Dworkin ao sustentar que o princípio, como espécie de norma jurídica, não determina as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Daí definir os princípios como “mandamentos de otimização”, aplicáveis em vários graus normativos e fáticos.<sup>10</sup> Por suas palavras, “princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, estão sujeitos às limitações por conta de outros princípios”.<sup>11</sup>

Nesse sentido, quando ocorre uma colisão de princípios é preciso que a Administração Pública verifique qual deles possui maior peso. A solução somente advém da ponderação do caso concreto.

<sup>5</sup> *Metodologia na ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 577.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 39.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977, p. 43. Há tradução para o vernáculo: *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>8</sup> Op. cit., pp.42-43.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 114.

<sup>10</sup> “Os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.” *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86. Ver, ainda, o artigo “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.217: I-VI, pp. 67-79, jul./set.1999, que sintetiza sua palestra no Brasil no ano de 1998.

<sup>11</sup> *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.248.



Deste modo, como pensar em um suposto princípio da supremacia do interesse público, prevalente teórica e antecipadamente<sup>12</sup> sobre o interesse privado, enquanto a Constituição Federal de 1988 se volta, como eixo central, à proteção do indivíduo e de sua dignidade? Por isso a doutrina sustenta que “tende a modificar-se também o entendimento de sacrifício de um interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre outro interesse”.<sup>13</sup>

Nessa ordem de convicções, desponta de capital importância o estudo do tema, notadamente sob o enfoque da *proporcionalidade* como mecanismo de ponderação de interesses.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, capítulos I e III.

### *Leitura complementar:*

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A ‘supremacia do interesse público’ no advento do Estado de Direito Contemporâneo e na hermenêutica do direito público contemporâneo”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, pp. 1-22.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo”. In: *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 265-313.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL, com vistas à anulação dos atos da agência reguladora que haviam permitido o reajuste da tarifa de telefonia fixa comutada com base no IGP-DI, o índice previsto nos contratos de concessão celebrados por ocasião da licitação no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

<sup>12</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

<sup>13</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 183.



Em sua petição, o Ministério Público sustentou que a implementação do reajuste contratualmente previsto teria por efeito o aumento em 25% da tarifa residencial, onerando demasiadamente o orçamento da população brasileira como um todo, com grave dano ao interesse público. Dessa forma, o *Parquet* requereu a substituição do referido índice pelo INPC, que naquele ano havia apresentado variação significativamente inferior ao IGP-DI. Na visão do Ministério Público, os atos da ANATEL violavam o direito difuso dos usuários do serviço público a tarifas módicas.

De outro lado, alegavam as concessionárias que a promoção do interesse público, no caso, consistia na preservação dos contratos celebrados pela Administração Pública e na manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, meio necessário para permitir às concessionárias conservarem a qualidade, a continuidade e as metas de universalização dos serviços públicos concedidos. Alegavam, ainda, que caso o Poder Judiciário determinasse a alteração no índice de recomposição inflacionária contratualmente acordado, nulificando o ato da ANATEL que homologara os novos valores tarifários, estaria promovendo a insegurança jurídica e afugentando novos investidores, realidade que, inclusive, feriria a Ordem Econômica constitucionalmente estabelecida.

A seu ver, a invocação, pelo Poder Judiciário, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como razão de decidir, seria suficiente para resolver a controvérsia acima quanto à legalidade ou constitucionalidade do ato administrativo da ANATEL?

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

O princípio da supremacia do interesse pública é classicamente definido como o princípio basilar do Direito Administrativo, segundo o qual o interesse da coletividade deve preponderar sobre o interesse do particular. No entanto, esse princípio clássico vem sendo revisitado por parcela da doutrina, que tem colocado em xeque a sua utilidade como vetor de interpretação do direito e solucionador de casos complexos.





## AULA 2

## I. TEMA

Princípio da legalidade e poder regulamentar

## II. ASSUNTO

O princípio da legalidade e o dever de agir da Administração Pública

## III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Discutir o conteúdo do poder regulamentar da Administração Pública face ao princípio da legalidade estrita.

## IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO

A legalidade constitui o motor de atuação de toda a atividade administrativa, constituindo princípio constitucional de acordo com o art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>14</sup>, o princípio da legalidade é capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, pois é aquele que qualifica o Estado de Direito e que lhe dá identidade própria. A ideia de administração pública só pode ser exercida em conformidade com a lei, sendo, portanto, sublegal, infralegal, consistente em comandos complementares à lei. A finalidade é que a lei possa combater a exacerbada personificação dos governantes, sendo o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a soberania popular, de exaltação da soberania.

Malgrado esse pensamento, parte da doutrina sustenta que estamos vivendo no período da pós-modernidade<sup>15</sup>, e, no campo do Direito, isto representa a transposição do positivismo jurídico clássico, doutrina de pensamento que se hospedou em diversos países — como o Brasil — filiados ao tronco jurídico romano-germânico.

Se de um lado a doutrina contemporânea<sup>16</sup> perfilha o entendimento de que a estrutura normativa é composta por princípios e regras jurídicas, isto é, os princípios, que são mais genéricos e abstratos do que as regras, não estão subsumidos a uma situação de fato (possuindo uma dimensão de peso ou

<sup>14</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, p. 83.

<sup>15</sup> Sobre o não cumprimento das “promessas da modernidade” e os aspectos da ambivalência na pós-modernidade, ver: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. A obra original, denominada *Modernity and ambivalence*, foi publicada, em sua 3ª edição, no ano de 1995, pela Polity Press, Cambridge, Inglaterra. Ver, ainda, questões sobre ambivalência nos artigos de BECK, Ulrich e LASH, Scott na obra *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*.

<sup>16</sup> Nesse sentido, ver Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977. O assunto também é abordado pelo Autor nas obras: *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; e *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

importância), o normativismo lógico, nos termos sustentados pela Escola de Viena (e que teve no gênio de Hans Kelsen o seu grande luminar — criador da chamada *Teoria Pura de Direito*), ainda impregna o mundo jurídico e vincula os atos da Administração Pública no Brasil.

Vale lembrar que, para o positivismo, o ser (realidade) não necessariamente deriva do dever-ser (o direito). Essa, em apertada síntese, representa a tese primordial dessa doutrina gerada no seio do liberalismo econômico burguês. A dissociação entre realidade (ser) e direito (dever-ser) conduz à ilusão de que o direito cria a sua própria realidade, puramente normativa e meramente ideativa, por conseguinte, infensa a valores, considerações políticas, sociológicas, econômicas etc., dissociada da realidade complexa e sempre dinâmica da vida, notadamente no campo do sistema econômico.

Esse distanciamento entre o “ser” e o “dever-ser”, contudo, não resiste a muitas necessidades cotidianas e à alta complexidade e tecnicidade da vida, e, portanto, deve ser repensado.

Entretanto, para compor a relação entre os interesses públicos e privados o Estado intervém sob várias formas, mas, essencialmente, adota políticas públicas para direcionar a relação entre o âmbito social e econômico. E para o exercício desse poder-dever o Estado se vale de normas jurídicas, conduzindo as políticas econômicas e sociais de modo a manter (ou perseguir) o equilíbrio entre os interesses pluralistas envolvidos e que, em grande parte, encontram-se em situação contraposta, numa permanente ambivalência.

Nessa ordem de ideias, é de notar-se que, se de um lado o poder de decisão das questões de natureza política primária compete ao Poder Legislativo na edição de normas jurídicas, por outro é indisputável que a lei não pode regular o direito nos detalhes que a solução dos problemas cotidianos exige. Daí porque há necessidade de que o Poder Executivo tenha, em muitas situações, de atuar sem uma conduta totalmente pré-determinada por uma norma, sempre, porém, balizado por certos limites jurídicos.

Sob uma visão atual, discorre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tecer comentários sobre a transição da fase legalista e totalmente avessa a qualquer tipo de delegação normativa, para inaugurar, nas sociedades pluralistas e de massa dos dias de hoje, a fase de uma legalidade temperada, em que se admite o instituto da delegação normativa e da deslegalização:

Este princípio de reserva legal, que se constitui numa garantia individual fundamental, tem sido, por longa tradição, adotado nos ordenamentos constitucionais, ditando uma interpretação restritiva do princípio da separação de poderes, que assim prevaleceu durante um longo período de amadurecimento do Direito Público, passando por duas fases: a primeira, de absoluta inaceitação e, depois, da aceitação limitada da delegabilidade da função normativa (...) A lei, como concei-



to iluminista-racionalista, enquanto produto do Estado formalmente manifestado pelos órgãos legislativos constitucionais, parece ter atingido seu zênite como instrumento regrador de condutas sociais. Com efeito, o pluralismo, ao multiplicar os centros de poder na sociedade, tornando-a policrática, fez despontar novas fontes normativas autônomas e semi-autônomas que atuam com vantagem como sucedânea da norma legal. Por outro lado, a omnímoda submissão da sociedade a uma excessiva padronização e detalhamento de comportamentos por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores, acaba paradoxalmente desservindo à ordem jurídica, não só por banalizá-la, como pelo desgaste que causa a babel provocada pelo incontrolável chorrilho legiferante a que se dedicam legisladores federais, estaduais e municipais de milhares de casas legislativa<sup>17</sup>.

Uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos. Esse equívoco foi cometido no passado recente, quando as leis que tratavam de matéria administrativa procuravam esgotar todas as situações possíveis sob a sua égide. A clareza das diretrizes e fundamentos da função administrativa, ao contrário, se expostas ao conhecimento e à deliberação dos cidadãos, podem funcionar como poderoso meio de constrangimento ao abuso do aparelho administrativo para fins que não interessam à coletividade.<sup>18</sup>

Qual seria, então, o espaço do Poder Executivo na produção de normas que ditam as condutas necessárias para a manutenção do Estado Democrático de Direito?

Sobre a natureza do regulamento Gaston Jèze se manifestou, em obra clássica do Direito Administrativo do início do século XX, no sentido de que toda manifestação de vontade que, no exercício de um poder legal, cria ou organiza uma situação geral, impessoal e objetiva, é um ato legislativo.<sup>19</sup> Para esse jurista, pouco importa a qualidade do autor do ato, não interessando tampouco suas formas e o procedimento seguido para realizá-lo. Isto porque não há diferença de natureza jurídica entre a lei propriamente dita, isto é, a regra de direito geral e impessoal, formulada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, e o regulamento simples, ou seja, a regra jurídica geral e impessoal formulada pelo Presidente da República ou qualquer outro agente público investido do poder regulamentar.

Na França o tema não chega a ser polêmico, haja vista que, nos termos da Constituição de 1958, há espaços pré-definidos para a lei e para o regulamento. Mas, diante da realidade pós-moderna, o tema que envolve a pluralidade de fontes normativas no contexto jurídico-constitucional brasileiro ainda não chegou próximo do consenso.

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 118 e 124.

<sup>18</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 15-16.

<sup>19</sup> *Principios generales del derecho administrativo*. v. I. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948, p. 33.

Com o advento do pós-positivismo,<sup>20</sup> há que se repensar o alcance do princípio da legalidade e da separação de poderes, não para aboli-los ou combatê-los, mas para adequá-los à realidade, nem sempre acolhida sob o ângulo do formalismo excessivo, com a predominância da letra dos textos sobre a complexidade da vida cotidiana.

É nessa ordem de questões que a doutrina pátria vem apresentando teses controvertidas acerca da abrangência e dos limites do poder regulamentar de competência do Chefe do Poder Executivo, órgãos e entidades estatais autônomas. O aspecto central do debate tem a ver com a possibilidade ou não do Chefe do Poder Executivo editar regulamentos autônomos, assim como acerca da constitucionalidade de uma função regulamentar diversa daquela exercida pelo Chefe do Poder Executivo — e seus Ministros — por titular de órgão ou entidade da Administração Pública indireta.<sup>21</sup>

## REGULAMENTOS AUTÔNOMOS E REGULAMENTOS AUTORIZADOS

O regulamento autônomo é aquele que retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição, na ausência de lei em sentido formal que regule a matéria.

A maioria da doutrina administrativa clássica sustenta que, à luz da Constituição de 1988 e ao menos até o advento da Emenda Constitucional nº 32, não havia a possibilidade de a Administração Pública exarar regulamentos autônomos, tendo em vista o dever de obediência ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB/88) e o fato de a redação original do art. 84, VI, exigir que os decretos de organização da Administração fossem expedidos “na forma da lei”.

A Emenda Constitucional nº 32/01 veio alterar a redação do art. 84, VI, da Constituição, retirando a expressão “na forma da lei”, passando referido dispositivo, então, a ter a seguinte redação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI — dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos quando vagos.

Dessa forma, o Chefe do Poder Executivo pode expedir decretos autônomos — isto é, que prescindem de lei — quando a matéria regulada diga respeito à auto-organização da Administração Pública federal, desde que de

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, v. 9, n. 33, 2006, p. 43,ss.

<sup>21</sup> Acerca do surgimento e evolução dos regulamentos administrativos, vale colher os esclarecimentos trazidos por Eduardo García de Enterría: “um dos problemas capitais é, sem dúvida, o que se plantea com uma legislação especial não imaginada apenas pelo pensamento clássico, a menos em sua importância desbordante, a legislação de formulação administrativa. Sobre uma mínima base no constitucionalismo tradicional, em realidade como resíduo do antigo poder régio de ordenança que se salva na fórmula da monarquia constitucional baixo a etiqueta imprecisa de ‘poder executivo’, a Administração começará no século XIX a ditar uma normatização de segundo grau, os Regulamentos”. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1998, pp. 40-41.



suas disposições não decorram criação de novos cargos ou sua extinção, ou aumento de dispêndio para a Administração Pública. Trata-se, assim, de possibilidade relativamente limitada.

Sobre a possibilidade de existirem regulamentos autônomos no direito brasileiro após a EC nº 32/01, Gustavo Binbenbojm destaca a existência de três diferentes correntes doutrinárias, nos seguintes termos:

(I) a primeira, composta por aqueles que continuam a negar a existência dos regulamentos autônomos, no Brasil, a partir de uma compreensão rígida do princípio da legalidade, como vinculação positiva da Administração à lei;

(II) a segunda, em sentido diametralmente oposto, entendendo que a nova modalidade do art. 84, VI, (a), ocorrerá em âmbito de reserva de administração (na modalidade de reserva de poder regulamentar), imune à lei em sentido formal, que simplesmente não mais poderá dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública em matérias que não importem aumento de despesa, exceto no que disser respeito à criação e extinção de órgãos, sob pena de configuração de inconstitucionalidade formal;

(III) e a terceira, reconhecendo a existência de uma nova espécie de regulamento ou do velho regulamento autônomo, agora apenas admitido formalmente pelo novel texto constitucional, mas mantendo incólume o princípio da preferência da lei; ou seja: a matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública pode até ser tratada por regulamento, mas no caso de superveniência de lei de iniciativa do Presidente da República, esta prevalecerá no que dispuser em sentido diverso. De igual modo, será cabível a expedição de regulamentos autônomos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente a reserva de lei (formal ou material), sempre que à míngua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais. Também neste caso, por evidente, assegura-se a preeminência da lei superveniente sobre os regulamentos até então editados.<sup>22</sup>

Para além da discussão sobre a admissibilidade de regulamentos autônomos no ordenamento jurídico pátrio, tem-se observado a importância crescente dos chamados “regulamentos autorizados”, isto é, aqueles que dispõem sobre matérias que, embora não cheguem a ser disciplinadas detalhadamente em lei formal, nela encontram seu fundamento de validade.

Assim, por exemplo, as leis que instituem as agências reguladoras comumente atribuem a essas entidades competência para editar atos normativos abstratos em matérias que exijam conhecimentos técnicos específicos. Veja-

<sup>22</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 168 e 169.

se, a título de ilustração, o art. 27 da Lei nº 10.233/2001, que instituiu a Agência Nacional de Transportes Aquaviários — ANTAQ:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

...

IV — Elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

Note-se, entretanto, que esses atos normativos secundários (instruções normativas ou resoluções da diretoria colegiada) não chegam a ser considerados regulamentos autônomos, pois possuem previsão na lei de criação da agência reguladora, além de deverem obediência aos princípios estatuídos no referido diploma legal. Assim, no exemplo acima apresentado, a competência normativa para regulamentar a exploração da infraestrutura aquaviária advém do art. 27 da Lei nº 10.233/2001, lei em sentido estrito.<sup>23</sup>

## FUNÇÃO REGULAMENTAR

Até o momento estivemos analisando a posição jurídica dos regulamentos à luz do princípio constitucional da legalidade. Passa-se, agora, a discutir brevemente quem são os titulares da competência para a edição de regulamentos.

Caio Tácito sustenta que se o “poder regulamentar” é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional (art. 84, IV, CF/88). Todavia, segundo o autor, nada impede — antes em determinadas circunstâncias aconselha — possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo.<sup>24</sup> Nesse sentido, sustenta que a norma constitucional que outorga competência ao Presidente da República (art. 84) é enumerativa, não sendo válido o raciocínio *a contrario sensu*, excludente de outra fórmula de ação normativa que o Legislativo entenda necessária ou conveniente.<sup>25</sup>

Neste contexto, Carlos Roberto Siqueira Castro anota que uma das mais acentuadas peculiaridades do Estado contemporâneo é a denominada descentralização normativa.<sup>26</sup> O constitucionalista leciona que não se ignora que o vocábulo “lei” nem sempre é utilizado em sua acepção formal, isto é, como ato legislativo típico produzido no âmbito das Casas Legislativas investidas da representação popular. Há outras espécies de atos normativos, sejam equiparados à lei formal de acordo como o processo legislativo previsto nas Constituições, sejam a ela inferiores, mas pratica-

<sup>23</sup> A abrangência da competência normativa das agências reguladoras será tema do próximo semestre.

<sup>24</sup> TÁCITO, Caio. Comissão de valores mobiliários: poder regulamentar. In: *Temas de direito público*, v.2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 1079 e 1088.

<sup>25</sup> *Op. cit.*

<sup>26</sup> *O congresso nacional e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 105.





dos com base nela, nas quais se confere aptidão para reger o exercício da liberdade individual e coletiva.

Trata-se dos *atos-regras* gerados pelos inúmeros agentes da Administração Pública, que proliferam a toda hora e que expressam um “poder regulamentar” difuso da burocracia estatal.<sup>27</sup>

Nesse sentido, Marçal Justen Filho, ao tecer uma série de considerações acerca do poder regulamentar, aduz que a competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, ou seja, a redação do art. 84, IV, da CF/88 não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar normas gerais, de natureza regulamentar, visando à perfeita execução das leis. Assim, para o autor, essa competência se distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública.<sup>28</sup>

Na mesma senda, Alexandre Santos de Aragão adverte que muitas vezes a lei confere “poder regulamentar” a titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta do Chefe do Poder Executivo. O autor se vale da expressão cunhada por San Tiago Dantas, “descentralização do poder normativo do Executivo” para órgãos ou entidades tecnicamente mais aparelhados. Por essa descentralização, o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.<sup>29</sup>

De forma semelhante, Egon Bockmann Moreira também admite essa tese ao dizer que o Presidente da República e os Ministros de Estado são titulares de competência constitucional para expedir decretos, regulamentos e instruções para a fiel execução das leis, mas tal previsão não é exaustiva e supressora de outros títulos competenciais, detidos pelas demais entidades da Administração Pública. Nesse sentido, sustenta que cada qual detém, dentro de seu âmbito de atuação e na medida da competência a si conferida, possibilidade de emanar regulamentos.<sup>30</sup>

Sérgio Varella Bruna, com uma visão intermediária, ao tratar do tema do regulamento no “poder hierárquico” inerente à organização administrativa, leciona:

não é só chefe do Executivo que é investido na competência para editar regulamentos de execução. Todo agente administrativo que, dotado de poder hierárquico, tiver a atribuição de dar cumprimento à lei, pode expedir comandos normativos gerais a seus subordinados para, nos limites dessa lei, estabelecer regras para disciplinar a execução do comando legal. Desse modo, a competência atribuída, em caráter supremo, ao Presidente da República, pelo art. 84, IV, da CF, não exclui a

<sup>27</sup> Op. cit., pp. 105-121.

<sup>28</sup> *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 519.

<sup>29</sup> *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 381.

<sup>30</sup> *Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional*. Revista *Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 7. out/2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 25 de março de 2003.



competência das demais autoridades dotadas de poder hierárquico para expedir normas gerais aos seus subordinados, no intuito de viabilizar o cumprimento da lei.<sup>31</sup>

Outra corrente doutrinária defende alguns pontos contrários à função regulamentar por órgãos ou pelas entidades estatais descentralizadas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, sustenta que, da mesma maneira que os Ministérios, outros órgãos administrativos de nível inferior também têm reconhecidamente o “poder” de praticar atos normativos, como portarias, resoluções, circulares, instruções, porém nenhum deles podendo ter caráter regulamentar, à vista da competência indelegável do Chefe do Executivo para editá-los.<sup>32</sup> Destaca a autora que inúmeros órgãos administrativos e entidades da Administração indireta editam atos normativos por meio especialmente de resoluções e portarias, em grande parte dos casos, por expressa atribuição legal. Para a administrativista, esses órgãos baixam normas inovadoras na ordem jurídica, em uma quantidade assustadora, absolutamente incompreensível e contraditória com a política governamental de Reforma do Estado, em que se insere ou deveria inserir-se a desregulação, se se pretende prestigiar a liberdade do cidadão.<sup>33</sup>

Da mesma forma, Clèmerson Merlin Clève entende que “o regulamento não se confunde com os demais atos normativos da Administração”. Para o autor, os regulamentos encontram-se em uma posição hierárquica superior aos demais atos normativos do Executivo, sendo, portanto, unicamente editados pelo Presidente da República.<sup>34</sup>

Malgrado a polêmica sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que é difundida e tolerada a prática de que órgãos autárquicos regulamentem as leis, “lembrando que todos têm presentes as circulares e as portarias de que certos órgãos da Administração Pública usam e abusam, fazendo ‘leis’ que não raro mais interferem na vida do cidadão que as leis propriamente ditas”.<sup>35</sup>

Daí a polêmica sobre se aos órgãos e entidades descentralizadas da Administração Pública pode ser conferida uma função normativa e, em caso positivo, qual a sua abrangência.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, capítulo intitulado “O regulamento no direito brasileiro”.

<sup>31</sup> *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86.

<sup>32</sup> *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 143.

<sup>33</sup> Op. cit.

<sup>34</sup> *Atividade legislativa do poder executivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285. Em igual sentido, Vicente Ráo, ao assinalar a tendência de se conferir às autarquias a faculdade de editar normas obrigatórias de direito, impor e arrecadar impostos e exercer função de jurisdição judicial, sustenta ser contrário à “suposta função normativa” dessas entidades autárquicas. Por seu pensamento, se a delegação ao Executivo, que é um dos poderes políticos, de qualquer faculdade pertencente ao legislativo ou ao Judiciário, merece a condenação dos juristas, com maior energia se há de condenar semelhante delegação a entidades autônomas, embora de caráter administrativo. E complementa seu pensamento afirmando que nas organizações políticas, onde a delegação de poderes é vedada por textos constitucionais, onde as faculdades do Legislativo, com caráter de exclusividade, são enumeradas, expressamente, pelas disposições políticas estatutárias, não se compreendem, nem se justificam, delegações dessa espécie. *O direito e a vida dos direitos*. 5.ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 319.

<sup>35</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Reforma do estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras”. In: MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 142.





*Leitura complementar:*

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*.  
Rio de Janeiro: Forense, capítulo X (controle de legalidade).

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

O art. 2º da Lei estadual 3.438/2000 do Rio de Janeiro impõe às distribuidoras de combustível o dever de colocar lacres nos tanques dos postos revendedores de gasolina, prevendo o art. 3º a imposição de pena pecuniária caso não seja cumprida essa determinação:

Lei 3438, de 07 de julho de 2000

Obriga as distribuidoras de combustíveis a colocarem lacres eletrônicos, nos tanques dos postos de combustíveis, no âmbito do estado do rio de janeiro

O Governador do Estado do Rio de Janeiro,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º — Obriga as Distribuidoras de Combustíveis a colocarem equipamentos de segurança, ou adotarem procedimentos técnicos, que garantam a inviolabilidade dos tanques dos postos de combustíveis em que fazem distribuição.

§ 1º — Os equipamentos de segurança, ou procedimentos técnicos citados no *caput* deste artigo deverão ser testados e aprovados pelo INMETRO, tendo suas eficiências atestadas para o fim a que se destinam, além de estarem sujeitos à aprovação do órgão estadual competente.

§ 2º — Para efeito dos meios de controle previstos no *caput* deste artigo, poderão ser utilizadas substâncias identificadoras, que serão continuamente monitoradas, sendo estas substâncias, exclusivas para cada distribuidora, incorporadas aos combustíveis. (redação dada pela Lei nº 4563/2005).

Art. 2º — Fica a distribuidora responsável pela colocação de lacres nos Postos, podendo só a mesma ter acesso à abertura dos tanques.



Art. 3º — O não cumprimento desta Lei, sujeitará as infratoras, à multa de 10.000 Unidades Fiscais de Referência — UFIR, para cada caso aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 4º — O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 dias a contar de sua publicação

Art. 5º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 07 de julho de 2000.  
ANTHONY GAROTINHO  
Governador

Posteriormente, decreto do chefe do Poder Executivo estadual vem a determinar que os postos revendedores de combustíveis são responsáveis em caso de violação ou depredação do lacre, sob pena de sanção pecuniária. Nesse sentido, o Decreto Estadual 29.043/2001, modificando o Decreto 27.254/2000, regulamentador do tema, incluiu o art. 10-A, que prevê:

Art. 10-A. No caso de violação ou depredação assim como na recusa da instalação do lacre por parte de postos revendedores para venda a varejista que exibam marca da distribuidoras, incidirão sobre os mesmos as penalidades previstas no artigo anterior

A seu ver, é constitucional esse decreto? Justifique o seu entendimento.

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

O princípio da legalidade estrita vem sendo reinterpretado frente à crescente necessidade de atuação e, portanto, de normatização por parte de entidades administrativas nas matérias de sua competência. Nesse contexto ganham espaço no ordenamento jurídico os atos normativos expedidos pelo Chefe do Executivo e por entidades da Administração Pública. É preciso atentar, todavia, para os limites ao exercício do poder regulamentar, sob pena de ofensa ao próprio princípio da legalidade estabelecido no art. 37, *caput*, da CF/88, e no próprio princípio da separação dos poderes.

**AULA 3****I. TEMA**

Princípio da legalidade

**II. ASSUNTO**

Princípio da legalidade e discricionariedade administrativa

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Discutir a diferença entre atos vinculados e discricionários, e sua consequência no que tange à possibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**

A atuação vinculada da Administração Pública se apresenta quando a norma a ser cumprida determina, com exatidão, a conduta da Administração Pública face a certa situação fática. Isto quer dizer que a norma indica o único e possível comportamento que o administrador público deverá adotar diante do caso concreto, não permitindo ao mesmo qualquer espaço para um julgamento subjetivo. No ato vinculado o fim é o legal, de objetividade incondicional. O comportamento da Administração, além de ser exigido, é exatamente determinado, haja vista que “o traço original do poder vinculado é o automatismo, pois a autoridade administrativa não necessita procurar qual a melhor solução, em determinada circunstância, pois só há uma solução, aquela previamente determinada pela lei”.<sup>36</sup>

Por outro lado, na escolha discricionária o Administrador tem uma dose de liberdade, sob os critérios de conveniência e oportunidade (mérito do ato), quanto a melhor solução para a efetivação do fim público. Em virtude das exigências de clara identificação das funções que a norma primária atribui ao Poder Executivo, a lei acaba por remeter a Administração à valoração subjetiva quanto às condições não identificadas, notadamente quanto à integração da norma diante do caso concreto. Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández:

<sup>36</sup> MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 610, p.38-45, ago. 1996, p.42.

Definindo a Lei, porque não o pode deixar de fazer, em virtude das exigências de explicitude e especificidade da potestade que atribui à Administração, algumas das condições de exercício dessa potestade remete à estimação subjetiva da Administração o resto das referidas condições, bem como quanto à integração última do suposto de fato (...) bem como quanto ao conteúdo concreto, dentro dos limites legais, da decisão aplicável (...), bem como de ambos os elementos.<sup>37</sup>

O exercício da discricionariedade pela Administração Pública comporta um elemento subjetivo para a completa integração do comando legal ao caso particular. Nessa hipótese, a integração da norma não será considerada uma faculdade ilegal, proveniente de um suposto e hipotético poder originário da Administração. Ao contrário, trata-se de uma atribuição estabelecida pela própria lei exatamente com esse caráter, de modo que a discricionariedade não se configura uma liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, apresenta-se como um caso típico de submissão legal. Com efeito, “o poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito, ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas”.<sup>38</sup>

O conceito doutrinário de discricionariedade está longe de ser unísono. Bem por isso, Miguel Sánchez Morón, ao ressaltar a discricionariedade administrativa como um conceito clássico da Teoria do Direito Público, assevera que é difícil a esta altura dizer algo novo acerca do tema. É um problema sempre recorrente, sobre o qual a polêmica jamais parece se esgotar.<sup>39</sup> A partir da segunda metade do século XX a função discricionária detida pelo Poder Executivo vem sendo extremamente debatida em sede doutrinária, entre nós e alhures, haja vista as profundas mudanças ocorridas no sistema capitalista pós-moderno analisado em nossa primeira aula, notadamente nas duas últimas décadas do século passado.

Um começo para o debate sobre o efeito polissêmico de “discricionariedade” está na obra de Hans Kelsen. Em sua Teoria Pura do Direito, o autor observou, acerca da relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, que a relação entre um escalão inferior da ordem jurídica e um superior é uma relação de determinação ou vinculação, ou seja, a norma do escalão superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma do escalão inferior.<sup>40</sup>

Entretanto, para o autor, esta determinação nunca é completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato por meio do qual é ampliada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por

<sup>37</sup> *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. 10.ed. Madri: Civitas, 2001, p. 453.

<sup>38</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p.41-78, out. 1946, p. 44.

<sup>39</sup> *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994, p. 9. Nas lições de Karl Engisch, “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 214. Nesse mesmo sentido, César David Ciriano Vela aduz que com independência dos distintos conceitos e técnicas de controle utilizados, em todos os países se considera que o estudo da discricionariedade é uma das questões mais importantes do Direito de nossos dias e, em especial, do Direito administrativo. Por isso, é absolutamente necessário um aprofundamento na sua análise. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo e jurisprudencial)*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 65. Em idêntico posicionamento, Francisco López Menudo sustenta que a discricionariedade é um tema clássico, ou quiçá possa qualificá-lo como neoclássico. El control judicial de la administración en la CE. In: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Eduardo Hinojosa Martínez; Nicolás González-Delito Domínguez (Orgs.) Madri: Civitas, 1996, p. 39.

<sup>40</sup> *Teoria pura do direito*. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.

este ato. Sustenta que mesmo uma ordem, o mais pormenorizada possível, tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.<sup>41</sup>

É certo que o pensamento desse mestre da Escola de Viena sofreu inúmeras críticas, haja vista que na teoria de formação do direito por degraus o mesmo identifica discricionariedade e interpretação, quando é sabido que na interpretação só deve haver uma única solução correta inserida no processo cognitivo, enquanto que na discricionariedade há o dever de escolha entre as opções decorrentes da norma.<sup>42</sup>

Ademais disso, entre as atividades vinculadas e discricionárias da Administração Pública deve haver certa dosagem, equilíbrio, conforme o pensamento de Jean Rivero.<sup>43</sup> Para o publicista francês, a atividade da Administração não pode conformar-se com uma generalização da competência vinculada. É indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever. Inversamente, uma Administração amplamente discricionária não ofereceria aos administrados qualquer segurança. Ela seria voltada ao arbítrio.<sup>44</sup>

Diante dessas considerações, como se deve compreender a discricionariedade administrativa? Tradicionalmente, define-se a discricionariedade como sendo uma margem de liberdade da Administração que surge quando a sua atividade não está plenamente definida em lei.<sup>45</sup>

A discricionariedade não surge da coincidência de um espaço de liberdade da Administração Pública com relação ao legislador e ao juiz. Ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita Poder Legislativo de permitir ao Poder Executivo uma contribuição no processo de determinação do interesse geral, a partir da ponderação de interesses particulares e coletivos.<sup>46</sup>

A esse respeito, Eva Desdentado Daroca<sup>47</sup>, uma das maiores estudiosas contemporâneas sobre o tema da teoria da discricionariedade, ao ressaltar a ausência de consenso doutrinário em torno da utilização da discricionariedade administrativa, define a discricionariedade como sendo a realização de eleições de diferentes alternativas, quando do exercício de poderes conferidos pela norma aberta. Por suas palavras, a discricionariedade administrativa:

Consiste na realização de escolhas entre diferentes alternativas com a finalidade de exercer uma potestade conferida pelo ordenamento jurídico e que este, no entanto, não regulou plenamente. A discricionariedade é, pois, um *modus operandi* que se caracteriza pelos seguintes traços: 1) supõe a adoção de decisões dentro de uma margem de livre apreciação deixada pelo ordenamento jurídico; 2) implica um ato de escolha sobre a base de argumentos valorativos acerca dos quais pessoas razoáveis podem diferir; e 3) a escolha se adota sempre conforme critérios valorativos extrajurídicos.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Sobre a crítica ao pensamento de Kelsen, a publicista Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta, ainda, a dificuldade, se não a impossibilidade, de se distinguir a atividade vinculada da atividade discricionária da Administração Pública, “já que, para ele, cada ato implica um acréscimo em relação à norma de grau superior, quando, na realidade, em se tratando de atividade vinculada, a Administração tem que se limitar a constatar o atendimento dos requisitos legais, sem possibilidade de optar por solução diversa daquela prevista em lei”. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 72.

<sup>43</sup> RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 94.

<sup>44</sup> Op. cit.

<sup>45</sup> Nesse sentido, BULLINGER, Martin. *La discrecionalidad de la administración pública*. Madrid: La Ley, VII, 1986. Ver MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000, p. 247.

<sup>46</sup> Nessa linha de pensamento, ver MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000, p. 252. Em sentido próximo, Afonso Rodrigues Queiró sustenta que a discricionariedade representa uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativos às condições de fato do agir administrativo, escolha feita sempre dentro dos limites da lei. *Op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>47</sup> *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 22.

José Cretella Júnior, por sua vez, definindo o ato administrativo discricionário como consequência de um “poder discricionário” da Administração, aduz que a discricionariedade é a manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração. Fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, concretiza-se livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária.<sup>48</sup>

No mesmo diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto define a discricionariedade como sendo a qualidade encarregada pela lei à Administração Pública para determinar, de forma abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, diretamente referido a um interesse público específico.<sup>49</sup>

Em vista das conceituações trazidas à colação, pode-se concluir que a norma primária não aponta todos os caminhos a serem trilhados pela Administração diante do caso concreto, de modo que há diversos questionamentos quanto a poder ou não seus atos serem revisados totalmente pelo Poder Judiciário em vista do princípio da separação de poderes.<sup>50</sup>

Malgrado respeitáveis posicionamentos doutrinários acerca da conceituação da discricionariedade, referindo-se, unicamente, ao resíduo deixado pela lei para ser integrado pelo Administrador diante do caso concreto (abertura da norma), isto é, somente estando presente quando o legislador assim determinar, é certo que uma corrente de pensamento sustenta a possibilidade da discricionariedade administrativa quando estiverem presentes na norma os conceitos jurídicos indeterminados, objeto da nossa próxima aula.

Diante de todas essas questões, fica patente que o tema da discricionariedade administrativa está no centro do debate acerca dos limites da atuação da Administração Pública e seu controle pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, reflita sobre os limites de atuação administrativa, para enfrentar o caso abaixo apresentado.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### Leitura obrigatória:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, capítulo intitulado “O regulamento no direito brasileiro”.

<sup>48</sup> *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 150. Pensa em igual sentido o saudoso Hely Lopes Meirelles. Para o Autor, discricionariedade é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 102.

<sup>49</sup> *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.22. Para a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de discricionariedade administrativa pode ser resumido na faculdade que a lei confere à Administração para avaliar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, sendo todas elas válidas perante o direito. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67. Em idêntico sentido, Germana de Oliveira Moraes aduz que a discricionariedade resulta da abertura normativa, em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto, ou seja, para complementar a previsão aberta da norma e configurar os efeitos parcialmente previstos, mediante a ponderação valorativa de interesses, com vista à realização do interesse público geral. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 39. Eis, por seu turno, o trecho do magistério de Weida Zancaner, para quem a discricionariedade pode ocorrer quando a lei legitima o juízo subjetivo do administrador, para que complete o quadro regulativo necessário ao exercício do poder, ou para que exercite o dever de integrar *in concreto* o conteúdo rarefeito insculpido na regra de direito. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 49.

<sup>50</sup> Sobre esse aspecto, há quem já sustente que o advento do neoconstitucionalismo, ou melhor, com a constitucionalização do direito administrativo, não se deva admitir o instituto da discricionariedade administrativa, e sim uma *juridicidade administrativa*. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.





*Leitura complementar:*

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (título III, cap. III).

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Tício ajuizou ação questionando a ilegalidade e a inconstitucionalidade de multa de trânsito recebida por excesso de velocidade, em razão de haver trafegado acima do limite estabelecido pelo Departamento Estadual de Trânsito do Rio Grande do Sul — DETRAN/RS para determinado trecho de uma estrada, fixado em 40 km/h.

O autor asseverou, em sua demanda, que referido limite apresentava-se excessivamente baixo, violando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como as diretrizes dispostas no art. 61 do Código Brasileiro de Trânsito, que fixa, como regra geral, o limite máximo de velocidade nas estradas em 60 km/h, conforme se observa da transcrição abaixo:

Art. 61. A velocidade máxima permitida para a via será indicada por meio de sinalização, obedecidas suas características técnicas e as condições do trânsito.

§1º. Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de:

I — nas vias urbanas:

a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido;

(...)

II — nas vias rurais:

1) nas rodovias, cento e dez quilômetros para automóveis, caminhonetas e motocicletas;<sup>51</sup>

2) Noventa quilômetros por hora, para ônibus e microônibus;

3) Oitenta quilômetros por hora, para demais veículos;

b) nas estradas, sessenta quilômetros por hora.

§2º. O órgão ou entidade de trânsito ou rodoviário local com circunscrição sobre a via podrá regulamentar por meio de sinalização velocidades superiores ou inferiores àquelas estabelecidas no parágrafo anterior.

O juízo de primeira instância julgou procedente a demanda, em um arrazoado no qual manifestou sua inconformidade quanto à “indústria de

<sup>51</sup> As motocicletas foram incluídas pela lei 10.830/2003.



multas” que estaria sendo criada arbitrariamente pelo ânimo arrecadatório dos Estados, com a fixação de limites de velocidade extremamente baixos para tráfego em estradas e rodovias, prática que ofenderia o princípio da razoabilidade.

Tendo a decisão sido confirmada em segunda instância, o DETRAN/RS recorreu ao Superior Tribunal Justiça, sustentando a legalidade da velocidade fixada para a referida estrada, pois havia sinalização indicativa no local, em obediência, portanto, à exigência do art. 61, §2º, do Código Brasileiro de Trânsito. Além disso, argumentou que a fixação do limite de velocidade em 40 km/h era fruto do exercício legítimo de sua competência discricionária, sobre a qual não teria o Poder Judiciário competência revisional.

Considerando o que você estudou sobre o conteúdo e os limites da discricionariedade administrativa, como você acredita deveria ter sido decidida a demanda?

Caso o Poder Judiciário entenda que o limite de velocidade fixado pela autoridade administrativa é manifestamente desproporcional e irrazoável, poderia o tribunal fixar, no acórdão, o novo limite de velocidade?

## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

Os atos administrativos vinculados podem ser amplamente revisados pelo Poder Judiciário em caso de vício. A partir da constitucionalização do direito administrativo e da ampliação da plêiade de princípios constitucionais, explícitos e implícitos, a que a Administração Pública deve obediência, observa-se uma tendência à crescente sindicabilidade dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário. Todavia, faz-se necessário cuidar para que não haja violação da separação dos poderes, pois não deve o Judiciário substituir o administrador no exercício das competências que são próprias ao Poder Executivo, como o exercício do poder discricionário.



**AULA 4***I. TEMA*

Princípio da legalidade e a densificação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública.

*II. ASSUNTO*

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador, a possibilidade da densificação do seu conteúdo pelo administrador.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Examinar os limites ao poder integrativo da Administração Pública face a leis que apresentam conceitos jurídicos indeterminados e a possibilidade da revisão de decisões administrativas baseadas em leis que trazem conceitos jurídicos indeterminados pelo Poder Judiciário.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

Os conceitos utilizados nas normas jurídicas podem ser determinados ou indeterminados.

Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, como, por exemplo, o limite de velocidade de um automóvel em uma determinada estrada, a idade para se atingir a maioridade, etc. A aplicação desses conceitos, por serem precisamente determinados, não suscita aparente dúvida, devendo, portanto, ser empregada no caso concreto.

De outro lado, pela técnica de utilização de conceitos jurídicos indeterminados no processo legiferante, as regras para sua adoção não aparecem bem delineadas, não obstante indiquem a sua aplicação em determinados casos concretos. Nessas circunstâncias, a norma não determina o exato e preciso sentido desses conceitos, haja vista que estes não admitem uma rigorosa e abstrata quantificação ou limitação, somente devendo ser identificados, caso a caso, diante do fato real.

Grosso modo, esses conceitos previstos na norma expressam e qualificam necessidades públicas, a exemplo das expressões “utilidade pública”, “urgência”, “relevância”, “risco iminente à saúde”, “serviço adequado”, “modicidade tarifária”, “eficiência”, etc. A questão a se indagar é: há correlação entre a discricionariedade e os denominados conceitos jurídicos indeterminados?

Ao se adotar a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados devem ser integrados pelo método interpretativo, e, assim, admitir apenas uma única solução justa (afastada a oportunidade e conveniência do ato), os resultados decorrentes desses mesmos atos devem ser controlados com maior intensidade pelo Poder Judiciário. Por outro lado, em se considerado que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no contexto da discricionariedade administrativa, o mérito desses atos administrativos não deve ser revisto positivamente pelo Poder Judiciário.

Esse tema tem sido objeto de intenso questionamento no âmbito do direito administrativo, cabendo aos estudiosos alemães o mérito pelas profundas investigações contemporâneas sobre a questão.

Almiro do Couto e Silva sustenta que a discussão entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados remonta ao confronto estabelecido no direito austríaco entre Bernazik e Tezner:

O primeiro sustentava a existência de uma discricionariedade técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente se apresentam os problemas administrativos. Estes suscitarão várias opiniões ou propostas de solução, a respeito das quais, porém — muito embora no plano estritamente lógico só possa existir uma única solução correta —, será freqüentemente difícil ou mesmo impossível afirmar qual a mais acertada. (...) Foi Tezner, entretanto, quem primeiro, na verdade, estabeleceu o discrimen entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. A distinção foi por ele realizada ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que considerava como poder discricionário da Administração Pública e insuscetíveis de revisão judicial casos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como ‘interesse público’, ‘paz e ordem pública’, ‘conveniência’, ‘necessidade’, etc.<sup>52</sup>

A descrição mais consistente da estrutura lógico-semântica dos conceitos jurídicos vem de uma obra doutrinária de Walter Jellinek (*Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen*), de 1913, segundo a qual o conceito normativo indeterminado constitui a antítese do conceito jurídico determinado. Pelo pensamento desse autor, tal como o conceito jurídico determinado, o conceito indeterminado também tem limites, pois, do contrário, não seria um conceito. Porém, o primeiro tem um só limite, que permite

<sup>52</sup> “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179, p. 51-92, jan./jun. 1980, p. 57-58.

realizar um juízo seguro (certo) sobre a pertinência ou não do mesmo a um determinado fenômeno, ao passo que o segundo tem dois limites.<sup>53</sup>

Nessa ordem de convicções, o conceito jurídico indeterminado também permite realizar juízos seguros (certos), mas entre o juízo positivo e o negativo existe um terreno limítrofe de mera possibilidade. Assim, o aplicador de todo conceito indeterminado sabe que existem fenômenos que indubitavelmente estão compreendidos dentro do conceito e outros que seguramente não estão compreendidos no mesmo. Deste modo surgem as esferas de certeza positiva e negativa e a esfera da dúvida possível.<sup>54</sup>

Considerando que a clarificação dos conceitos jurídicos indeterminados se dá na aplicação em casos concretos, a doutrina alemã criou uma teoria de que só existe uma única solução justa em cada caso, determinável segundo um processo cognitivo.<sup>55</sup>

Após a primeira década seguinte ao segundo pós-guerra, a jurisprudência contencioso-administrativa da Alemanha foi se consolidando no sentido de que o Estado de Direito, proclamado com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, excluía a discricionariedade da Administração Pública na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Caracterizada a discricionariedade administrativa por oferecer à Administração Pública várias possibilidades juridicamente possíveis, os Tribunais se inclinavam a considerar, cada vez mais, que a aplicação de um conceito jurídico indeterminado somente comportava uma única solução justa, adequada ao ordenamento legal. Desse modo, o controle judicial do ato de integração desses conceitos fluidos poderia ser total, ou seja, os Tribunais aprofundavam a sindicância e até mesmo substituíam a decisão executiva.<sup>56</sup> Nesses termos, consolidou-se a teoria dominante da completa separação entre o exercício da discricionariedade administrativa e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.<sup>57</sup>

Vale esclarecer que essa corrente de pensamento — pela qual não há uma vinculação entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados — foi introduzida na doutrina espanhola no ano de 1962 por Eduardo García de Enterría<sup>58</sup>, vindo depois a ser assumida pela maioria da doutrina e jurisprudência ibérica.<sup>59</sup>

Para García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a lei utiliza conceitos de experiência (“incapacidade para o exercício de suas funções”, “premeditação”, “força irresistível”) ou de valor (“boa fé”, “*standard* de conduta do bom pai de família”, “justo preço”) porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa.<sup>60</sup>

Porém, ao estar referindo-se a fatos concretos e não a vagas, imprecisas ou contraditórias situações, entendem esses autores que a aplicação de tais conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Cf. BACIGALUPO, op. cit., pp. 194. Essa teoria é contestada por Afonso Rodrigues Queiró, dizendo-a totalmente errada sob o seguinte argumento: “mesmo que sobre muitos conceitos não teóricos existisse uma inequívoca concepção por parte da comunidade (o que é contestabilíssimo), ela não podia ser senão uma norma, um conjunto de conceito, que, por sua vez, teriam de ser submetidos à interpretação dum órgão, se sempre poderá ficar como resíduo um conjunto de conceitos práticos imprecisáveis”. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p.41-78, out. 1946, p. 63.

<sup>54</sup> Cf. BACIGALUPO, op. cit., p. 195.

<sup>55</sup> Nesse sentido, ver César David CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo e jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 127 e Magide HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000, p. 253. Este Autor comenta que, definidos desde a perspectiva do controle judicial, tem sido relativamente tradicional diferenciar discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados a partir da afirmação de que a primeira supõe a existência de uma pluralidade de soluções juridicamente corretas (justas), enquanto que a aplicação dos últimos admite uma única solução justa, permitindo-se, assim, ao juiz, uma intensidade máxima no controle da atuação administrativa. *Idem*, p. 249.

<sup>56</sup> Cesar Ciriano Vela esclarece a questão: “O que se passa, na realidade, é que as normas recorrem à utilização de conceitos em maior ou menor medida vagos e indeterminados, nos quais é preciso realizar um trabalho de interpretação pelo órgão competente. Trata-se dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. E estes casos, durante boa parte deste século [século XX] se considerava serem conceitos discricionários. No entanto, a doutrina alemã cunhou várias décadas depois a teoria dos conceitos normativos indeterminados (Umbestimmterrechtsbegriffe) que, diferentemente do que se considerava até então, em sua interpretação dariam lugar a uma única solução justa.” *Op cit.*, p.127.

<sup>57</sup> Cf. BULLINGER, Martin. *La Discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*. Tradução de Miguel Sánchez Morón, e M. Cancio Mella, La Ley, ano VIII, n. 1831, 1987. Considerando que algumas decisões judiciais seguiam reconhecendo o poder discricionário da Administração Pública na aplicação de alguns conceitos jurídicos indeterminados de difícil controle judicial, a partir dos conceitos doutrinários trazidos por

Em se considerando somente uma solução justa para determinado conceito jurídico indeterminado, não haveria, portanto, de se cogitar a existência de discricionariedade. Isto porque, se o primeiro só admite uma única solução justa, o segundo, se fundamentando normalmente em critérios metajurídicos de conveniência e oportunidade, permite diversas soluções justas. Em outros termos, permite optar entre diversas alternativas que são igualmente justas à luz do direito.<sup>62</sup>

Nesse sentido, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández sustentam que a diferença entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados é vital, capital. Vale dizer, em sendo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que utilizou tal conceito, o juiz pode controlar tal aplicação valorando se a solução a que com ela se chegou é a única solução justa que a lei permite.<sup>63</sup>

Asseveram esses doutrinadores que, ao contrário, o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricionária, haja vista que, seja esta no sentido que seja, se foi produzida dentro dos limites da remissão legal da apreciação administrativa, é necessariamente justa. A discricionariedade é basicamente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos que não estão incluídos na lei, e sim no juízo subjetivo da Administração Pública. Por outro lado, o conceito jurídico indeterminado é um caso de aplicação da lei, pois se trata de subsumir, em uma categoria legal, determinadas circunstâncias reais.<sup>64</sup>

Delineados os principais aspectos da teoria germânica da existência de apenas uma solução justa em cada caso concreto, endossados e difundidos por García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, cumpre trazer, em sentido oposto, o pensamento de Miguel Sánchez Morón, que suscita interessantes e profundos questionamentos acerca da real diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. Sobre a técnica germânica — que defende a existência de apenas uma solução justa na integração de um conceito jurídico indeterminado — Morón observa que não está claro que exista sempre uma diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, como presume uma parte da doutrina espanhola e se constata em alguns pronunciamentos jurisprudenciais.<sup>65</sup>

Para esse doutrinador nem sempre é factível assegurar com total exatidão qual seria a única solução justa, fato este que está exigindo que os juízes resolvessem essa dúvida sob seus próprios valores. Assim, prevalecendo a tese de que existe apenas uma solução justa na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, ter-se-ia que apoiar essa idéia em um conceito transcendental de justiça (e de verdade) e em uma fé absoluta da possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação.<sup>66</sup>

No mesmo sentido, Mariano Magide Herrero, que se deteve em profundo estudo sobre a questão em ensaio voltado às Administrações Independentes

Otto Bachof e Carl Hermann Ule foram surgindo teses em sentido contrário àquela que defendia a existência de apenas uma solução justa. Por essa linha de pensamento, os tribunais deveriam reconhecer, na interpretação de alguns conceitos jurídicos indeterminados, uma certa *margin de apreciação* (*Beurteilungsspielraum*, na terminologia de Bachof), considerando-o como algo estruturalmente distinto da discricionariedade. Na esteira desse raciocínio, a "margin de apreciação" se refere ao suposto do fato da norma (*Tatbestand*), a sua interpretação e a subsunção aos fatos a que se refira. Por outro lado, a discricionariedade se manifesta na consequência jurídica da norma (*Rechtsfolge*), pois consistiria na faculdade da Administração de decidir se aplicaria ou não a consequência jurídica, uma vez verificado o cumprimento do suposto do fato, ou na possibilidade de eleger, nesse caso, entre as diversas consequências jurídicas previstas pela norma. Cf. MAGIDE HERRERO, op. cit., pp. 261-262. Karl Engisch, após examinar o pensamento de Rudolf Laun, Jellinek, Forsthoff, Bruns e Bachof, e partindo da premissa de que é possível admitir a existência de discricionariedade no seio da ordem jurídica em um Estado de Direito, denota que no domínio da administração ou da jurisdição, a convicção pessoal de quem quer que seja chamado a decidir é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis, dentro de certo "espaço de jogo", será havida como sendo a melhor e justa. O Autor entende que é um problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude discricionária existe. E, no plano terminológico, assim como metodologicamente, reconhece uma posição particular do conceito de discricionariedade, em confronto com os "conceitos indeterminados" e "conceitos normativos". *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 227-228.

<sup>62</sup> La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, nº .38, p.171.

<sup>63</sup> É digno de nota que a doutrina germânica sobre os conceitos jurídicos indeterminados - e a noção de uma única solução justa - foi adotada com grande entusiasmo na Espanha como instrumento de redução da discricionariedade, dentro da perspectiva de um amplo controle judicial desses atos.

<sup>64</sup> *Curso de derecho administrativo*. 10.ed. Madri: Civitas, 2001, tomo 1, p. 457. É de capital importância ressaltar que em uma leitura mais apressada da doutrina sustentada pelos Autores, de

da Espanha, sustenta que é inevitável uma margem de apreciação que há de se conceder à Administração na aplicação de certos conceitos normativos indeterminados, de modo que é impossível seguir afirmando que em sua aplicação existe uma unidade de solução justa.<sup>67</sup>

Por seu pensamento, quando se admite uma margem de apreciação em favor da Administração na aplicação de um conceito normativo indeterminado, está-se admitindo que podem existir distintas interpretações lícitas e, em consequência, que não cabe falar em uma única solução justa.<sup>68</sup>

Do mesmo modo, Miguel Beltrán de Felipe sustenta que, para a determinação de alguns conceitos jurídicos indeterminados, o direito oferece pautas, critérios ou regras interpretativas, mas, para outros conceitos indeterminados, a densidade normativa é muito escassa. Nestes casos, tem-se, ao mesmo tempo, margem de apreciação e escassa ou nula densidade normativa.<sup>69</sup>

Nesse contexto, o autor conclui que o Direito não oferece parâmetros suficientes ou positivos, razão pela qual resulta complicado, quando não impossível, encontrar essa única solução legal que anularia a discricionariedade.<sup>70</sup>

Como alhures, a doutrina pátria também controverte acerca da correlação entre os conceitos jurídicos indeterminados e o poder discricionário da Administração Pública.<sup>71</sup>

Eros Roberto Grau comparte do mesmo pensamento de García de Enterría, chegando a sustentar que não existem conceitos jurídicos indeterminados, ao argumento de que todo conceito é uma soma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada. Para ele, é, na verdade, “noção”, vale dizer, idéia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas; logo, passível de interpretação”.<sup>72</sup> E, peremptoriamente, conclui: “Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito”.<sup>73</sup>

Nessa quadra, e como arrimo em Ascarelli, Eros Roberto Grau distingue entre os conceitos jurídicos meramente formais (*regulae juris*) e os tipológicos (*fattispecie*), que cumprem diferentes funções na linguagem jurídica. Sobre este último, os tipológicos, inserem-se os conceitos jurídicos apontados como indeterminados, pois “universalmente, são expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países. Ligam-se a esquemas e elaborações de caráter lógico — independentemente das quais é eventualmente impossível a disciplina e que poderão ser diferentes, mesmo obedecendo, cada uma, a uma coerência própria — bem como a preocupações e hábitos econômicos e fés religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e concepções do mundo”.<sup>74</sup>

Após suas digressões sobre o tema, esse mesmo jurista conclui que só existirão atos discricionários quando a norma jurídica atribuir ao Administrador Público juízos de oportunidade; vale dizer, fora dessa hipótese o agente público estará jungido, unicamente, à lei. Em suma, sustenta que os conceitos

que a “unidade de solução justa (...) não significa que haja somente uma e única conduta capaz de merecer, entre todas as possíveis, a qualificação àquela que o conceito aponta”, pode levar o leitor a um equivocado entendimento de que eles não defendem a corrente antes exposta. Nos referimos precisamente ao trecho em que denotam: “Convém notar a esse respeito, para evitar um mal entendido bastante freqüente sobre o qual costumam ser construídas as críticas ulteriores, que essa ‘unidade de solução justa’ à qual nos referimos não significa que haja somente uma e única conduta capaz de merecer, entre todas as possíveis, a qualificação à qual o conceito aponta. O que quer dizer exatamente é que em um dado caso a concreta conduta objeto de ajuizamento ou é de boa-fé ou não o é, o que remete a uma ‘apreciação por juízos distintivos’, na expressiva fórmula alemã, já que não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo, como é evidente.” Op. cit., p. 458.

<sup>67</sup> Op. cit. Alejandro Nieto García, em obra doutrinária de 1964, sustentou nesse mesmo sentido: quando se exercita uma função discricionária *stricto sensu*, a operação que deve realizar a Administração é de natureza volitiva, e quando esta se aplica aos conceitos jurídicos indeterminados a operação que realiza é de natureza intelectual. “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”. *Revista de Administración Pública*, n.44, p.147. É certo que a consolidação dessa teoria deu-se naquela nação da Europa Continental por obra de Fernando Sáinz Moreno, no ano de 1976, com uma tese em que aprofundava o tema a partir de uma construção dogmática, contendo vários exemplos. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

<sup>68</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 458.

<sup>69</sup> Op. cit., p. 459.

<sup>70</sup> Nas palavras de García de Enterría e Fernández: “a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, caso se prefira, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta normalmente em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na Lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração. Ao contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da Lei, pois se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, entretanto, sua imprecisão de limites, com a intenção de limitar uma suposição concreta), umas circunstâncias reais determinadas, justamente por isso é um processo regrado, que se esgota no processo



jurídicos indeterminados se submetem, exclusivamente, a um processo interpretativo/aplicativo de textos normativos.<sup>75</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também sustenta que a vagueza e ambiguidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários, pois, para o autor, nem sempre o vago e ambíguo gera discricionariedade. E conclui: “quando o conceito é determinado, apesar de vago e ambíguo, o ato com base nele é vinculado”.<sup>76</sup>

Pelo entendimento do autor, dispositivos tradicionalmente tidos como “poderes discricionários” são, na verdade, simples enunciados de conceitos jurídicos indeterminados. Vale dizer, conceitos como calamidade pública, ordem pública, utilidade pública não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, mas, apenas, uma só solução em cada caso concreto.

Em sentido diametralmente oposto, ao conceituar discricionariedade administrativa Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, diante de um caso concreto, surge quando há fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento.<sup>77</sup>

Por suas palavras, isso ocorre porque, muitas vezes, e exatamente porque o conceito é fluido, é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Por isso o autor não aceita a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos seja estranho ao tema da discricionariedade.<sup>78</sup>

Em amparo a sua tese, Celso Antônio aduz que os efeitos de direito são idênticos quando o Administrador, ao aplicar a regra ao caso concreto, apreende o significado de um conceito impreciso dentro da significação contextual que comportavam, ou decide segundo critérios de conveniência e oportunidade (este traduzindo uma opção por um dentre dois ou mais comportamentos que se conformam à finalidade da norma a ser aplicada).

Nesse preciso sentido, defende que nenhuma diferença existe entre estas análises, e em ambas a extensão da investigação judicial é a mesma. Assim, tanto em uma como em outra, se for o caso, o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro de esfera legítima, isto é, dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe proporcionava, porque não se excedeu ao decidir que tal ou qual comportamento era o mais conveniente e oportuno, por ter se mantido dentro dos limites da razoabilidade.<sup>79</sup>

Essas são as correntes doutrinárias que polarizam a aceitação ou não de haver mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados, impactando, diretamente, nos limites do controle judicial dos atos administrativos editados pelo Poder Executivo.

intelectivo de compreensão de uma realidade no sentido em que o conceito legal indeterminado pretendeu, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma um poder discricionário”. Op. cit., pp. 458-459.

<sup>65</sup> *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 116.

<sup>66</sup> Op. cit., p. 118. Mariano Bacigalupo, um dos autores que mais se destacou na Espanha na defesa da corrente de pensamento que sustenta a possibilidade da discricionariedade administrativa quando existirem, nessas mesmas normas, os denominados conceitos jurídicos indeterminados, denota, em igual entendimento, que tanto a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados em sua zona de incerteza, como o exercício da discricionariedade consiste em uma mesma tarefa de integração da norma na aplicação em um fato concreto, ou seja, ambas se concebem como manifestações de um mesmo fenômeno de natureza materialmente normativa. O Autor se recusa a admitir que se possa estabelecer alguma distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados em vista do grau de vinculação normativa e, em consequência, a intensidade de sua sindicância judicial. Op. cit., p. 203.

<sup>67</sup> Op. cit., p. 268.

<sup>68</sup> Op. cit., pp. 268-269.

<sup>69</sup> *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 110.

<sup>70</sup> Op. cit.

<sup>71</sup> Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior adverte que a doutrina não é pacífica a esse respeito, e a distinção entre conceito indeterminado e discricionário é disputada. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997, p. 88.

<sup>72</sup> *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202.

<sup>73</sup> Op. cit., p. 196.

<sup>74</sup> Op. cit., p. 199.

<sup>75</sup> Op. cit., pp. 203-204. O Autor defende o seu ponto de vista trazendo de forma literal para o vernáculo as conclusões dos mestres García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

<sup>76</sup> Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997, p. 88.

<sup>77</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 5. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23.



## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, item<sup>80</sup>: Poderes administrativos: poder discricionário poder regulamentar

### *Leitura complementar:*

GUERRA, Sergio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 161 a 246.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis — ANP —, incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º).

Constitui atribuição da ANP, nos termos do art. 56, *caput* e parágrafo único, do mesmo diploma legal, baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, estabelecendo as condições para a autorização e para a transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de “proteção ambiental” e “segurança de tráfego”.

No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 201/99 (atualmente revogada pela Resolução ANP 8/2007), proibindo o Transportador-Revendedor-Retalhista — TRR — de transportar e revender gás liquefeito de petróleo — GLP, gasolina e álcool combustível.

A seu ver, pode a ANP editar ato normativo vedando esse transporte por parte do Transportador-Revendedor-Retalhista? Quais seriam os limites ao exercício dessa competência normativa? Caso provocado, poderá o Poder Judiciário rever esse ato normativo da ANP?

<sup>78</sup> Op. cit.

<sup>79</sup> Op. cit., p. 27. Germana de Oliveira Moraes, nessa linha de pensamento, aduz que a abertura da norma tanto pode residir na previsão incompleta dos pressupostos necessários à edição do ato administrativo, quanto na indeterminação parcial dos efeitos a serem produzidos com a sua edição. Para a Autora, a primeira hipótese se evidencia em face da utilização pela lei de conceitos indeterminados atributivos de discricionariedade, como por exemplo, “conveniência para o serviço”. Op. cit., p. 39.

<sup>80</sup> Ao longo desta apostila, a indicação de item para leitura obrigatória inclui necessariamente os seus subitens.



## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

Os conceitos jurídicos indeterminados servem, sobretudo, para dar margem de atuação ao administrador público, impedindo, assim, o excessivo engessamento da atuação administrativa pelo legislador.



**AULA 5****I. TEMA**

Os princípios da finalidade, da impessoalidade e da motivação.

**II. ASSUNTO**

Outros princípios que regem o Direito Administrativo.

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Apresentar o conteúdo do princípio da finalidade, enfatizando sua relação com o princípio da legalidade. Apresentar a teoria do desvio de poder. Analisar o conteúdo dos princípios da impessoalidade e da motivação aplicados à Administração Pública.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO***Princípio da Finalidade*

O ato administrativo, para ser lícito e legítimo, deve atender aos fins públicos a que se destina. Deste modo, o princípio da finalidade corresponde a uma orientação obrigatória da atividade administrativa ao interesse público.<sup>81</sup> Na mesma senda vigora o princípio da impessoalidade, que impõe à autoridade pública, no exercício da atividade administrativa, a consideração, de modo objetivo, dos vários interesses públicos e privados a avaliar.<sup>82</sup>

O não atendimento do fim público ou se a decisão administrativa for fundamentada em favoritismos pessoais do administrador público, ou de determinados grupos, considera-se haver vício de finalidade ou desvio de poder.

Os vícios de finalidade ou do fim dos atos administrativos “escondem a intenção do administrador sob a capa da legalidade”.<sup>83</sup> Assim é que “demonstrados, mediante prova irrefutável, permitem o controle jurisdicional da medida viciada, por *desvio de poder*, acarretando a anulação do ato, eivado desse defeito ou vício”.

<sup>81</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 92.

<sup>82</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 62.

<sup>83</sup> CRETTELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 271.

Caio Tácito, pioneiro no estudo do desvio de poder no Brasil, denota que esse é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras. A relevância do estudo sobre o tema do desvio de poder foi assim sustentada no remoto ano de 1951 por Caio Tácito:

a escassa invocação, entre nós, de tão importante modalidade de controle da Administração, inspirou-nos o propósito de estudar-lhe as características, na esperança de conquistar a atenção dos nossos juristas. Não pretendemos inovar a matéria, tão profundamente analisada na bibliografia francesa e italiana, mesmo porque a originalidade científica é sempre difícil, até para os mais doutos. Desejamos somente conceituar o desvio de poder e assinalar a sua compatibilidade com a lei e a tradição jurídica nacionais. Não se trata de importância exótica, oriunda de regime contencioso diverso de nosso sistema judiciarista. Depõe, aliás, nesse sentido, os julgados brilhantes, embora isolados, que já o acolheram como razão de decidir”.<sup>84</sup>

José Cretella Júnior, autor que sistematizou entre nós, no ano de 1965, o tema do desvio de poder ou, na expressão utilizada pelos franceses, *détournement de pouvoir*<sup>85</sup>, denota que se trata de aspecto vicioso do ato administrativo que, ultrapassando-lhe a epiderme, chega ao próprio cerne da medida, devassando a intenção do administrador e eivando de nulidade a providência tomada. Trata-se de distorção da discricionariedade de que é detentor o agente público, que se inclina fundado no interesse próprio e não no interesse da Administração.<sup>86</sup>

O desvio de poder, fundamento para anulação do ato administrativo que nele incide, difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não-conformidade de um ato com a regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é necessário indagar se os móveis que inspiraram o administrador deveriam realmente inspirá-lo. Os outros casos de anulação dos atos administrativos fundamentam-se em razões de existência objetiva e que podem justificar a decisão. Aqui, o móvel, ao contrário, é o sentimento, o desejo que inspirou o autor do ato, mas na forma o ato é perfeito.<sup>87</sup>

No mesmo sentido, sustenta Agustin Gordillo que existe um desvio de poder toda vez que o funcionário atua com uma finalidade distinta da perseguida pela lei. O ato está assim viciado ainda que seu objeto não seja contrário ao ordenamento jurídico.<sup>88</sup> Com efeito, as normas que conferem uma determinada faculdade ao administrador o fazem para que o servidor satisfaça a finalidade expressa ou implícita do ordenamento jurídico, não para realizar questões pessoais. O administrador tem sua competência circunscrita ao que

<sup>84</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. O “desvio de poder” na administração pública. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 126.

<sup>85</sup> Para Afonso Rodrigues Queiró, “a jurisprudência francesa, mais liberal que a legislação em que rigorosamente deveria basear-se, arranjava sutilmente um limite ao poder discricionário pelo lado dos fins, dos motivos ou móveis da Administração”. In: A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.7, p.52-80, jan./mar., 1947, pp. 62-63.

<sup>86</sup> *O desvio de poder.*, ob. cit., p. 3.

<sup>87</sup> Op. cit., p. 5.

<sup>88</sup> *Tratado de derecho administrativo*. 5.ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, pp. IX-23-24.

as normas determinam, pelo que a faculdade que elas conferem está necessariamente restringida e orientada ao cumprimento da própria finalidade do sistema normativo.

Dessa forma, o que vicia o ato, inquinando-o de desvio de poder, é o fim privado, isto é, a vontade distorcida do agente público que deixa de ser administrador para tornar-se *dominus*, praticando ato com finalidade absolutamente incompatível com o espírito de objetividade e imparcialidade que deve nortear os atos do agente público.<sup>89</sup> Esse limite visa impedir que a prática do ato administrativo possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.<sup>90</sup>

Nesse sentido, Gaston Jèze aduz que, dada a natureza humana e o egoísmo dos indivíduos, deve prever-se que os governantes e os agentes públicos exerçam sua competência, a fim de obter vantagens particulares para eles, ou para seus amigos pessoais, ou políticos, representando abuso de poder.<sup>91</sup>

### *Princípio da impessoalidade*

Dentre os princípios constitucionais regedores da Administração Pública elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, encontra-se o princípio da impessoalidade, cujo conteúdo é assim apresentado por Odete Medauar:

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia (...) Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo.<sup>92</sup>

Conforme se terá oportunidade de concluir, através da análise dos vários casos geradores que compõem esta primeira Unidade do Curso, o princípio da impessoalidade guarda direta relação com os princípios da moralidade, da publicidade e da motivação dos atos administrativos.

### *Princípio da Motivação*

A motivação das decisões administrativas, como leciona Tomás-Ramón Fernández, é um primeiro critério de deslinde entre a discricionariedade e a arbitrariedade, de maneira que o que não é motivado é, só por esse fato, arbitrário.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> CRETELLA JÚNIOR, O "desvio de poder", p. 47.

<sup>90</sup> TÁCITO, Caio. "O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.228, p.1-12, abr./jun. 2002, p. 2.

<sup>91</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. I. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948, p. 79.

<sup>92</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 252.

<sup>93</sup> *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 107. Nesse sentido, Miguel Sánchez Morón expõe que, na medida em que a motivação é um instrumento para explicitar as razões que levaram à decisão, não se pode estranhar que se considere um requisito imprescindível do ato discricionário. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 151.

Cumprе esclarecer, desde logo, que não se confundem motivo e motivação. Todo ato administrativo tem de ter um motivo, i.e., uma razão pública na origem. No entanto, existe controvérsia quanto a se necessariamente todos os atos administrativos necessitam vir com motivação, entendida esta como a exteriorização do motivo.

A doutrina pátria é pacífica no entendimento de que a inexistência do motivo alegado como fundamento para a prática de qualquer ato administrativo acarreta a sua nulidade. Nesse sentido, colhe-se a lição de Caio Tácito:

Os atos administrativos são nulos quando o motivo invocado é falso ou inidôneo. Ou o antecedente é inexistente, ou a autoridade lhe deu uma apreciação indevida, sob o ponto de vista legal. São as duas formas que, na doutrina francesa, se qualificam de inexistência material e inexistência jurídica dos motivos.<sup>94</sup>

Para a aferição da validade dos atos do poder público, isto é, para a verificação de sua conformação com o sistema normativo, faz-se indispensável examinar os motivos que levaram à sua produção. Qual se passou com a evolução dos requisitos das decisões judiciais nas instâncias penais e civis, onde a existência de fundamentação legítima e racional erigiu-se em estereótipo da garantia do devido processo legal, também na esfera do Direito Administrativo a existência de motivação é vista hoje como condição de validade dos atos da Administração. A declinação dos motivos nas manifestações estatais criadoras, extintivas ou modificadoras de direitos, que caracterizam os pronunciamentos de caráter decisório do Poder Público, tornou-se por toda parte uma exigência do Estado Democrático de Direito.<sup>95</sup>

Desse modo, para que o Poder Judiciário possa controlar o ato administrativo, há que se ter uma perfeita e clara identificação dos reais motivos que levaram o agente à adoção da decisão.

No caso dos atos discricionários, o mérito do ato identifica-se com a análise da oportunidade e conveniência na tomada da decisão, sobre os quais o administrador possui a faculdade discricionária, concedida por lei, para decidir entre as soluções possíveis aquela que melhor atenda ao interesse público.

Portanto, o mérito engloba a valoração procedida pelo administrador quanto a determinados fatos concretos, com base nos quais deverá escolher, após uma ponderação dos interesses envolvidos, a solução que entender seja a mais adequada, razoável e proporcional. É a partir dessa constatação que emerge a clássica lição de que o mérito do ato administrativo é insindicável, isto é, não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. Sabe-se, entretanto, que essa afirmação hoje é lida com temperos, especialmente para se compreender que mesmo o ato discricionário pode ser controlado pelo Poder Judiciário à luz dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, dentre os quais, a motivação.

<sup>94</sup> Controle dos motivos do ato administrativo. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 333.

<sup>95</sup> Op. cit.



O conteúdo do princípio da motivação é apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.<sup>96</sup>

Embora não previsto expressamente dentre os princípios constitucionais da Administração Pública constantes do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a doutrina aponta possuir referido princípio guarida constitucional.

Nesse sentido, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da motivação constitui uma derivação necessária da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal).<sup>97</sup> Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da motivação encontra fundamento constitucional implícito no art. 1º, II, da Constituição — princípio da cidadania — e em seu parágrafo único, ao explicitar que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

Celso Antônio Bandeira de Mello cita, ainda, como fundamento constitucional do dever de motivação dos atos administrativos, a garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo a qual a qualquer cidadão é assegurado o direito à apreciação judicial em caso de lesão ou ameaça a direito.<sup>98</sup> De fato, o dever de motivação dos atos administrativos constitui uma exigência a que esses possam se submeter ao posterior controle do Poder Judiciário, lembrando que, quanto a esse último, o dever de motivação encontra-se expressamente consagrado na Constituição Federal (art. 93, IX, CF/88).<sup>99</sup>

Por fim, cumpre mencionar que a motivação foi expressamente prevista dentre os princípios informadores da atuação da Administração Pública no art. 2º da Lei nº 9.784/99 (a Lei do Processo Administrativo Federal).

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, item: uso e abuso de poder

<sup>96</sup> *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102.

<sup>97</sup> Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "o princípio da motivação é instrumental e conseqüente do princípio do devido processo da lei (art. 5º, LIV, CF), tendo necessária aplicação às decisões administrativas e às decisões judiciais, embora se encontre também, de modo implícito no devido processo de elaboração das normas legais, no sentido amplo (cf. arts. 59 a 69 da Constituição Federal e os diversos regimentos das casas legislativas)". *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 290.

<sup>98</sup> *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 103.

<sup>99</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*, op. cit., p. 291.



*Leitura complementar:*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 5. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, 58 ss.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Determinada instituição de ensino superior requereu ao Ministério da Educação o credenciamento de alguns cursos de graduação. Designada Comissão de Avaliação pelo MEC, foi proferido parecer favorável ao início dos cursos.

Com base nesse parecer, a instituição iniciou uma série de reformas no prédio e outros investimentos. Sobreveio, então, ato do Ministro de Educação, que negou à instituição de ensino o credenciamento de alguns dos cursos pretendidos. O despacho, publicado no Diário Oficial da União, tem o seguinte teor:

”Indefiro a autorização para o funcionamento do curso referido no presente processo, tendo em vista a evidente desnecessidade do mesmo, não só no que se refere ao desenvolvimento regional, mas também no que tange ao excesso de oferta de vagas, por outras instituições, na área de sua eventual instalação”.

Caso você fosse advogado da instituição de ensino, o que aconselharia ao seu cliente?

Na qualidade de Procurador Federal, como você defenderia a decisão do Ministro?

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

A obediência aos princípios da finalidade, impessoalidade e motivação constituem exigências implícitas ou explícitas da atividade administrativa, e autorizam a revisão do ato administrativo que desborde de seu conteúdo.

**AULA 6****I. TEMA**

Os princípios da moralidade, da eficiência e da publicidade dos atos administrativos.

**II. ASSUNTO**

A proteção dos cidadãos frente aos abusos da Administração Pública.

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

O objetivo desta aula será travar um amplo debate acerca do conteúdo dos princípios da moralidade, eficiência e publicidade dos atos da Administração Pública, permitindo, sobretudo, observar como esses princípios se entrecruzam e constituem importante rol de garantias do cidadão face a atos comissivos e omissivos do poder público.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**

Os três princípios constitucionais da Administração Pública que constituem o objeto de reflexão desta aula encontram-se positivados no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, informando todos os atos da Administração, nas suas mais diversas esferas de atuação.

A seguir buscar-se-á apresentar brevemente algumas considerações tecidas pela doutrina sobre cada um desses princípios para que, em seguida, e utilizando os elementos obtidos a partir das leituras realizadas para a aula, possa-se discutir o caso gerador.

**Princípio da Moralidade**

Foi Maurice Hauriou, em 1914<sup>100</sup>, quem teorizou, inicialmente, o princípio da moralidade administrativa em uma de suas notas à jurisprudência do Conselho de Estado Francês.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Ver em sua obra *Précis de Droit Administratif*, Larose.

<sup>101</sup> Entre nós o estudo da moralidade administrativa teve o pioneirismo do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho *O Controle da moralidade Administrativa*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1974.



Ao comentar a linha de pensamento do mestre de Toulouse, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>102</sup> afirma a impossibilidade de a Administração Pública agir de modo malicioso e/ou astucioso:

De acordo com ele (Hauriou) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa, sobre a convivência entre o princípio da moralidade administrativa e o princípio da legalidade, que “antiga é a distinção entre moral e direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo que o maior corresponde à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod liced honestum est* (nem tudo o que é legal é moral)”.<sup>103</sup>

Em sentido semelhante é a distinção assinalada por José Augusto Delgado<sup>104</sup>, que assevera que enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração.

Dessa forma, uma vez reconhecida pela doutrina publicista a diferença ontológica entre a moralidade administrativa e o princípio da legalidade, foi possível que a Constituição Federal de 1988 pudesse estabelecer esses dois valores do Estado Democrático de Direito como princípios informativos e tutelares da Administração Pública, na forma do *caput* de seu artigo 37, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também, aos seguintes:

A moralidade administrativa, a partir da Constituição de 1988, passou a ser princípio jurídico explicitamente positivado no ordenamento jurídico

<sup>102</sup> *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 61.

<sup>103</sup> *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 66.

<sup>104</sup> O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, *Revista dos Tribunais*, v. 680, 1992, p. 35.

brasileiro, de modo que o preceito ético deixa de ser valor e passa a ser princípio, deixa de ter um caráter teleológico e passa a ter um valor deontológico.<sup>105</sup>

Por isso, José Augusto Delgado sustenta que o princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão. Para o autor, imoral é o ato administrativo que não respeita o conjunto de solenidades indispensáveis para a sua exteriorização; quando foge da oportunidade ou da conveniência de natureza pública; quando abusa no seu proceder e fere direitos subjetivos ou privados; quando a ação é maliciosa, imprudente, mesmo que somente no futuro essas feições ou algumas delas se tornem reais.<sup>106</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta o conteúdo eminentemente finalístico do princípio da moralidade da Administração Pública, nos seguintes termos:

Considera-se, portanto, na moral administrativa, o resultado, desvinculadamente da intenção de produzi-lo, pois está-se diante de um conceito orientado pela finalidade. (...) Ora, esse bom resultado, objetivamente considerado, a que moralmente deve tender a Administração Pública, só pode ser o que concorra para a realização da boa administração, inegavelmente o que satisfaz o direcionamento aos interesses públicos, o que vem a ser seu fim institucional.<sup>107</sup>

Não se pode deixar de considerar que a moralidade administrativa pode ser violada tanto por atos comissivos quanto omissivos. É nesse sentido que Iara Leal Gasos, ao tratar da atitude omissiva do Estado, invoca o princípio da moralidade:

Um ato flagrantemente omissivo, injusto, que deixa o particular ou a coletividade sofrer lesão, ou coloca-os em situação de perigo iminente, é um ato atentatório à moral da sociedade; estando, então, acobertados pelo manto constitucional, pelo interesse e pela legitimidade, a bater à porta do Judiciário, por se virem lesados em seus direitos.<sup>108</sup>

A moralidade administrativa possui atualmente uma dimensão de extrema relevância, consistente no dever de atuação proba da Administração Pública. É nesse sentido que o art. 37, §4º, da Constituição determina:

§4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

<sup>105</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 78-79.

<sup>106</sup> O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p.38, jun. 1992. No mesmo diapasão, vale colacionar o posicionamento de Sergio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari em obra específica sobre processo administrativo: "Em síntese, não faz sentido atentar-se contra as instituições e seus valores fundamentais, em holocausto a concepções pessoais de moral, mas é perfeitamente possível zelar pela moralidade administrativa, por meio da correta utilização dos instrumentos para isso existentes na ordem jurídica, entre os quais merece posição de destaque exatamente o processo administrativo, pela extrema amplitude de investigação que nele se permite, chegando mesmo ao mérito do ato ou da decisão, ao questionamento de sua oportunidade e conveniência". FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 70.

<sup>107</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59.

<sup>108</sup> GASOS, Iara Leal. *A omissão abusiva do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 91.



Em obediência a esse mandamento constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 02.06.1992, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que se desviarem do dever de lisura no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta, indireta ou fundacional. Nesse sentido, o art. 4º da Lei nº 8.429 determina:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

A Lei nº 8.429/92 apresenta três distintas classes de atos de improbidade administrativa. O art. 9º elenca os atos de improbidade administrativa dos quais decorre enriquecimento ilícito; o art. 10 dispõe sobre os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e o art. 11, por sua vez, disciplina os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Além dos instrumentos processuais previstos na Lei nº 8.429/92, também a ação popular e a ação civil pública constituem instrumentos jurídicos eficazes na tutela do princípio da moralidade.

### *Princípio da Eficiência*

Originalmente não previsto de forma expressa na Constituição Federal, o princípio da eficiência foi inserido no art. 37, *caput*, da Carta de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/98.

De acordo com o princípio da eficiência, o Administrador Público possui o dever de realizar suas atribuições com presteza e rendimento funcional, de modo que as atividades administrativas sejam executadas com agilidade e rapidez, para não deixarem desatendidos e prejudicados os interesses coletivos e de cada um dos cidadãos. O mandamento da eficiência significa que a gestão pública deverá perseguir o máximo de eficácia com o mínimo de sacrifício para a coletividade.

O princípio da eficiência, na lição de Odete Medauar, “determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão”.<sup>109</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, comenta que as raízes do princípio da eficiência residem no desenvolvimento da teoria da administração pública gerencial, de matriz anglo-saxônica, a partir da qual:

<sup>109</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 157.



Passou-se a reconhecer não ser o bastante o praticarem-se atos que simplesmente estivessem aptos a produzir os resultados deles juridicamente esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos devessem ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitassem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei.<sup>110</sup>

Dessa forma, Antônio Carlos Cintra do Amaral observa que “o princípio da eficiência, contido no *caput* do art. 37 da Constituição, refere-se à noção de obrigações de meios. Ao dizer-se que o agente administrativo deve ser eficiente está-se dizendo que ele deve agir (...) com a ‘diligência do bom pai de família’”.<sup>111</sup>

Deve-se observar que as qualidades exigidas da atuação do administrador devem apresentar caráter objetivo e ser pré-conhecidas, de forma a possibilitar o controle de sua atuação (seja no próprio âmbito da Administração, pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Judiciário). É preciso ressaltar a importância de se tratar a exigência de eficiência dos atos da Administração Pública sempre sob um prisma objetivo, ou seja, o atingimento do parâmetro de eficiência não poderá jamais ser uma questão de natureza subjetiva, sob o risco de instaurar-se o arbítrio quando do controle de tais atos.<sup>112</sup>

De todo modo, é relevante destacar que a eficiência administrativa não pode ser examinada no caso concreto de forma isolada dos demais princípios jurídicos. “Quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo.”<sup>113</sup>

Especialmente com relação à legalidade, é preciso ter sempre em consideração que somente existem atos administrativos eficientes dentro do ambiente da legalidade. Conforme destaca Antonio Carlos Cintra do Amaral, “dizer-se que a Administração está autorizada a praticar atos ilegais, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência, é no mínimo tão absurdo quanto dizer-se que uma empresa privada pode praticar atos ilícitos, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência”.<sup>114</sup>

### *Princípio da Publicidade*

Conforme explana Odete Medauar, o princípio de publicidade refere-se ao dever de transparência das atividades administrativas. Nas palavras da au-

<sup>110</sup> *Mutações do direito público*, p. 310.

<sup>111</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002, Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 24.06.2006, p. 5.

<sup>112</sup> Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito público*, p. 311.

<sup>113</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 97.

<sup>114</sup> Op. cit., p. 6.



tora, “o tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa”<sup>115</sup>.

A publicidade relaciona-se, assim, com o dever de informar, dar a conhecer, os atos que estão sendo praticados pela Administração Pública.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, capítulo V.

### *Leitura complementar:*

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 135 a 153;

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, pp. 151 a 156;

SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Privatização e eficiência”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 233 a 241.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador 1:*

O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública em face do Prefeito de uma cidade paulista, acusando-o de improbidade administrativa por ter utilizado frases como “Todos por Todos Rumo ao Ano 2000” e “Rumo ao Ano 2000” em fachadas de órgãos públicos municipais, veículos e placas de inauguração, uniformes dos alunos das escolas e creches públicas, jornais da região, carnês de pagamento de tributos e publicações especiais da Prefeitura. A insurgência do Ministério Público tem origem no fato de que essas frases tinham sido utilizadas pelo Prefeito durante a sua campanha eleitoral. A seu ver, tem razão o Ministério Público?

Considerando o princípio da publicidade atrelado ao da moralidade, reflita sobre se e em que medida a propaganda promovida pelos Governos re-

<sup>115</sup> *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2002, p. 155.



presenta uma forma de concretização do princípio da publicidade. Busque elencar outros meios de concretização do princípio da publicidade à disposição do poder público.

*Caso gerador 2:*

A empresa ABC Ltda., rádio comunitária, impetrou mandado de segurança preventivo, objetivando obter tutela jurisdicional que garanta o direito de seguir exercendo sua atividade econômica, na pendência da análise, pelo Poder Executivo, de pedido de autorização para funcionar formulado à Administração Pública.

A sociedade impetrante iniciou suas atividades em uma época na qual não havia tal exigência no ordenamento jurídico, atualmente prevista no art. 223 da Constituição Federal e na lei nº 9.612/98. Além disso, desde 1996 havia requerido ao Ministério das Comunicações a outorga de autorização para o exercício da atividade de radiodifusão, em processo administrativo que permanecia em análise na data da propositura da ação. Mesmo assim, a impetrante vinha sendo ameaçada de autuação, por estar funcionando sem requisito legalmente exigível (a autorização).

Em primeira instância, foi concedida a segurança, tendo o Juízo determinado que o poder público se absteresse de qualquer medida no sentido de impedir o funcionamento da impetrante, até que finda a análise do processo administrativo de autorização. Em sua decisão, o magistrado mencionou que ofenderia o juízo de proporcionalidade obstar o funcionamento de empresa que presta serviço de relevante interesse coletivo, se na verdade o requisito legal que lhe é exigível depende de ato da própria Administração. Invocou, nesse sentido, os arts. 48 e 49 da Lei nº 9.784/99 (a Lei de Processo Administrativo Federal), segundo os quais, finda a instrução, a Administração tem o dever de decidir no prazo de 30 dias, salvo prorrogação motivada por igual período.

Contra a decisão recorreram a União Federal e a ANATEL, alegando que, sem a autorização em tela, a Impetrante estaria atuando de forma clandestina, conduta que constituiria inclusive crime punível nos termos do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62). Adicionalmente, a Impetrante estaria operando em frequência distinta da prevista na Lei nº 9.612/98, de forma que seu pleito, realizado fora das condições estabelecidas pela superveniente lei nº 9.612/98 — à qual não buscara se adequar — caracterizava infração à legislação regedora das empresas de radiodifusão, devendo, portanto, ser reformada a sentença proferida.

A partir dos dados acima apresentados, reflita sobre a incidência, no caso, do princípio da eficiência da Administração, do princípio da legali-



dade, do dever de tutela do interesse coletivo pela Administração Pública e demais valores juridicamente relevantes discutidos no caso em comento. Como, a seu ver, deve ser decidido o recurso interposto pela ANATEL e pela União Federal?

### *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

A moralidade impõe que o administrador atue com probidade e ética nas atividades administrativas, observando, sempre, o princípio da legalidade. O princípio da eficiência, por sua vez, orienta o administrador a, em situações nas quais possua mais de uma opção de atuação, sua escolha recaia sobre aquela que traz uma maior racionalidade na ponderação entre custos e benefícios. A publicidade é o princípio pelo qual se impõe a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, assegurando aos indivíduos o pleno acesso e o controle sobre a Administração.



**UNIDADE II — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA.  
TERCEIRO SETOR.****OBJETIVO:**

Nesta unidade serão apresentadas as pessoas que compõem a Administração Pública, diferenciando-se as suas funções, bem como a sua natureza jurídica pública ou privada. Ao final, tecer-se-á um breve comentário acerca das entidades que, sem integrar a Administração Pública, colaboram de forma significativa na prestação de serviços assistenciais à população.

**AULA 7:****I. TEMA**

Administração pública direta e indireta

**II. ASSUNTO**

Administração direta e indireta: autarquias e fundações públicas

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Discutir as possibilidades de descentralização das atividades administrativas em entidades personificadas, com ênfase nas autarquias e nas fundações públicas.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**

A Administração Pública centralizada ou direta é aquela exercida diretamente pela União, Estados e Municípios e seus ministérios, secretarias, departamentos e outros órgãos, apresentando, assim, uma estrutura eminentemente hierárquica e piramidal.

Por outro lado, a Administração Pública descentralizada ou indireta é exercida por outras pessoas jurídicas que não se confundem com os entes federados, a saber: autarquias (inclusive associações públicas), fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Para o objeto da nossa aula, vamos examinar os seguintes entes da administração indireta: as autarquias e as fundações públicas.

**Autarquia**

O termo autarquia surgiu na Itália em 1897 quando Santi Romano discorria sobre o tema “*decentramento amministrativo*”, referindo-se às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários.<sup>116</sup>

No direito positivo brasileiro, as autarquias surgiram no Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, como sendo o serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei.

<sup>116</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Di-  
reito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo:  
Atlas, 2002, p. 366.



Em 1949, a Lei nº 830, de 23 de setembro, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, regulamentando o artigo 97 da Constituição Federal então vigente, definiu em seu artigo 139 as entidades autárquicas como sendo: (i) o serviço estatal, descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; e (ii) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei para execução de serviço de interesse público ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro.

Por sua vez, o Decreto-lei nº 200, de 25-02-1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa à época, definiu autarquia como sendo:

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.

A definição trazida pelo decreto-lei nº 200/67 deixa extrema de dúvidas que as autarquias exercem funções administrativas — “atividades típicas da administração pública”, sendo, por conseguinte, pessoas jurídicas de direito público. As autarquias possuem determinado grau de autonomia face à Administração Pública Direta, uma vez que lhe são inerentes as características de personalidade jurídica própria, bem como patrimônio e receitas próprios.

As autarquias, sendo pessoas jurídicas de direito público interno, são instituídas por lei em sentido estrito, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988:

Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação.

Sendo parte da Administração Pública, o anteprojeto de lei que as institua será de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a teor do art. art. 61, §1º, II, ‘e’, CF/88:

Art. 61. (...)

§1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...)

II — disponham sobre: (...)

e) Criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;



Com a reforma do Estado empreendida ao longo da década de 90, o instituto da autarquia foi revisitado, com a criação das agências reguladoras, as quais possuem natureza jurídica de autarquias em regime especial. As características que tornam as agências reguladoras autarquias “especiais” serão objeto de estudo no próximo semestre.

Mais recentemente, a lei que disciplina os consórcios públicos previu que esses poderão ser instituídos sob a forma de direito público ou privado. Nesse sentido, dispõe o art. 6º da Lei 11.107/05:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

- I — de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;
- II — de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

Quando apresentarem natureza de direito público, serão consideradas autarquias, por expressa previsão do Código Civil:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

(...)

IV — as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Interpretando o dispositivo legal, José dos Santos Carvalho Filho observa 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”.<sup>117</sup>

Assim, possuem natureza jurídica de autarquia as associações públicas, as agências executivas, as agências reguladoras (reconhecidas como autarquias em regime especial) e as fundações públicas de direito público.

### *Fundação pública*

Nos termos do decreto-lei 200/67<sup>118</sup>, fundação pública é “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 auto-

<sup>117</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 470. Sobre as fundações públicas de direito público, veja-se o próximo tópico.

<sup>118</sup> Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987.

nomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Entretanto, algumas fundações públicas desempenham atividades que as aproximam de verdadeiras autarquias, o que as leva a ter um regime jurídico de direito público.

Por essa razão, a doutrina esclarece que, em realidade, as fundações criadas pelo poder público podem ser de direito público ou de direito privado. Nas palavras de Maria Sylvania Zanella di Pietro:

De todas as entidades da Administração Indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às conseqüências que daí decorrem.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público, e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil.

(...)

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação (...)<sup>119</sup>

De acordo com Alexandre Aragão, “o novo Código Civil não resolveu a confusão existente em relação à natureza jurídica das fundações públicas, acabando, outrossim, por aumentá-la ainda mais, diante da omissão em incluir as fundações públicas no rol das pessoas jurídicas de Direito Público (art. 41) e da inclusão das fundações em geral no elenco das pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 44)”.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. *Di-  
reito administrativo*. 21ª ed. São Paulo:  
Atlas, 2008, pp. 412 e 413.

<sup>120</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. As  
fundações públicas e o novo Código  
Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo:  
RT, v. 815, p. 751.



As fundações de direito público ficaram conhecidas como “fundações autárquicas”, terminologia, entretanto, objeto de crítica da doutrina, pelas confusões que propicia aos estudiosos.<sup>121</sup>

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

São Paulo: Atlas, itens:

- Administração direta e indireta: notas introdutórias
- Administração direta
- Administração indireta
- Autarquias
- Fundações públicas

*Leitura complementar:*

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 815.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*.

Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 243 a 261;

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, item 10.4 (“Fundação”).

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Uma determinada fundação, denominada Fundação ABC, foi criada por lei municipal para a prestação de serviços tipicamente estatais, exercendo, inclusive, poder de polícia. Ela também é mantida, primordialmente, por dotações orçamentárias do Município do Rio de Janeiro.

Diante disso, indaga-se: qual o regime jurídico a que está sujeita a Fundação ABC?

<sup>121</sup> Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “A denominação fundações autárquicas vale para acentuar a distinção dessa esdruxularia em face das tradicionais e autênticas fundações públicas com personalidade de direito privado, que (...) são espécies de para-estatais”. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 256.



## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

As autarquias e fundações públicas integram a Administração Pública indireta. Segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, a natureza jurídica das fundações públicas pode ser de direito privado ou público, dependendo de suas características.



**AULAS 8 E 9****I. TEMA**

Administração pública direta e indireta. Terceiro setor.

**II. ASSUNTO**

Administração Pública indireta: empresas públicas e sociedades de economia mista. Apresentar as entidades que compõem o terceiro setor.

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Apresentar o regime jurídico das empresas estatais e das entidades que compõem o Terceiro Setor.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**

As empresas do setor público foram constituídas para acompanhar o desenvolvimento e a participação do Estado no domínio econômico. Na verdade, “são satélites do regime da administração pública direta”.<sup>122</sup>

No Brasil, destaca-se a criação do Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, quando se passou a ter, em nosso País, a primeira empresa pública com os contornos atuais.<sup>123</sup>

O processo de criação dessas empresas cresceu no Brasil durante a 2ª Guerra Mundial, período esse em que houve redução na oferta de artigos industrializados, o que obrigou tanto à substituição das importações quanto ao fomento do desenvolvimento das indústrias locais. Sobre os aspectos históricos relevantes dessas sociedades no Brasil, afirma-se que:

não tinham nas suas origens essa denominação genérica e nem representaram um deliberado avanço na técnica da execução do setor industrial dos serviços públicos. Razões diversas, todas de ordem prática, foram propiciando ao Poder Público o ensejo de associar-se a empresas particulares para o desempenho de certos serviços de natureza comercial ou industrial. A inovação substancial do sistema consistiu em que o Estado passou a associar-se a ‘empresas privadas’ para a realização de seus objeti-

<sup>122</sup> TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, p.1-5

<sup>123</sup> TÁCITO, Caio. Op. cit. p. 22.



vos. A sociedade comercial, que já se havia revelado um importante instrumento na expansão da economia particular, quer pelas possibilidades de aglutinação de pequenas parcelas de capital, quer pelas novas técnicas de organização e de racionalização do trabalho, que começavam a ser utilizadas, passou, então, a ser adotada pelo Poder Público, mediante variados processos de coparticipação público-privada.<sup>124</sup>

O fato é que “visando a lhes conferir a mesma agilidade, eficiência e produtividade das empresas do setor privado e sobretudo para impedir concorrência desleal, foram criadas à imagem e semelhança destas, principalmente pela atribuição de personalidade jurídica de direito privado, do que decorreria a incidência precípua do direito privado sobre sua atuação. Regidas pelo direito privado, deixariam de usar de prerrogativas públicas, podendo, no entanto, submeter-se às sujeições pertinentes. Por isso, a presença do poder estatal impede a equiparação total”.<sup>125</sup>

O conceito de empresa estatal foi elaborado durante anos pela doutrina. Contudo, a edição do Decreto-lei nº 200/67, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900/69, trouxe o conceito legal de empresa pública e de sociedade de economia mista, os quais, entretanto, devem ser lidos à luz das características trazidas a essas entidades pela Constituição Federal de 1988.<sup>126</sup>

As empresas públicas e sociedades de economia mista têm sua criação autorizada por lei, nos termos do que dispõe o art. 37, incisos XIX e XX, da Constituição.<sup>127</sup> Assim é que não se configura uma empresa pública pelo simples fato do Estado deter transitória e eventual participação societária. Deve ter sua criação autorizada por lei, e justificar-se pela presença de um interesse coletivo relevante ou imperativo da segurança nacional que cumpra ao Estado promover ou resguardar (art. 173, *caput*, CF/88), ou, ainda, dedicar-se à prestação de serviços públicos, os quais constituem, nos termos da Constituição de 1988, função do Estado, ou ao exercício de monopólios estatais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a sociedade de economia mista é uma “pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes dessa sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sob remanescente acionário de propriedade particular.”<sup>128</sup>

Pela natureza jurídica das empresas estatais, é comum surgirem dúvidas acerca das diferenças entre as empresas públicas e sociedades de economia mista. As diferenças existentes entre ambas consistem principalmente nos seguintes aspectos:

<sup>124</sup> PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v.32, p. 1-15

<sup>125</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. cit.* p. 101.

<sup>126</sup> “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: (...) II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta.”

<sup>127</sup> BRASIL. Constituição (1988). “Art. 37. XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

<sup>128</sup> Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 168



- o capital da empresa pública é de titularidade exclusiva de pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública<sup>129</sup>, enquanto na sociedade de economia mista há conjugação de recursos públicos e privados;
- a empresa pública pode adotar qualquer forma societária, ao passo que a sociedade de economia mista tem que se revestir da forma de sociedade anônima;
- as causas judiciais em que for parte a empresa pública federal tramitam perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal<sup>130</sup> ao passo que as sociedades de economia mista terão, em princípio, seus feitos judiciais apreciados e julgados pela Justiça estadual.

Quanto ao regime jurídico das empresas estatais, merece ser destacado que, em qualquer estudo acerca da personalidade jurídica das empresas do setor público, desponta o conflito em sede doutrinária que versa sobre o enquadramento dessas entidades na disciplina de direito privado e sua regulação em norma institucional de direito público.

Não se contesta a afirmação de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista regem-se pelo regime jurídico próprio das empresas privadas. Assim é que, com relação à natureza dos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, ressalvadas algumas exceções, a legislação aplicável é a de direito privado, a teor da atual redação do art. 173, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 173. 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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

(...)

É certo, porém, que, não obstante a natureza privada das empresas públicas e sociedades de economia mista há algumas características publicísticas a serem observadas por essas espécies de sociedades. Nesse sentido colhe-se o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, que bem resume o assunto

<sup>129</sup> Decreto-lei 900/69: "Art. 5º. Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º inciso II, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967), 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."

<sup>130</sup> BRASIL. Constituição (1988). "Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho."



ao relacionar os artigos da Constituição Federal de 1988 que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre as empresas do setor público e as empresas privadas:

(1) O art. 5º, LXXIII, confere a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e artístico. (2) O art. 14 cogita dos casos de inexigibilidade e em seu §9º prevê que lei complementar estabelecerá outros, bem como seus prazos de cessação, a fim de proteger a normalidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo, emprego ou função na “Administração direta ou indireta”. (3) O art. 37, *caput* declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo. (4) O inciso II do mesmo artigo impõe concurso público, de provas e títulos, para a admissão de cargos ou empregos na Administração direta e indireta. (5) O inciso XVII estabelece que a proibição de acumular cargos públicos, salvo exceções constitucionalmente previstas (estatuída no inciso XVI), estende-se também a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais. (6) O inciso XIX dispõe que somente por lei específica pode ser autorizada a criação de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação governamental e criada autarquia. (7) O inciso XX estatui que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias de tais pessoas, ou a participação delas em empresas privadas. (8) O art. 49, X, submete à fiscalização e controle do Congresso Nacional os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta. (9) O art. 52, VII, submete as operações de crédito externo e interno da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal a limites e condições fixados pelo Senado Federal. (10) O art. 54 estabelece vedação a que deputados e senadores, em certos casos desde a diplomação e em outros desde a posse, aceitem ou exerçam cargos, funções ou empregos e firmem ou mantenham contratos com pessoas de Direito Público, autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista ou concessionárias de serviço público, ou que patrocinem causas em que tais pessoas sejam interessadas, sob pena de perderem o mandato, conforme dispõe o art. 55, I. (11) O art. 71 e incisos II, III e IV, respectivamente, submetem ao julgamento do Tribunal de Contas as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da Administração

direta e indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público; determinam que pelo referido Tribunal sejam examinados quanto à legalidade, para fins de registro, os atos de admissão de pessoal a qualquer título, bem como as concessões de aposentadoria, reforma e pensões. Tais normas aplicam-se, *mutatis mutandis*, nas esferas estaduais e municipais e do Distrito Federal, no que concerne ao âmbito fiscalizatório dos respectivos Tribunais ou Conselhos de Contas. (12) O art. 165, §5º, estabelece que a lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, orçamentos de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria acionária votante e o orçamento da seguridade social, abrangendo órgãos e entidades da Administração direta e indireta. (13) O art. 169, § 5º, estabelece que a concessão de qualquer vantagem, aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal a qualquer título pelos órgãos e entidades da Administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.<sup>131</sup>

Como se vê, e não obstante a natureza de direito privado das empresas estatais, o fato é que, ao se considerar as exceções supracitadas ao regime das empresas privadas em geral, tem-se, em realidade, um verdadeiro sistema híbrido.<sup>132</sup> O próprio art. 173 da Constituição Federal deixa clara essa dualidade de regime, ao determinar, por exemplo, a exigência de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

Por fim, é preciso ressaltar que as estatais prestadoras de serviço público em regime de exclusividade têm seu regime jurídico ainda mais influenciado pelo caráter publicístico, tendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal as equiparado, em grande medida, às autarquias. Este ponto será abordado na discussão do caso gerador.

### Terceiro Setor

A divisão dos segmentos da sociedade em setores aloca as entidades para-estatais no denominado “terceiro setor”. Ao passo que o “primeiro setor” é composto pelo próprio Estado e o “segundo setor” pelo mercado, o “terceiro setor” seria aquele integrado por sujeitos e organizações privadas que se com-

<sup>131</sup> Op. cit. p. 179-180.

<sup>132</sup> Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles leciona ser inegável o caráter híbrido da sociedade de economia mista, “que associando o capital particular ao investimento público, erige-se em entidade de Direito Privado, mas realiza determinadas atividades de interesse estatal, por delegação do Poder Público. Concilia-se, deste modo, a estrutura das empresas privadas com os objetivos de interesse público. Vivem, portanto, em simbiose o empreendimento particular com o amparo estatal.” *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 330)



prometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supra-individuais.<sup>133</sup>

Tendo por conta esta definição, são apontados como entes que integram o denominado “terceiro setor” as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPIs) e os Serviços Sociais Autônomos (“Sistema S”), sendo oportuno, pela nuance de cada uma destas, analisar suas principais características e peculiaridades.

### *Organizações Sociais*

As Organizações Sociais estão previstas e reguladas pela Lei nº 9.637/98. O art. 1º da citada legislação define as Organizações Sociais da seguinte forma:

“Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.”

Por serem pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, as Organizações Sociais podem ser constituídas sob a forma de fundação ou associação. Com isso se quer dizer que as Organizações Sociais não são um tipo de pessoa jurídica de direito privado<sup>134</sup>, mas sim uma qualificação atribuída pelo Poder Executivo federal desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei 9.637/98<sup>135</sup> e seja conveniente e oportuno para o Poder Público, caracterizando-se, assim, o ato de concessão da qualificação com organização social como ato discricionário.

A partir do momento que a pessoa jurídica de direito privado receber a qualificação como Organização Social, o Estado poderá com ela se relacionar através de um contrato de gestão, instrumento firmado entre o Estado e a Organização Social com vistas à formação de parceria para fomento e execução de atividades de interesse público listadas no art. 1º da Lei acima citada.

Cabe destacar, por oportuno, a crítica de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>136</sup> à denominação utilizada para o contrato de gestão, eis que, segundo o ilustre doutrinador, a natureza jurídica deste ajuste não é contratual, pois não seriam pactuadas prestações recíprocas, voltadas à satisfação de interesses opostos, mas sim ajuste de prestações conjugadas, em regime de colaboração, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum.

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131.

<sup>134</sup> Vide rol do art. 44 do Código Civil.

<sup>135</sup> Art. 2º da Lei 9.637/98 elenca, dentre outros, os seguintes requisitos: I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação; b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades; c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei.

<sup>136</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 315.





### *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)*

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ou OSCIPs, são entidades privadas, sem fins lucrativos, previstas na Lei nº 9.790/99. Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>137</sup> assim conceitua as OSCIPs:

“Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.”

Tal como as Organizações Sociais — e aí reside uma de suas semelhanças, as OSCIPs não constituem um novo tipo de pessoa jurídica de direito privado, sendo apenas uma qualificação especial atribuída pelo Poder Público, isto é, as OSCIPs exercem determinadas atividades, “às quais o Poder Público confere uma qualificação especial, com o propósito do recebimento de recursos e bens de origem pública”.<sup>138</sup>

A grande diferença entre as Organizações Sociais e as OSCIPs está, como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>139</sup>, em que a organização social recebe ou pode receber delegação para a gestão do serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado.

Existem outras diferenças, tais como, o instrumento de vinculação ao Poder Público: contrato de gestão para as Organizações Sociais e termo de parceria para as OSCIPs; e o fato de que o âmbito de atuação das Organizações Sociais é mais limitado se comparado às OSCIPs.

Os requisitos para a concessão da qualificação como OSCIP estão previstos na Lei nº 9.790/99.

### *Serviços Sociais Autônomos (“Sistema S”)*

Por fim, vale destacar a participação dos Serviços Sociais Autônomos, o conhecido “Sistema S”, na esfera do “terceiro setor”.

Na clássica definição de Hely Lopes Meirelles<sup>140</sup>, serviços sociais autônomos são:

“todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio

<sup>137</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 500.

<sup>138</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 137.

<sup>139</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 279/280.

<sup>140</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.363.





próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.”

Os exemplos rotineiramente indicados pela doutrina são o SENAI, SENAC, SESC, SESI.

Prestam estas entidades atividades de interesse público que não são de competência privativa do Estado. O fomento por parte do Poder Público a estas entidades se dá por meio da instituição compulsória das contribuições parafiscais, que são criadas com o único objetivo de financiar estas entidades que, repita-se, são criadas para a prestação de serviços de assistência social a determinados grupos ou “classes profissionais a que o Estado tenha resolvido amparar de maneira singular”.<sup>141</sup>

As mencionadas contribuições parafiscais, espécie tributária apta a financiar os serviços sociais autônomos, têm previsão na Constituição da República de 1988, em especial no seu artigo 149, que dispõe:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

Naturalmente, por receberem contribuições advindas de tributo, as entidades que compõem o Sistema S sofrem o influxo de normas de direito público, apesar de gozarem de personalidade jurídica de pessoa jurídica de direito privado. Assim, por exemplo, o Tribunal de Contas fiscaliza as atividades exercidas por essas entidades e, em especial, a correção na aplicação dos recursos arrecadados pelas entidades.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, itens:

- Empresas públicas e sociedades de economia mista
- Regimes de parcerias: “regime dos contratos de gestão” e “gestão por colaboração”.

<sup>141</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 303.



*Leitura complementar:*

- GUERRA, Sérgio. Neoempreendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: *Direito Empresarial Público II*. Organizada por: Carla Marshall. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 57 a 107.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, itens 10.5 a 10.8.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

O art. 173, §1º, da Constituição Federal, ao dispor sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista, determinou que viesse a ser promulgada lei estabelecendo o seu regime jurídico, na qual estaria obrigatoriamente prevista:

Art. 173, §1º. (...)

II — A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Entretanto, o próprio art. 173, §1º, III, da Constituição, já estabelece uma distinção entre o regime das empresas estatais e privadas, ao submeter as primeiras ao princípio da licitação na contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Adicionalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma diferença entre as estatais prestadoras de serviços públicos (em regime de exclusividade) e aquelas que desenvolvem atividades econômicas em sentido estrito, conferindo às primeiras prerrogativas próprias da Fazenda Pública, tais como a impenhorabilidade de seus bens e o pagamento de suas dívidas através de precatório. Veja-se, nesse sentido, Recurso Extraordinário julgado pelo STF, no qual o Tribunal discorre sobre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cuja natureza jurídica é de empresa pública federal:

À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, §1º, da



Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 229.696)

Quais são as razões para que o STF tenha decidido na forma da jurisprudência acima?

## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

As empresas públicas e sociedades de economia mista apresentam natureza empresária e de direito privado. Todavia, estatais que prestam serviços públicos em caráter de exclusividade tiveram reconhecidas, pelo Supremo Tribunal Federal, determinadas prerrogativas que são típicas da Fazenda Pública.

O Terceiro Setor constitui um conjunto de entidades que, sem integrar a Administração Pública, colaboram com esta na persecução de finalidades públicas.

**UNIDADE III — ATOS ADMINISTRATIVOS****OBJETIVO:**

Na Unidade anterior foram estudadas as pessoas que compõem a Administração Pública. Nesta fase será conferida ênfase aos atos por elas executados, os seus requisitos de validade e suas formas de extinção.



## AULAS 10 E 11

*I. TEMA*

Ato administrativo

*II. ASSUNTO*

Conceito e elementos do ato administrativo

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Apresentar os principais elementos e atributos do ato administrativo.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

A Administração Pública manifesta-se sempre através de atos administrativos. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto define o ato administrativo como “manifestação de vontade da Administração destinada a produzir efeitos jurídicos”,<sup>142</sup> sendo, portanto, uma espécie do gênero ato jurídico.

No entanto, havendo distintas formas de manifestação da Administração Pública — que ora age investida do múnus público, regendo-se seus atos então pelo direito público, como por outras vezes age em igualdade de condições com os agentes privados — Renato Alessi já ressaltava a dificuldade em se construir uma teoria unitária sobre o ato administrativo.<sup>143</sup>

Sob o aspecto eminentemente formal/subjetivo, o ato administrativo constitui qualquer ato praticado pela Administração Pública. A dificuldade maior surge na busca de uma definição desde a perspectiva material, a qual, no entanto, pode ser compreendida como a exigência de que o ato administrativo tenha por objeto um “assunto administrativo”.<sup>144</sup>

A Administração Pública pratica tanto atos unilaterais quanto de natureza negocial (como os contratos administrativos, os quais serão objeto de discussões adiante neste curso).

A doutrina alude classicamente a cinco elementos do ato administrativo, quais sejam:

<sup>142</sup> *Manual de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

<sup>143</sup> Nas palavras do autor: “frente a esta heterogeneidade que apresenta a atividade desenvolvida pela autoridade administrativa, não nos parece útil construir uma teoria unitária do ato administrativo (exercício genérico de atividade administrativa) uma vez que somente se poderiam enunciar princípios de caráter muito geral e, portanto, de escassa utilidade”. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1960, tomo 1, p. 249.

<sup>144</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 49.



- Competência: a autoridade administrativa da qual emane a manifestação de vontade deve ter sido regularmente investida na função e possuir competência conferida por lei para fazê-lo.<sup>145</sup>
- Objeto: corresponde, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, à “alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar”, ou seja, “o objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato, a proposta, enfim, do agente que manifestou a vontade com vistas a determinado ato”.<sup>146</sup>
- Forma: a exteriorização da vontade do agente administrativo deve ocorrer na forma prevista em lei. Sobre a importância da forma para o ato administrativo, Themístocles Brandão Cavalcanti já asseverava que “o elemento formal predomina na conceituação do ato administrativo, não obstante ser indispensável também a manifestação da vontade para caracterizar o ato, ou melhor, para atribuir existência ao ato”.<sup>147</sup> A forma às vezes exige a observância de todo um procedimento prévio à realização do ato administrativo. Nesse sentido, veja-se que a assinatura de um contrato administrativo deve, de forma geral, ser precedida do devido processo licitatório.
- Motivo: constitui as razões de fato e de direito que determinam a realização de um ato. A Administração Pública não pode realizar atos de forma imotivada.
- Finalidade: compreende a exigência de que todo ato administrativo deve voltar-se à realização de uma finalidade pública.

Os atos administrativos podem ser simples ou complexos. Serão simples quando a manifestação de apenas uma autoridade administrativa for suficiente à formação válida do ato; serão complexos quando se apresentar necessário o concurso de vontades de duas ou mais autoridades para a existência do ato.<sup>148</sup>

#### *Atributos do ato administrativo*

De acordo com a doutrina majoritária, os atos administrativos possuem alguns atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados.

O primeiro é o da presunção de legitimidade, segundo a qual os atos praticados pela Administração presumem-se “em conformidade com a lei”. Maria Sylvia Zanella di Pietro considera que esse atributo pode ser desdobrado em

<sup>145</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 49. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o que importa é saber se a manifestação de vontade de Administração partiu do ente, órgão ou agente a quem a lei cometeu função de exprimi-la e vinculá-la juridicamente. Competência é, assim, uma expressão funcional”. *Curso de direito administrativo*, p. 138.

<sup>146</sup> *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98.

<sup>147</sup> *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 46.

<sup>148</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 53.



dois, pois, enquanto a legitimidade propriamente dita diz respeito à conformidade do ato administrativo com o direito, há igualmente uma presunção de veracidade dos atos administrativos, que se relaciona ao plano dos fatos, pois “presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração”.<sup>149</sup>

Outro atributo do ato administrativo diz respeito à imperatividade, pelo qual os atos administrativos podem ser impostos a terceiros independentemente do seu consentimento.

Grande relevância tem ainda o atributo da auto-executoriedade, segundo o qual “o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário”.<sup>150</sup> Aplica-se nas hipóteses previstas em lei ou nas situações em que a urgência o exija. Exemplo típico é a demolição de prédio que ameaça ruir.

Por fim, quanto aos atos administrativos unilaterais, existe ainda a tipicidade, que é “o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinado resultado” Tal atributo, entretanto, não está presente nos contratos celebrados pela Administração. Conforme esclarece Di Pietro, “A tipicidade só existe com relação aos atos unilaterais; não existe nos contratos porque, com relação a eles, não há imposição de vontade da Administração, que depende sempre da aceitação do particular; nada impede que as partes convençionem um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao do particular”.<sup>151</sup>

### *Extinção do ato administrativo*

Há diferentes espécies de extinção do ato administrativo, desde a extinção natural, decorrente do exaurimento dos efeitos do ato; extinção subjetiva (por desaparecimento do sujeito beneficiário); objetiva (quando o desaparecimento é do objeto); caducidade; e desfazimento volitivo.<sup>152</sup>

Além disso, os atos administrativos são passíveis de invalidação, em caso de “desconformidade do ato com as normas reguladoras”.<sup>153</sup>

Também podem atos jurídicos perfeitos, de natureza discricionária, ser alvo de revogação pela Administração Pública, por motivo de conveniência e oportunidade, tendo em vista o interesse público protegido, desde que respeitados os direitos adquiridos.

Os atos administrativos devem ser anulados pela Administração Pública quando ficar constatado vício. Com efeito, a anulação de um ato administrativo consiste na declaração de sua invalidação, diferentemente da revogação, esta baseada em fatores de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, vale colacionar o entendimento predominante sobre o assunto, representado nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

<sup>149</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21ª ed. Atlas, São Paulo, 2008, p. 187.

<sup>150</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21ª ed. Atlas, São Paulo, 2008, p. 189.

<sup>151</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 21ª ed. Atlas, São Paulo, 2008, pp. 190 e 191.

<sup>152</sup> As hipóteses são citadas por CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 128 a 130.

<sup>153</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, pp. 130 e 131.





E a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública. A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância.<sup>154</sup>

De acordo com Valmir Pontes, “o que se tem como certo é que os atos administrativos viciados ou defeituosos, isto é, os atos administrativos em cuja realização se tenha deixado de observar qualquer requisito essencial, são atos inválidos”.<sup>155</sup> Destaque-se, nessa senda, as Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal, que reza essa prerrogativa da Administração Pública de anular seus próprios atos ou de revogá-los:

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.

O dever de anular o ato administrativo defeituoso encontra fundamento no princípio da estrita legalidade. Eis, por seu turno, a manifestação doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, que acrescenta: “Para a Administração o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável no caso concreto”<sup>156</sup>.

Por outro lado, vale transcrever, por oportuno, o trecho do magistério da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, em que pese ser adepta da corrente que se fundamenta no princípio da legalidade, encontra exceções à referida obrigatoriedade de anulação por parte da Administração Pública, *in fine*: “Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.”<sup>157</sup>

No que concerne ao conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação dos atos administrativos, é correta a assertiva de que este não se resume apenas à transgressão da lei, incluindo também o abuso, por desvio ou excesso de po-

<sup>154</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, pp. 226-227.

<sup>155</sup> *Programa de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968, p.95.

<sup>156</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 425.

<sup>157</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 227.



der, ou por inobservância dos princípios gerais do Direito, em especial do regime jurídico de direito público. Com efeito, os vícios de finalidade ou do fim dos atos administrativos “escondem a intenção do administrador sob a capa da legalidade”.<sup>158</sup> Esse tema já foi objeto de nossa aula. Assim é que demonstrados, mediante prova irrefutável, acarretam a anulação do ato eivado desse defeito ou vício.

Do ponto de vista do direito posto, a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) também regula o tema da invalidade e revogação dos atos administrativos, nos seguintes termos:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Por outro lado, existem vícios dos atos administrativos que se apresentam sanáveis. Nesses casos, a Administração pode retificá-los e convalidá-los, tomando as medidas que se façam necessárias para suprir a ilegalidade que vicia o ato, conformando-o às exigências da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagra esse entendimento, conforme se observa do julgamento do Recurso Extraordinário nº 247.399/SC, cuja Relatora foi a Ministra Ellen Gracie:

Servidor Público. Proveitos de aposentadoria. Ato administrativo eivado de nulidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Possibilidade. Precedente. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte — STF). RE 185.255, DJ 19/09/1997. RE conhecido e provido.<sup>159</sup>

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

São Paulo: Atlas: Lumen Iuris, itens:

- Ato administrativo: introdução
- Conceito
- Elementos
- Características
- Mérito administrativo

<sup>158</sup> CRETELLA JÚNIOR José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 271.

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 2457399/SC da 1ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, Brasília, 23 de abril de 2002.



- Formação e efeitos
- Extinção dos atos administrativos
- Invalidação (ou anulação)
- Revogação

*Leitura complementar:*

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 135 a 159.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

O Governo do Estado do Piauí celebrou um comodato de bens móveis com um município. Embora, nos termos do art. 102, XVIII, da Constituição Estadual, trate-se de matéria de competência exclusiva do Governador do Estado, *ad referendum* da Assembléia Legislativa, o convênio foi celebrado por Secretário de Estado de Saúde, para o qual, ao que consta, o Governador não havia delegado poderes específicos para a prática do ato. Ademais, não houve anuência do Poder Legislativo para a celebração do ato.

Tendo se dado conta das irregularidades acima, o Secretário de Saúde pretende revogar o ato administrativo praticado, reavendo os bens oferecidos em comodato. O município, entretanto, resiste a essa pretensão, alegando que assinou o convênio com quem aparentava ser legítimo representante do Governo do Estado e que os aparelhos são essenciais para o funcionamento do sistema de saúde da Prefeitura, sendo que sua devolução acarretará graves prejuízos à população local.

Com base nos elementos do ato administrativo e no disposto na súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, como deve ser solucionada a controvérsia?

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

O ato administrativo possui atributos que o distinguem do ato jurídico civil.

A autotutela permite que a própria Administração Pública, identificando algum vício em ato administrativo por ela praticado, declare-o nulo.

Se o ato administrativo discricionário se tornar inconveniente ou inoportuno, pode a Administração Pública revogá-lo, respeitados eventuais direitos adquiridos de terceiros.

**UNIDADE IV — PODER DE POLÍCIA***OBJETIVO:*

O poder de polícia constitui um dos mais clássicos institutos do Direito Administrativo. O objetivo desta Unidade consiste em apresentar uma visão atual desse poder-função da Administração Pública, calcada na discussão quanto ao alcance e aos limites ao exercício da atividade de polícia que decorrem da perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito.

**AULA 12****I. TEMA**

Poder de polícia

**II. ASSUNTO**

Fundamentos e limites ao exercício do poder de polícia.

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Apresentar e discutir os possíveis conteúdos da expressão “poder de polícia”, incluindo breve abordagem histórica, seus aspectos preventivo e repressivo, bem como os limites ao seu regular exercício pela Administração Pública.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**

O Estado Democrático de Direito estabelece um regime de liberdades fundamentais, assegurando aos cidadãos um elenco de direitos individuais, constitucionalmente protegidos, os quais devem ser exercidos com observância e respeito aos direitos dos demais cidadãos.

Por ter o Estado avocado para si a obrigação de manter incólume os direitos individuais, tornou-se indispensável disciplinar os aspectos da vida social e dotar a Administração Pública de funções para restringir o direito e proibir o abuso. Bem por isso, há necessidade de que os “direitos-liberdades” sejam assegurados e dispostos pelo Estado, de forma que o mesmo passe a gozar de coercibilidade.<sup>160</sup>

Nesse sentido, a Administração Pública detém o denominado “poder de polícia”, que consiste em um conjunto de intervenções do poder público, no sentido de disciplinar a ação dos particulares, objetivando prevenir ou reprimir perturbações à ordem pública. Tome-se, como exemplo, um veículo estacionado em plena rodovia, causando transtornos para os usuários daquele espaço público. Neste caso, a Administração Pública tem que ser dotada de poder para retirar o veículo, queira o seu proprietário ou não.

<sup>160</sup> JEAN-MARIE BÉCET e DANIEL COLARD. *Les Conditions d'Existence des Libertés*, Paris : La Documentation Française, 1985, p. 25.



Desta forma, a Administração Pública pode (i) condicionar o exercício de direitos individuais, (ii) delimitar a execução de atividades, e (iii) condicionar o uso de bens que afetem a coletividade ou contrariem a ordem jurídica estabelecida ou se oponham aos objetivos permanentes da nação. Conforme lição de Marcello Caetano,

a polícia é atuação da autoridade, pois pressupõe o exercício de um poder condicionante de atividades alheias, garantido pela coação sob a forma característica da Administração, isto é, por execução prévia. É uma intervenção no exercício de atividades individuais e a possibilidade da sua violação por estes. (...) A polícia intervém nas atividades individuais de fazer perigar interesses gerais. Só aquilo que constitua perigo suscetível de projetar-se na vida pública interessa à Polícia, e não o que apenas afete interesses privados ou a intimidade das existências pessoais.<sup>161</sup>

Cumprir destacar que por poder de polícia deve-se entender, na esteira do conceito positivado no art. 78, do Código Tributário Nacional:

a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Considera-se regular exercício do poder de polícia, de acordo com o disposto no parágrafo único do citado art. 78 do CTN, o “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”. Ou seja, é pressuposto legal para o exercício do poder de polícia que o mesmo seja exercido pela autoridade pública a qual a lei atribuiu competência.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>162</sup>, o poder de polícia pode ser exercido de quatro distintas formas: (i) através da *ordem de polícia*, que vem a ser uma determinação geral e abstrata para que não se faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público; (ii) pelo *consentimento de polícia*, que são as hipóteses nas quais o legislador exige um *controle prévio* da compatibilidade do uso do bem ou do exercício de uma atividade com o interesse público (por exemplo, as atividades que requerem licenciamento

<sup>161</sup> *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra, Almedina, 1992, p. 270.

<sup>162</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. pp. 301/4.



ambiental ou autorização prévia da Prefeitura); (iii) pela *fiscalização de polícia*, que se destina a verificar se estão sendo cumpridas as ordens de polícia e se estão ocorrendo abusos no exercício das atividades privadas que foram objeto de consentimentos de polícia, e (iv) pela *sanção de polícia*, que consiste na aplicação dos instrumentos de *intervenção punitiva* do Estado sobre propriedade privada e as atividades particulares.

Assim, é preciso considerar que o poder de polícia possui tanto uma feição executiva quanto uma face normativa. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o poder de Polícia Administrativa se manifesta tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos”.<sup>163</sup>

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, capítulo intitulado “Poder de polícia”.

### *Leitura complementar:*

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 385 a 402;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 391 a 423.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

Mércio, advogado de grande reputação na cidade onde atua, sentiu-se profundamente abalado em sua moral com a instalação de detectores de metais na entrada do Tribunal de Justiça.

Dessa forma, impetrou *habeas corpus*, sustentando que referido ato administrativo do Tribunal violava o seu direito ao efetivo exercício da advocacia, tendo sido exarado com abuso de poder por parte da Administração do Tribunal. Em suas razões, aduz sentir-se profundamente constrangido com as revistas em sua pasta e pertences a que, por vezes, foi forçado a se submeter, o que lhe acarreta dano moral inestimável. Frisa ser o advogado função essen-

<sup>163</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Apontamentos sobre o poder de polícia”. *Revista de Direito Público* nº 9, p. 61.





cial à administração da Justiça, sendo que o Tribunal subverteria esse ditame constitucional ao presumir que os advogados poderiam trazer consigo instrumentos metálicos capazes de pôr em risco a integridade física daqueles que diariamente passam por suas instalações.

O Tribunal, por sua vez, argumenta que a medida foi adotada em prol da segurança pública de todos os cidadãos, que é seu dever zelar pela integridade física de todos os usuários e funcionários do Poder Judiciário, tratando-se, por conseguinte, de medida de polícia administrativa que obedece ao ditame da proporcionalidade. Aduz, ainda, que todos aqueles que ingressam no Tribunal são submetidos ao detector de metais, e que liberar os advogados de tal dever constituiria privilégio que ofenderia o princípio da isonomia no trato de todos os cidadãos que frequentam prédios públicos.

A seu ver, como deve ser resolvida a demanda? Se, além de passagem pelo detector de metais, fossem os ingressantes submetidos à revista pessoal, a sua opinião permaneceria a mesma?

## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

O poder de polícia consiste na capacidade atribuída ao Estado para conformar os direitos individuais dos cidadãos ao interesse público, ou seja, no poder que a Administração Pública possui para, nos limites da lei, restringir e condicionar o exercício de direitos individuais para assegurar o convívio em sociedade e o respeito aos direitos individuais dos demais cidadãos.

**AULA 13:***I. TEMA*

Poder de polícia.

*II. ASSUNTO*

Poder de polícia e atos de consentimento estatal.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Apresentar a doutrina clássica sobre o tema dos licenciamentos e autorizações, discutindo-a à luz do princípio da legalidade e das competências vinculadas e discricionárias da Administração Pública.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

Conforme visto na aula anterior, uma das dimensões do poder de polícia consiste na necessidade de a Administração Pública consentir com o exercício de determinadas atividades pelos indivíduos para que essas possam ser desempenhadas licitamente (“consentimento de polícia”). Nesse sentido, expõe José dos Santos Carvalho Filho:

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.<sup>164</sup>

De fato, na complexidade da vida em sociedade, algumas atividades requerem prévia aprovação da Administração Pública, tais como as com potencial impacto ambiental, que devem, por conseguinte, ser objeto de licenciamento ambiental; a construção de imóveis em propriedades privadas, que requerem aprovação da Prefeitura previamente à edificação (licença para construir), e

<sup>164</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006, p. 71.



assim sucessivamente. Dessa forma, algumas atividades privadas são submetidas a processos de licenciamento, outras são objeto de autorização.

Classicamente, costuma-se distinguir os institutos com base em que a licença constituiria um direito do administrado passível de ser exercido por todo aquele que se conforme às exigências legais para sua expedição, tratando-se, portanto, de competência administrativa vinculada. Já as autorizações constituem exercício de competência discricionária, podendo a Administração Pública exercer um juízo de conveniência e oportunidade quanto ao seu deferimento.<sup>165</sup> Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro conceitua as autorizações como:

Ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.<sup>166</sup>

Já a licença é “o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”. Por isso, em regra, as licenças ostentam caráter definitivo.

Em decorrência dessa diferenciação, uma das questões debatidas pela doutrina reside em se o ato administrativo concessivo da licença apresenta natureza meramente declaratória, ou se também possui uma carga constitutiva. Geralmente, atribui-se carga meramente declaratória às licenças, e constitutiva às autorizações, conforme se observa da seguinte passagem de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

No caso da licença, há um direito preexistente, embora não exequível, à atividade ou ao uso do bem. O consentimento administrativo se vincula à constatação de que as limitações opostas foram removidas, ou seja, a *conditio iuris* para seu exercício, satisfeita. É inexato, portanto, afirmar-se que a licença gere direitos; ela apenas os declara exequíveis.

Já, distintamente, no caso da autorização, não há qualquer direito preexistente à atividade privada ou ao uso do bem particular. A atividade pretendida pelo particular é, em princípio, vedada, existindo meras expectativas da exceção a serem consideradas administrativamente em cada caso concreto.<sup>167</sup>

Afastando-se da distinção clássica acima apontada, cumpre mencionar o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld, que, ao analisar as licenças para construir, recusa-se a atribuir-lhes carga meramente declaratória:

O proprietário é legalmente proibido de edificar sem a prévia obtenção de licença. De conseguinte, o ato que faculta o início da construção não pode ser meramente declaratório. Sua expedição pressupõe, decer-

<sup>165</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 68. Nesse sentido, veja-se a seguinte passagem de José dos Santos Carvalho Filho: “As licenças são atos vinculados e, como regra, definitivos, ao passo que as autorizações espelham atos discricionários e precários”. Op. cit., p. 71.

<sup>166</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 211.

<sup>167</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 399. No mesmo sentido, veja-se Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A autorização é um ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito preexistente”. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 212.



to, haver o Poder Público constatado que, por atender aos requisitos da lei, o proprietário tem direito de ver deferida a licença (se se quiser, tem o direito de construir); nesse aspecto, o ato é recognitivo do direito. No entanto, não é meramente declaratório, mas também constitutivo, visto atribuir ao proprietário faculdade de que não dispunha antes: a de iniciar as obras. Por mais que se queira classificar a licença como ato declaratório, ninguém negará que o proprietário não tem qualquer espécie de direito de iniciar a edificação antes dela.<sup>168</sup>

Assim, na visão do autor, o proprietário, antes de expedida a licença, não tem direito adquirido a construir.

Cumprе mencionar que, em algumas ocasiões, apresentam-se limitadas as quantidades de licenças e autorizações que o poder público é capaz de conceder (a própria lei pode limitá-las, por exemplo). Nesses casos, o ato concessivo da licença ou autorização deverá ser precedido de licitação, a fim de respeitar o princípio da isonomia entre os administrados potencialmente interessados na sua obtenção.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, capítulo intitulado “poder de polícia”.

### *Leitura complementar:*

SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e sacrifícios de direitos — distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 4, pp. 79 a 83;  
SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 3, pp. 66 a 72.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

O Município de Petrópolis concedeu à sociedade empresarial ABC Confeções Ltda., no ano de 2000, autorização para colocação de painel publicitário iluminado na fachada externa de seu estabelecimento comercial.

<sup>168</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. “Licenças e autorizações no direito administrativo”. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 3, p. 66.



No entanto, no ano de 2002, foi promulgada pela Câmara de Vereadores nova lei de posturas municipais, visando a proteger o conjunto arquitetônico da cidade, e com a qual o referido letreiro não mais se conforma. Em consequência, a municipalidade revogou as autorizações anteriormente concedidas a diversos comerciantes que mantinham letreiros não condizentes com a nova legislação, e tem realizado fiscalizações constantes no sentido de autuar aqueles que insistam em desrespeitar a lei de posturas do município.

Ante a iminência de ser autuada, a sociedade ABC Confecções Ltda. pretende impetrar mandado de segurança contra o ato do Prefeito que revogou a sua autorização para exibição do letreiro, pois que concedida anteriormente da entrada em vigor da nova lei. Sustenta possuir direito adquirido à manutenção do letreiro, tendo em vista que ele se apresentava condizente com a legislação local quando foi colocado.

Como advogado da sociedade empresária, o que você aconselharia?<sup>169</sup>

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

A distinção dos atos administrativos de autorização e licença reside (i) no grau de vinculação do ato praticado e (ii) na preponderância do interesse em jogo. Considerando a conceituação abordada acima, é de se esperar que em algumas hipóteses a distinção entre os atos é de difícil identificação.

---

<sup>169</sup> Inspirado na decisão proferida no AI 2005.002.14088, Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

**UNIDADE V: LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS****OBJETIVO:**

O objetivo desta Unidade consiste em analisar os procedimentos visando à contratação entre Administração Pública e iniciativa privada, cuja regra geral exige que seja precedida de licitação. Assim, nas aulas que se seguem serão apresentados os princípios da licitação, suas modalidades, tipos e principais etapas dos procedimentos licitatórios, a fim de que, ao final, possam ser examinadas as características próprias ao contrato administrativo.



## AULA 14: PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

### I. TEMA

Licitação

### II. ASSUNTO

Princípios aplicáveis às licitações públicas.

### III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Apresentar os princípios que regem a licitação pública.

### IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO

#### INTRODUÇÃO:

A licitação se traduz no procedimento constitucionalmente previsto com vistas à garantia da competição isonômica entre aqueles que podem oferecer determinados bens ou serviços à Administração Pública, bem como para a contratação de obras e para a alienação de bens públicos. Nas palavras de Marçal Justen Filho, a licitação constitui o:

procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.<sup>170</sup>

Trata-se, assim, de procedimento administrativo conduzido por um órgão específico, geralmente uma comissão de licitação.

O dever de licitar constitui uma exigência constitucional, conforme se observa do art. 37, XXI, da Constituição Federal:

<sup>170</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 309.





Art. 37.

(...)

XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Igualmente, a Constituição exige a realização de licitação para a outorga de concessão ou permissão de serviços públicos, nos termos do art. 175, *caput*:

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Também não se pode deixar de mencionar, conforme já visto, que o regime licitatório é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III, da Constituição Federal.

De acordo com a Constituição Federal, constitui competência privativa da União Federal legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, nos termos do art. 22, XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII — normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III

A lei geral sobre licitações e contratos administrativos é a Lei nº 8.666/93<sup>171</sup>, em cujo art. 3º encontram-se elencados os princípios da licitação:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

<sup>171</sup> Cumpre mencionar também a Lei 10.520/02, que institui a modalidade de licitação denominada pregão.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 prevê o desdobramento, em sede licitatória, dos princípios que regem o agir da Administração Pública, e cujo conteúdo já foi discutido na Unidade I deste curso.

Além dos princípios expressos, Marçal Justen Filho ressalta a importância da proporcionalidade como princípio norteador das licitações, destacando sua primazia:

O primeiro [princípio] a ser considerado é o da proporcionalidade, que se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio na busca de dois fins igualmente relevantes. A realização do princípio da isonomia deve dar-se simultânea e conjuntamente com a seleção da proposta mais vantajosa. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absoluto em si mesmo.<sup>172</sup>

Adiante, complementa:

A Administração Pública está constrangida a adotar alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da lei ou do ato convocatório devem ser interpretadas como instrumentais.<sup>173</sup>

Na análise de questões envolvendo temas relacionados a licitações, destacam-se os princípios da competição e da igualdade entre os competidores.

O primeiro, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “orienta todo o processo”, traduzindo-se na “busca de uma justificada desigualação dos licitantes, o que se obtém pela identificação final da vantagem pretendida pela Administração, oferecida por um dos licitantes”.<sup>174</sup>

Essa “desigualação”, entretanto, tem de ser realizada por critérios objetivos, que não permitam considerações de natureza subjetiva na determinação da proposta que melhor atende aos interesses da Administração. Essa a proteção conferida pelo princípio da igualdade, de matriz constitucional, conforme se observa do acima citado art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto alude ainda aos princípios da legalidade, legitimidade, publicidade<sup>175</sup> e moralidade como constituindo princípios gerais de aplicabilidade direta em questões envolvendo licitações públicas.<sup>176</sup>

O regime jurídico das licitações possui, também, um rol de princípios setoriais, dentre os quais se sobressai o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também conhecido como princípio da vinculação ao edital.<sup>177</sup> Esse princípio exige que:

<sup>172</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 312.

<sup>173</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 314.

<sup>174</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 179.

<sup>175</sup> A publicidade exigida na licitação refere-se às decisões de julgamento e motivação dos critérios utilizados pela Administração no momento de classificar as propostas recebidas. Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que algumas etapas da licitação são regidas pelo princípio do sigilo, em benefício do próprio procedimento, conforme destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Informa, instrumentalmente, certas fases do processo licitatório, de modo a garantir sua impessoalidade e, assim, em última análise, resguarda a igualdade das partes licitantes. Por outro lado, o sigilo é fundamental na modalidade concorrencial, uma vez que o julgamento da habilitação dos licitantes deve ser feito sem o prévio conhecimento das propostas. Determina, ainda, a vedação de acesso ao conteúdo das peças licitatórias apresentadas pelos concorrentes (documentação de habilitação e proposta) antes das aberturas públicas previstas no ato convocatório. E, por fim, poderá, ocasionalmente, ser invocado para afastar a licitação, quando sua divulgação puder comprometer a segurança do País”. *Curso de direito administrativo*, pp. 180 e 181.

<sup>176</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 179. Maria Sylvia Zanella di Pietro aduz, ainda, ao princípio da impessoalidade, o qual, juntamente aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, exige da Administração o dever de “em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas em lei ou no instrumento convocatório”. *Direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 297.

<sup>177</sup> O termo “instrumento convocatório” é mais amplo, pois, no caso das licitações na modalidade convite, o instrumento convocatório denomina-se “carta-convite”.



todo o processo licitatório se submeta, em todos os seus atos, às regras que forem especificamente baixadas para a licitação anunciada, sob a forma de edital ou de convite, inclusive e notadamente as que definam os critérios para julgamento. Nenhuma decisão, interlocutória ou final, poderá ser tomada pela Administração se não estiver tríplice e rigorosamente vinculada à lei, ao regulamento e aos termos desse ato convocatório.<sup>178</sup>

Um dos desdobramentos desse princípio é encontrado no princípio do julgamento objetivo, que reside justamente no dever, imposto à Administração, de escolher a proposta mais vantajosa com base única e exclusivamente nos critérios quantitativos e qualitativos expressamente dispostos no edital, sendo vedados subjetivismos, a introdução de novos critérios ou a interpretação extensiva de exigências não expressamente requeridas no edital ou convite.

Adicionalmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se ao princípio da adjudicação compulsória, segundo o qual “a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor”, salvo a existência de justo motivo.<sup>179</sup>

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

São Paulo: Atlas, itens:

- Licitação: introdução
- Conceito
- Natureza jurídica
- Disciplina normativa
- Destinatários
- Fundamentos
- Objeto
- Princípios

### *Leitura complementar:*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*.

17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, capítulo IX, itens I a IV;

<sup>178</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 180.

<sup>179</sup> Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: “A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior”. *Apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 301. Veja-se que esse princípio não impede que a administração decida revogar ou anular a licitação, mas impede que a Administração deixe de contratar com o vencedor do certame para contratar com outrem.



- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, pp. 201 a 208;
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, item 9.3.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

A sociedade XLZ Comunicação Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, por ter sido excluída da fase de habilitação de um procedimento licitatório na modalidade concorrência, em razão de ter entregado a documentação exigida dez minutos após o encerramento do prazo de recebimento disposto no edital de licitação. Sustenta ter direito líquido e certo a que seus documentos de habilitação e sua proposta sejam recebidos e analisados pela Comissão.

A sociedade alega que a atitude da Comissão reflete exacerbado formalismo por parte da autoridade licitante, incompatível com os princípios da competição e da razoabilidade que norteiam o procedimento licitatório. Haveria, ainda, desvio de finalidade, pois se o objetivo da licitação é a busca da oferta mais vantajosa, afastar-se-ia desse ideal a desclassificação da proponente por míseros dez minutos.

Em suas informações, a Comissão destaca que agiu no estrito cumprimento do dever legal, tendo em vista que o art. 41 da Lei nº 8.666/93 dispõe:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

O supracitado artigo reflete um dos princípios basilares da licitação, consistente na vinculação da Administração ao instrumento convocatório.

Com base nos seus estudos sobre os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública e, especialmente, os princípios da licitação, na sua opinião deveria ser concedida segurança? Em sua análise, considere a aplicação dos já estudados princípios da finalidade e da eficiência.



## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

As contratações realizadas pelo Poder Público devem, como regra geral, submeter-se a prévio procedimento licitatório, como forma de atender-se a diversos princípios da Administração Pública, dentre eles, impessoalidade, moralidade, eficiência, isonomia e busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

**AULA 15***I. TEMA*

Licitação

*II. ASSUNTO*

Modalidades e tipos de licitação. Dispensa e inexigibilidade.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Apresentar as modalidades e tipos de licitação que se encontram à disposição do poder público. Distinguir os institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

Como visto na última aula, a licitação se traduz no procedimento constitucionalmente positivado para garantia da competição isonômica entre aqueles que podem oferecer determinados serviços, bens e realizar obras à Administração Pública, bem como para a aquisição e alienação de bens, nos termos do art. 37, XXI.

No entanto, em determinadas situações, a competição se demonstra indesejável ou mesmo inviável, embasando situações de dispensa ou inexigibilidade do certame licitatório.

As hipóteses de dispensa encontram-se taxativamente previstas em lei, merecendo destaque os casos elencados no art. 24 da Lei 8.666/93. Já a inexigibilidade de licitação tem fundamento legal no art. 25 da Lei 8.666/93:

Art. 25 — É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I — para aquisição de materiais, equipamento ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra



ou o serviço, pelo Sindicato, Federação, Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II — para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. § 1º — Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Merece ainda menção o art. 13 da Lei nº 8.666/93, que define os serviços técnicos profissionais especializados:

Art. 13 — Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I — estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos;

III — assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV — fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V — patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI — treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII — restauração de obras de arte e bens de valor histórico;

VIII — vetado.

(...)

§ 3º — A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Adilson Abreu Dallari observa, acerca da exigência de singularidade para a contratação direta de serviço técnico profissional especializado: “o fato de que um trabalho técnico profissional especializado pode ser contratado sem licitação mesmo que haja ‘uma pluralidade de notórios especializados’, [é] exatamente porque o trabalho produzido se torna singular em razão da singularidade subjetiva do executante. Essa singularidade resultante das características pessoais do executante é que torna inviável a comparação, ou a competição, tornando inexigível a licitação, conforme dispõe a legislação vi-



gente. O trabalho pode ser considerado singular quando depender das características do executante. Haverá singularidade quando diferentes executantes notoriamente especializados produzirem diferentes trabalhos. Não haverá singularidade quando diferentes executantes puderem realizar a mesma coisa, produzir o mesmo resultado.<sup>180</sup>

Dessa forma, tem-se que a norma geral da licitação pública disciplina os casos em que se apresenta dispensável ou inexigível o certame, abrindo ensejo à contratação direta com profissionais ou instituições idôneas e em condições de bem prestar o serviço almejado, a fim de que as necessidades da Administração Pública possam ser prontamente atendidas.

Quais são as principais diferenças entre os institutos da inexigibilidade e da dispensa de licitação? Se ambos estão vocacionados a justificar a contratação direta, em que bases radicam suas diferenças?

Na dispensa de licitação, consubstanciam-se situações em que, muito embora seja em tese realizável a disputa concorrencial, esta se apresenta suprimível para o melhor atendimento às necessidades da Administração Pública. Nos casos identificados no art. 24 da Lei nº 8.666/93, o administrador público poderá avaliar e decidir sobre realizar, ou não, a licitação, conforme melhor convier aos interesses públicos em espécie. Sendo exceção à regra geral (da licitação), a lista de hipóteses previstas no art. 24 da Lei 8.666/93 apresenta-se taxativa.

Quanto à inexigibilidade licitatória, a teor do art. 25, a contratação direta decorre da inviabilidade de competição. O legislador não é capaz de prever todas as situações em que a Administração poderá se ver impossibilitada de realizar um procedimento licitatório; por conseguinte, as hipóteses de inexigibilidade previstas na lei apresentam-se meramente exemplificativas. Conforme lição do Ministro Eros Roberto Grau, é a exclusão do critério competitivo, por irrealizável, que constitui a essência do permissivo legal da inexigibilidade:

Ademais, cumpre ainda observarmos que da ‘inexigibilidade’ se distingue a hipótese de ‘dispensa’ de licitação. Na dispensa, a lei autoriza a Administração a, excepcionalmente, contratar sem licitação. Atua, aí, a conveniência administrativa, em nome da qual dá-se a dispensa do dever de licitar. O dever de licitar incide, mas é afastado pelo preceito legal. A enunciação legal das hipóteses de dispensa é exaustiva. Não está a Administração autorizada a dispensar a licitação senão, e exclusivamente, nas hipóteses expressamente indicadas pela lei. Já no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre, não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição.<sup>181</sup>

<sup>180</sup> *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51/52

<sup>181</sup> *Licitação e Contrato Administrativo - estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 70.



Existem também casos nos quais a Administração Pública pode habilitar todo e qualquer interessado a, uma vez preenchidos determinados requisitos, cadastrarem-se para realizar o serviço. Nessas hipóteses, a licitação é igualmente inexigível, tendo em vista a ausência de constrictão no que se refere à quantidade de pessoas aptas a prestar serviços à Administração.

Conforme explica Marçal Justen Filho, “somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados”, pois “a obrigatoriedade de licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem”.<sup>182</sup>

### *Modalidades de licitação*

As modalidades de licitação estão expressamente previstas no art. 22 da Lei 8.666/93, onde também se encontram as suas definições legais:

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I — concorrência;
- II — tomada de preços;
- III — convite;
- IV — concurso;
- V — leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a

<sup>182</sup> Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Dialética, São Paulo, 2008, p. 46.



instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

§ 9º Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Para a escolha de qual modalidade adotar, o administrador deve observar os critérios do art. 23 da Lei 8.666/93.

Às modalidades de licitação listadas no art. 22 da Lei 8.666/93 deve-se acrescentar o pregão, atualmente regido pela Lei 10.520/02. De acordo com o art. 1º da Lei 10.520/02, o pregão presta-se à aquisição, pela Administração Pública, de “bens e serviços comuns”, cuja definição encontra-se no parágrafo único desse mesmo dispositivo legal, como sendo “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

A Lei 12.462/11, por sua vez, instituiu o Regime Diferenciado de Contratação — RDC, disciplinando um procedimento licitatório com diversas especificidades, que somente se aplica aos casos estabelecidos no próprio diploma legal, conforme será abordado adiante.



### *Tipos de licitação*

Os tipos de licitação referem-se ao critério de julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes, e encontram-se previstos no art. 45, §1º da Lei 8.666/93, exceto para a modalidade concurso:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I — a de menor preço — quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II — a de melhor técnica;

III — a de técnica e preço;

IV — a de maior lance ou oferta — nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Apesar de o §5º do art. 45 dispor que “é vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo”, merece ser esclarecido, conforme se estudará no próximo semestre, que existem outras possibilidades de classificação de propostas estabelecidas nas leis de concessão e permissão de serviços públicos (Lei 8.987/95), na Lei de PPPs (Lei 11.079/04) e na Lei do RDC (Lei 12.462/11). Veja-se, no entanto, que esses outros tipos tem possibilidades restritas de aplicação, limitadas aos procedimentos licitatórios regidos por essas respectivas leis. Fora desses casos, aplica-se a regra geral que limita os tipos de licitação àqueles estabelecidos no art. 45 da Lei 8.666/93.

## **V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS**

### *Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

São Paulo: Atlas, itens:

- Dispensa de licitação



- Inexigibilidade de licitação
- Modalidades
- Tipos de licitação
- O pregão: nova modalidade

*Leitura complementar:*

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, pp. 334 a 351.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Trata-se de ação civil pública tendo por objeto ato praticado por Prefeito de uma cidade do interior paulista, que contratou serviços de escritório de advocacia para acompanhamento de diversas ações judiciais e prestação de consultoria jurídica cotidiana em matéria tributária sem a realização de prévia licitação.

A situação foi enquadrada pela Prefeitura como hipótese de inexigibilidade de licitação, com base no art. 13, V, da Lei 8.666/93, que ao dispor sobre os serviços técnicos profissionais especializados, neles incluiu “o patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas”, bem como no art. 25, II e §1º, do mesmo diploma legal, que determina a inexigibilidade de licitação para os serviços de caráter singular listados no art. 13.

A seu ver, os serviços de advocacia mencionados enquadram-se na previsão do citado art. 13 c/c art. 25, II, da Lei nº 8.666/93? Por quê?

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

As hipóteses de dispensa e inexigibilidade devem ser interpretadas respectivamente, eis que são exceções à regra geral de que as contratações do Poder Público devem ser submetidas ao procedimento licitatório. Por serem exceções à regra, os atos de dispensa e inexigibilidade devem ser devidamente motivados e respaldados por situações fáticas que justifiquem a não observância do procedimento licitatório, sob pena de nulidade da contratação, além da responsabilidade administrativa, civil e penal de quem praticar o ato ilegal.



**AULA 16***I. TEMA*

Licitação.

*II. ASSUNTO*

Fases do procedimento licitatório.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Apresentar o passo a passo do processo licitatório e suas especificidades, a depender da metodologia adotada.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

A licitação constitui um procedimento uno, o qual se apresenta dividido em fases, para fins de organização.

O procedimento licitatório apresenta maior ou menor complexidade dependendo da modalidade adotada, devendo ser iniciado na forma prevista no art. 38 da Lei nº 8.666/93:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I — edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II — comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III — ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV — original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V — atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI — pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;



VII — atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;

VIII — recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;

X — despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X — termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI — outros comprovantes de publicações;

XII — demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

A concorrência, considerada a modalidade mais complexa de licitação, apresenta as seguintes etapas:

- (i) divulgação e publicidade do ato convocatório (edital);
- (ii) entrega dos envelopes e julgamento da habilitação;
- (iii) divulgação das licitantes habilitadas e julgamento de impugnações e recursos;
- (iv) julgamento e classificação das propostas dos licitantes habilitados;
- (v) publicidade quanto ao julgamento, classificação das propostas e exaurimento dos possíveis recursos;
- (vi) providências complementares;
- (vii) adjudicação.<sup>183</sup>

Conforme se depreende das fases acima, o procedimento licitatório inicia-se com a divulgação do edital, o qual deve conter as etapas do processo, as exigências a serem atendidas pelo interessado em participar, os critérios de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, além de uma minuta do contrato a ser celebrado.

Em seguida ocorre a fase de habilitação, a qual tem por finalidade apurar a capacidade do licitante para contratar com a Administração Pública, incluindo (i) habilitação jurídica, (ii) regularidade fiscal, (iii) qualificação técnica, (iv) qualificação econômico-financeira e (v) comprovação de cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, que proíbe trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos, bem como qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Uma vez entregues os envelopes de habilitação, cabe à Comissão de Licitação analisar se os requisitos constantes do edital foram obedecidos. Encerrada

<sup>183</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 338.



essa análise, a comissão de licitação profere decisão, mencionando as pessoas habilitadas e as inabilitadas. Contra referida decisão as partes interessadas podem interpor recurso, com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias úteis contados da data da divulgação da decisão (art. 109, Lei nº 8.666/93).

Em seguida, passa-se à fase de apresentação das propostas, cujos envelopes devem ser abertos em sessão pública. Compete à comissão de licitação decidir sobre a obediência da proposta aos requisitos formais e materiais exigidos pelo edital, promovendo, em seguida, a classificação das propostas conformes ao edital.

Divulgado o resultado da análise das propostas, a comissão de licitação deve conferir publicidade ao julgamento, para que as partes interessadas possam, se julgarem devido, interpor recurso, o qual segue os mesmos critérios exigidos nos recursos interpostos na fase de habilitação.

Sendo o recurso julgado procedente, a licitação será invalidada ou, se for possível sanar o vício, a Administração procederá à revisão devida, promovendo a reclassificação dos licitantes.<sup>184</sup>

Quanto à possibilidade de revogação do certame, por critério de conveniência e oportunidade da Administração, cumpre ressaltar que a lei somente consagra essa possibilidade no caso de o fato ensejador da licitação dar-se em momento superveniente à data da instauração da licitação, conforme art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Em seguida deve ser o resultado homologado. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

a homologação equivale à aprovação do procedimento: ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indicada nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível. Se o procedimento estiver em ordem, ela o homologará.<sup>185</sup>

Homologado o resultado da licitação, a etapa superveniente é a adjudicação do objeto licitado ao licitante vencedor, com a celebração do correspondente contrato a administrativo.

<sup>184</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 342.

<sup>185</sup> *Direito administrativo*, op. cit., p. 331. Sobre a sucessão entre as etapas de homologação e adjudicação, a autora ressalta que, em decorrência do art. 43, VI, da Lei nº 8.666, "houve uma inversão nos atos finais do procedimento. Anteriormente a essa lei, a adjudicação era o ato final praticado pela própria Comissão de licitação, após o que vinha a homologação pela autoridade competente". Agora, os dois atos ficam fora da atuação da Comissão e passam a ser de competência da autoridade competente". (ob. cit., loc. cit.)



### *Nulidade e revogação da licitação*

De acordo com a lei 8.666/93, a revogação do procedimento licitatório após início da sua fase externa somente poderia ocorrer por fato superveniente e mediante motivação, conforme artigo 49:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

(...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Com efeito, é de exigir-se da Administração Pública a indicação precisa dos motivos que ensejam o ato revocatório, sendo certo que o juízo de conveniência para tanto somente pode se basear em fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente a justificar tão extremada iniciativa.

Em caso de ilegalidade no procedimento licitatório, a declaração de nulidade constitui dever da Administração, conforme se extrai do caput do art. 49 da Lei 8.666/93 e da própria súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

## **V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS**

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

São Paulo: Atlas, itens:

- Procedimento
- Anulação
- Revogação
- Recursos administrativos



*Leitura complementar:*

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, pp. 305 a 333;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Uma empresa ingressou em uma licitação na modalidade concorrência. Ocorre que, por um equívoco no momento da sua pré-qualificação, deixou de apresentar certidão essencial nos termos da Lei 8.666/93. Como consequência, foi inabilitada.

Tendo em vista a sua inabilitação, a empresa procura-o questionando se é possível, nessa etapa do certame, impugnar eventuais falhas do edital que, no seu entender, podem levantar dúvidas quanto a sua legalidade. O intuito do cliente é que a licitação seja anulada, tornando-se necessária a abertura de novo procedimento licitatório.

Como você responderia à consulta formulada?

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

As modalidades de licitação estabelecem o rito que a Administração Pública deverá seguir para a contratação válida de um ente privado, e variam conforme o objeto a ser contratado e o vulto da contratação.

**AULA 17***I. TEMA*

Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC

*II. ASSUNTO*

Análise comparativa entre o regime instituído pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituído pela Lei 12.462/11 e o regime da Lei 8.666/93.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Análise da Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, e as suas principais características

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

Inicialmente, a Lei nº 12.462/11, que instituiu o denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (“RDC”), veio a responder a demandas de maior celeridade, eficiência e economicidade nos procedimentos licitatórios necessários à contratação das obras de infraestrutura necessárias à Copa do Mundo de 2014 e às olimpíadas de 2016. No entanto, sua abrangência já foi ampliada para abranger obras do Programa de Aceleração do Crescimento — PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde — SUS e obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

A Lei nº 12.462/11 determina que a opção pelo procedimento do RDC deverá constar de forma expressa no instrumento de convocação, afastando, assim, as normas previstas na Lei nº 8.666/93, exceto quando de modo diverso estabelecido na própria Lei do RDC, conforme dispõe o § 2º do art. 1º da Lei nº 12.462/11:

“§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.”



As disposições do RDC, portanto, quando expressamente adotadas no instrumento convocatório da licitação, deverão ser rigorosamente observadas, afastando-se, assim, a aplicação de determinadas normas da Lei nº 8.666/93.

A ressalva feita no final do referido dispositivo adverte que disposições da Lei nº 8.666/93 poderão ser aplicadas nas licitações e contratações feitas sob a égide do RDC. A título de exemplo, as sanções administrativas aplicáveis nas licitações e contratações no âmbito do RDC serão aquelas previstas na Lei nº 8.666/93, conforme disposição expressa do art. 47, § 2º, da Lei nº 12.462/11.

### *Finalidade e Objetivo*

O art. 1º da Lei nº 12.462/11 prevê a amplitude da aplicação do RDC, dispondo sobre em quais situações ele pode ser utilizado:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I — dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II — da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação — Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo — Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 — CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III — de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV — das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

(...)

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.



Já os objetivos do RDC estão dispostos no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.462/11, que assim estabelece:

“§ 1º O RDC tem por objetivos:

- I — ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II — promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III — incentivar a inovação tecnológica; e
- IV — assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”

### *Inovações de destaque*

O RDC possui determinadas regras próprias e específicas quanto aos procedimentos licitatórios que lhe proporcionam maior celeridade, eficiência e economicidade, em contraste com o regime da Lei nº 8.666/93. A seguir, serão descritas algumas dessas peculiaridades.

### *No que se refere às licitações para aquisição de bens*

Entre as referidas determinações especiais, a Administração poderá indicar a marca dos bens, com as fundamentações devidas; exigir amostra do bem durante a fase de julgamento das propostas, se necessária a apresentação; solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação; e solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Conforme observam Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas<sup>186</sup>, a indicação de marcas constitui uma novidade legislativa:

“É oportuno notar que, tradicionalmente, a indicação de marca é vedada, em regra, nas compras efetuadas pelo Poder Público (art. 15, §7º, I, da Lei nº 8.666/93). Todavia, em situações excepcionais, devidamente justificadas, a indicação de marca sempre foi considerada viável, especialmente pela necessidade de padronização.”

Como regra geral, portanto, a indicação da marca do bem permanece vedada, sendo permitida a sua escolha prévia pela Administração Pública, desde que formalmente justificado e nas hipóteses taxativas descritas na Lei nº 12.462/11. Caso a indicação da marca pela Administração Pública em

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 936, out./dez. 2011.

determinada licitação não se coadune com as hipóteses legais, essa licitação estará inquinada de ilegalidade, tendo em vista o desrespeito aos princípios da competitividade e da isonomia na licitação.

### *Regime da contratação integrada*

O art. 9º da Lei nº 12.462/11 prevê em seu *caput* e § 1º outra inovação referente ao RDC: a possibilidade de contratação integrada.

A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Pela própria definição do conceito de contratação integrada nota-se que a licitação não deve ser precedida da elaboração de um projeto básico, eis que o licitante vencedor, nas contratações sob o RDC, será o responsável por fazê-lo.

A ausência de projeto básico não significa que a Administração Pública irá instaurar procedimento licitatório sem elementos concretos que identifiquem minimamente o objeto da contratação, pois, se assim prevalecesse, isso impediria a justa competição entre os licitantes por conta da ausência de um critério objetivo para o julgamento das propostas.

A alternativa trazida pela Lei nº 11.462/11 foi a previsão de que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

Disso decorre que o anteprojeto arquitetônico é um documento que, de forma menos exaustiva, se comparado ao projeto básico, identifica e caracteriza o objeto licitado.

Analisando a natureza e as características da contratação integrada, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas<sup>187</sup> destacam que:

“esse formato trará ganhos de eficiência para as contratações administrativas, uma vez que abre ao contratado a oportunidade de inovação e de proposição de técnicas e soluções para o desenvolvimento do objeto, reduzindo riscos e custos para os entes públicos.”

<sup>187</sup> Op. cit.

A possibilidade de contratação integrada é uma das matérias que estão sendo questionadas judicialmente nas ADIs ajuizadas tendo por objeto a Lei nº 12.462/11, sob o fundamento de que o anteprojeto arquitetônico não disponibilizaria elementos objetivos suficientes para delimitar o objeto da licitação, prejudicando que se assegure a competitividade entre os licitantes.

#### *Contrato de eficiência e a remuneração variável dos contratados*

A Lei nº 12.462/11 prevê dois mecanismos de remuneração do contratado: o primeiro deles é o contrato de eficiência, que estabelece a remuneração do contratado de acordo com a economia gerada para a Administração Pública na execução do contrato, e o segundo é a remuneração variável do contratado vinculada ao seu desempenho, com base em metas.

O contrato de eficiência tem como principal característica a atribuição do risco ao contratado, que assume a obrigação de gerar determinada economia à Administração Pública<sup>188</sup>. Isso se dá através da fixação de sua remuneração que é calculada em percentual da economia gerada à Administração Pública.

O insucesso do contratado permitirá que sua remuneração seja diminuída e, em casos extremos, que sanções pelo inadimplemento contratual a ele sejam aplicáveis. Tais previsões são ferramentas disponíveis para a Administração Pública controlar a execução do contrato e remunerar integralmente ou punir o contratado pela sua eficiência ou ineficiência, respectivamente.

A remuneração variável, por sua vez, consiste na fixação do desempenho do contratado como fator definidor da remuneração que este perceberá. A variação da remuneração ocorre proporcionalmente ao desempenho do contratado, de modo que, à medida que seu desempenho melhorar, sua remuneração acompanhará essa evolução.

O objeto da remuneração variável é premiar o êxito do contratado no desempenho de suas tarefas. É um *plus* que será acrescido na sua remuneração se atingidos os objetivos previstos no edital de licitação e no contrato administrativo celebrado.

#### *Pré-qualificação permanente*

O art. 30 da Lei 11.462/11 prevê, como procedimento auxiliar das licitações sob o regime do RDC, a pré-qualificação permanente. Tal mecanismo é utilizado para identificar fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos, e para identificação de

<sup>188</sup> O valor da economia que o contratado se compromete a obter está prevista na sua proposta vencedora.





bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

A fase de pré-qualificação precede a licitação e é um procedimento que culmina em uma decisão administrativa, positiva ou negativa, no sentido de identificar se determinado fornecedor preenche as condições de habilitação para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos e/ou se determinado bem atende às exigências da administração pública.

Ao analisar a natureza do procedimento de pré-qualificação, Marçal Justen Filho<sup>189</sup> destaca que:

“A préqualificação consiste num ato administrativo, antecedido de um devido processo legal, produzido de acordo com critérios predeterminados e objetivos, destinando-se a auxiliar as atividades decisórias no âmbito de um número indeterminado de licitações e contratações administrativas.”

Visa, portanto, o procedimento de pré-qualificação a dinamizar<sup>190</sup> a contratação pelo regime do RDC, adaptando-se, assim, ao anseio político-social de que as obras de infraestrutura devem ser contratadas e efetuadas do modo mais célere possível, sem, contudo, infringir a eficiência e economicidade que deve nortear o contrato administrativo.

#### *As ADIs contra a Lei nº 12.462/11*

Existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade da Lei nº 12.462/11: uma é a ADI nº 4.645, proposta por partidos políticos (PSDB, DEM e PPS); outra é a ADI nº 4.655, proposta pelo Procurador Geral da República.

O objeto dessas ADI é sintetizado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Véras de Freitas<sup>191</sup>:

“Em resumo, os vícios de inconstitucionalidade do referido diploma legal podem ser divididos em duas categorias: vícios formais e vícios materiais. Os vícios formais, em síntese, seriam os seguintes: a) ausência de relevância e urgência (art. 62 da CRFB) para edição da MP nº 527/11, convertida posteriormente na Lei nº 12.462/11; e b) abuso do poder de emenda parlamentar, tendo em vista que a redação original da MP nº 527/11 não tratava do RDC e o tema foi inserido no Congresso por emenda parlamentar (arts. 2º, 59 e 62 da CRFB). Por

<sup>189</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out./dez. 2011.

<sup>190</sup> A Administração Pública poderá restringir a participação na licitação apenas aos pré-qualificados, conforme dispõe o art. 30, § 2º, da Lei 11.462/11, que dispõe: “A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.”

<sup>191</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 936, out./dez. 2011.



outro lado, os alegados vícios materiais da Lei nº 12.462/11 podem ser assim sintetizados: a) excesso de vagueza da norma e ampla margem de discricionariedade para regulamentação por parte de entidades administrativas, como a Autoridade Pública Olímpica (APO), o que violaria os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da CRFB; b) contratação integrada, com a elaboração do projeto básico pelo licitante vencedor, inexistindo critérios objetivos prévios para tratamento isonômico entre os

interessados; c) remuneração variável; d) restrição à publicidade de determinados atos (sigilo) em afronta aos princípios da publicidade e da moralidade; e) préqualificação permanente, com a possibilidade de licitação restrita aos préqualificados, ofendida a competitividade e a isonomia (art. 37, XXI, da CRFB); e f) relativização de exigências ambientais, com a previsão de compensações ambientais e aparente facultatividade no cumprimento dos requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 225 da CRFB).”

Deve-se acompanhar de perto o julgamento dessas ações, tendo em vista o impacto que a eventual declaração de inconstitucionalidade poderá ter sobre licitações já em curso.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, páginas 27 — 42.

### *Leitura complementar:*

JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, páginas 61-97.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. *O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados*. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, páginas 9— 36.



## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária — INFRAERO pretende lançar editais de licitação sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC. Na qualidade de consultor jurídico da empresa, esclareça (i) em que hipóteses pode ser realizada licitação por meio do RDC; (ii) quais seriam as vantagens dessa modalidade licitatória; e (iii) em se tratando de uma licitação visando à contratação de uma obra, quais seriam as principais inovações do RDC face ao regime geral de licitações estatuído na Lei 8.666/93.

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

O RDC constitui novo regime de licitação que pretende trazer maior eficiência às contratações públicas; todavia, grande parte de suas inovações encontra-se, no momento, submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por meio de duas ADIs que sustentam a sua inconstitucionalidade.

**AULAS 18 E 19***I. TEMA*

Regime jurídico dos contratos administrativos.

*II. ASSUNTO*

As peculiaridades do contrato administrativo face aos contratos de direito civil.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Discutir quais as características que distinguem os contratos administrativos dos contratos de direito civil.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

O contrato administrativo é definido, nas palavras de Marçal Justen Filho, como:

Acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.<sup>192</sup>

Da conceituação acima se extrai que, em sede de direito administrativo, a celebração válida de um contrato administrativo requer que a vontade administrativa declarada encontre supedâneo em lei e que uma das partes contratantes — a Administração — esteja atuando na consecução de uma finalidade administrativa. Nos termos do art. 6º da Lei nº 8.666/93, o contrato administrativo pode ter por objeto obras, serviços, compras ou alienações.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público.<sup>193</sup>

<sup>192</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 277.

<sup>193</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 163.



O art. 55 da lei nº 8.666/93 elenca as cláusulas essenciais aos contratos administrativos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I — o objeto e seus elementos característicos;

II — o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III — o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV — os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V — o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI — as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII — os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII — os casos de rescisão;

IX — o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X — as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI — a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII — a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII — a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Além disso, a Lei nº 8.666/93 consagra prerrogativas inerentes à Administração Pública na celebração de contratos administrativos, as quais se encontram previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I — modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;



II — rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III — fiscalizar-lhes a execução;

IV — aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V — nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativo de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Os dispositivos elencados no art. 58, *caput*, da Lei nº 8.666/93 são conhecidas como “competências anômalas”, “prerrogativas extraordinárias” ou, ainda, “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos. Todas essas terminologias aludem a um poder unilateral que permanece com a Administração ao contratar com o particular, ao qual esse não poderá se opor. Nesse sentido, Digo de Figueiredo Moreira Neto observa ser necessário distinguir, no bojo dos contratos administrativos, “as cláusulas atinentes à finalidade pública, que são indisponíveis, das cláusulas que negociam interesses patrimoniais, que são disponíveis”.<sup>194</sup>

Por outro lado, se a Administração tem poderes para modificar e mesmo rescindir o contrato celebrado após o devido processo licitatório, o art. 58, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 confere ao particular contratante importante garantia individual, consistente no direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que não poderá ser atingido por alterações unilaterais promovidas pela Administração:

Art. 58. (...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

A doutrina tende a exigir determinados requisitos para que a Administração possa exercer o direito de alterar unilateralmente o contrato administrativo, pois, embora à Administração Pública seja classicamente reconhecida a discricionariedade, ou seja, o direito de realizar juízo de conveniência e oportunidade, esse é exercido no momento em que a Administração decide contratar, vinculando-se através da celebração do instrumento contratual.<sup>195</sup> Assim, em princípio, a modificação do contrato pressuporia eventos somen-

<sup>194</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 162.

<sup>195</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 291.



te ocorridos ou conhecidos após a celebração do contrato, a partir de uma interpretação analógica do art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93 A motivação constitui requisito inerente à modificação unilateral do contrato, sendo a mesma nula se desmotivada, quando o motivo invocado seja anterior à contratação, bem como quando a modificação se apresente desproporcional ao motivo invocado.<sup>196</sup>

É de se ressaltar que, conforme o expresso mandamento constitucional supracitado, tais alterações não se podem fazer em prejuízo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. A lei 8.666/93 possui diferentes normas que determinam o dever de zelar pelo equilíbrio econômico financeiro, sendo de se ressaltar o § 6º do art. 65, segundo o qual;

Art. 65.

(...)

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Por fim, merece menção a exigência, em regra, de que os acordos com a Administração Pública sejam reduzidos à forma escrita. Em geral, apresentam-se limitadas as possibilidades de acordos negativos, tácitos ou implícitos.<sup>197</sup> Essa limitação decorre de ser a forma um elemento caracterizador do ato administrativo, sendo necessário que a Administração a obedeça ao expressar sua manifestação de vontade. Seria inclusive, uma exigência do princípio da publicidade dos atos administrativos, também já estudado.

#### *Prazo do contrato administrativo*

O prazo é cláusula necessária de todo contrato administrativo, conforme previsão expressa do art. 55, IV, da Lei 8.666/93. Seu regramento encontra-se no art. 57, que prevê ser a regra geral de que os contratos administrativos não podem ter duração superior à dos respectivos créditos orçamentários. A prestação de serviços contínuos pode ser prorrogada por iguais e sucessivos períodos, sendo tal prorrogação limitada ao máximo de sessenta meses:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I — aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se

<sup>196</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 291.

<sup>197</sup> Conforme ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, tomo I, p. 255.



houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II — à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III — vetado

IV — ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I — alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II — superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III — interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV — aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V — impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI — omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

É importante ressaltar a norma do § 3º supracitado, que veda a celebração de contratos por prazo indeterminado.





### *Encerramento do contrato administrativo*

O encerramento dos contratos administrativos pode se dar pelo exaurimento do seu objeto, pelo advento do termo, por razão anômala ou, ainda, nos casos de inadimplemento.

A rescisão decorrente de inadimplemento encontra-se disciplinada na Seção V da Lei nº 8.666/93, cujos arts. 77 e 78 dispõem:

#### Seção V Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I — o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II — o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III — a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV — o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V — a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI — a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII — o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII — o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX — a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X — a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI — a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII — razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da



esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII — a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV — a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV — 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, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI — a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII — a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

XVIII — descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.<sup>198</sup>

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Conforme se pode observar da extensa lista acima, muitas são as causas que podem ensejar a rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública, nem todas imputáveis ao particular, como as hipóteses previstas nos incisos XIII a XVI supracitados.

Além disso, a rescisão pode dar-se tanto por ato unilateral da Administração Pública, como por acordo amigável ou decisão judicial, a depender do evento ensejador da rescisão. Conforme expõe o art. 79 da Lei nº 8.666/93:

<sup>198</sup> Inciso incluído pela Lei nº 9.854/99.



Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I — determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II — amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III — judicial, nos termos da legislação;

IV — vetado.

§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I — devolução de garantia;

II — pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III — pagamento do custo da desmobilização.

§ 3º. Vetado.

§ 4º. Vetado.

§ 5º. Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

Entretanto, o Administrador Público não pode rescindir o contrato por puro capricho, sem motivação. Nesse sentido, é oportuno trazer lição de Marçal Justen Filho:

A Lei buscou reduzir o âmbito de liberdade da Administração Pública para extinguir o contrato mediante invocação do interesse público. (...) Antes de tudo, o Estado de Direito não se compadece com que o agente administrativo adote a conduta que melhor lhe aprouver mediante a rasa invocação de “interesse público”. A eliminação do arbítrio equivale à necessidade das decisões administrativas serem relacionadas e proporcionadas a um interesse público definido e concreto. Já por isso, seria inviável a Administração desfazer, mediante a simples invocação ao interesse público, o vínculo jurídico mantido com um terceiro. Mas o Direito foi mais longe. Reconhece-se que a conveniência administrativa apenas pode autorizar o desfazimento de atos administrativos desde que respeitados os eventuais direitos adquiridos de terceiros (Súmula 473 do STF). A revogação do ato administrativo encontra obstáculo no direito adquirido. O contrato administrativo produz direitos adquiridos, que devem ser respeitados inclusive pela lei nova (CF, art.



5º, inc. XXXVI). Logo, não se admite revogação imotivada do contrato administrativo. (...) A Lei expressamente reconheceu a insuficiência da simples alegação do interesse público na rescisão. Primeiramente, condicionou a rescisão à existência de razões de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento. A adjetivação não pode ser ignorada. A eventual dificuldade em definir, de antemão, o sentido de “alta relevância” não autoriza ignorar a exigência legal. A Administração estará obrigada a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses cuja relevância não é a usual. A “alta” relevância indica uma importância superior aos casos ordinários. Isso envolve danos irreparáveis, tendo em vista a natureza da prestação ou do objeto executado. O risco da lesão ao interesse público afasta a invocação de “conveniência”. Há necessidade de extinguir-se o contrato porque sua manutenção será causa de conseqüências lesivas. Ademais, essa situação deverá ser de amplo conhecimento, o que indica a ausência de dúvida acerca do risco existente. O contratado tem direito de ser ouvido e manifestar-se acerca da questão. Não estará presente o requisito legal se nem o contratado tiver conhecimento da situação e do risco invocado pela Administração.<sup>199</sup>

Nos termos da lei, em caso de rescisão do contrato administrativo sem culpa do Administrado, esse tem direito à devolução da garantia entregue à Administração Pública no momento da celebração, ao pagamento pelo montante do objeto que tenha sido executado até o momento da rescisão, bem como de ser ressarcido do custo pela desmobilização de equipamentos e pessoal, tendo em vista que o encerramento do contrato está ocorrendo antes do término do prazo contratual, que era aquele que havia sido utilizado pelo licitante, no momento da apresentação de sua oferta, para cálculo de amortização de custos dessa natureza.

Por outro lado, caso o administrado dê ensejo à rescisão, a lei prevê severas conseqüências, como se observa da redação do art. 80 da Lei nº 8.666/93:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I — assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II — ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III — execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

<sup>199</sup> *Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativos*. 8.ed., São Paulo: Dialética, SP, 2001.



IV — retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

§ 4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio São Paulo: Atlas, capítulo “Contratos administrativos”.

*Leitura complementar:*

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, capítulo 8;

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2002;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 361 a 384.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Um município do interior do Paraná celebrou com prestadora de serviço de transporte coletivo de passageiros contrato verbal sem a realização de prévio procedimento licitatório e empenho.



Embora o serviço tenha sido prestado, a empresa não recebeu os valores acordados com o Prefeito.

Como razão para o não-pagamento, o Município alega que a Administração Pública encontra-se impedida de realizar contrato verbal, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe:

Art. 60. (...)

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea *a* desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Portanto, o referido contrato seria nulo, aplicando-se a declaração de nulidade retroativamente, nos termos do art. 59, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Ademais, a ausência de licitação feriria o art. 37, XXI, da Constituição Federal e o princípio da finalidade que, conforme já estudado, constitui imanência do princípio da legalidade. Por fim, o contrato não atenderia ao disposto na Lei nº 4.320/64, que exige prévio empenho para a realização de despesa pública (art. 60)<sup>200</sup>, bem como a emissão de nota de empenho indicando credor, importância devida e dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61). A inobservância dessa forma legal geraria igualmente a nulidade do ato (art. 59, § 4º).

Em vista dos fatos acima aduzidos, a empresa de transporte público promoveu ação de cobrança contra o Município, pois os serviços foram prestados, com o arrendamento de três ônibus ao Município durante certo período de tempo. Em prol do seu alegado direito, a empresa invocou o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e o disposto no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual:

Art. 59. (...)

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

À luz das disposições da Lei de Licitações e dos princípios que regem a Administração Pública, é válido o contrato celebrado? Caso seja declarada a sua nulidade, devem ser efetuados os pagamentos à transportadora?

<sup>200</sup> Dispõe o art. 60 da Lei nº 4.320/64: "É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. § 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho. § 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar. § 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento".



## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

Como regra geral, a Administração Pública celebra contratos regidos por um regramento especial que lhe confere prerrogativas significativas para alterá-los unilateralmente, quando necessário, e até mesmo extingui-los por interesse público, assegurando-se ao particular a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e indenização, em caso de extinção por interesse público.



## UNIDADE VI: BENS PÚBLICOS

### *OBJETIVO:*

O objetivo desta unidade reside em analisar as principais características que compõem os bens de titularidade pública.



**AULA 19****I. TEMA**

Bens públicos.

**II. ASSUNTO**

A titularidade dos bens públicos e a sua classificação.

**III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Apresentar o conceito de bens públicos, sua classificação e seu regime jurídico.

**IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**

A definição de bens públicos é encontrada no Código Civil, cujo art. 98 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 partir desse dispositivo legal, José dos Santos Carvalho Filho observa que são bens públicos tanto aqueles pertencentes à União Federal, Estados, Distrito Federal e municípios, como os das autarquias, fundações públicas de direito público e associações públicas.<sup>201</sup> Já os bens pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista são compreendidos como privados, inclusive em decorrência da previsão constitucional de que as atividades dessas entidades regem-se, quanto ao direito civil e comercial, pelas mesmas regras aplicáveis às empresas privadas.<sup>202</sup>

Quanto à destinação, apresenta-se clássica a divisão dos bens públicos quanto a (i) bens de uso comum do povo; (ii) bens de uso especial; e (iii) bens dominicais, expressamente prevista no art. 99 do Código Civil:

<sup>201</sup> *Manual de direito administrativo*, pp. 923 e 924.

<sup>202</sup> Alguma discussão persiste no que concerne aos bens das empresas públicas que realizam serviços públicos em regime de exclusividade, isto é, sem concorrência com a iniciativa privada, conforme será discutido no decorrer desta Unidade.



Art. 99. São bens públicos:

I — os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II — os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III — os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. (...).

Relativamente à classificação tripartite que o referido dispositivo do Código Civil atribuiu aos bens públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>203</sup> assim se manifestou:

O critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (...); os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; (...) Já se nota, por essas características, um ponto comum — a destinação pública — nas duas primeiras modalidades, e que as diferencia da terceira, sem destinação pública.

Caracterizam-se os bens de uso comum do povo e os de uso especial pela sua indisponibilidade e inalienabilidade, que decorre da finalidade não-patrimonial de que se revestem.<sup>204</sup>

Os bens públicos são também indisponíveis enquanto destinados a uma atividade pública; poderão deixar de sê-lo, entretanto, em caso de desafetação.<sup>205</sup> Nesse sentido, dispõe o art. 100 do Código Civil:

Art. 100. 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.

Por fim, os bens dominicais caracterizam-se por serem alienáveis, na forma e nos limites previstos pela legislação, conforme expressa redação do art. 101 do Código Civil:

<sup>203</sup> *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 10ª ed., São Paulo, 1998, pp. 433/4.

<sup>204</sup> *Manual de direito administrativo*, p. 930

<sup>205</sup> Sobre a desafetação de bens públicos, exemplifica José dos Santos Carvalho Filho: “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”. *Manual de direito administrativo*, p. 931.



Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

É por isso que se costuma mencionar que os bens públicos têm por característica a sua alienabilidade condicionada, pois são inalienáveis até que sejam desafetados.

Os bens públicos caracterizam-se igualmente por sua impenhorabilidade. Nesse sentido, cumpre aludir ao regime geral dos precatórios que rege as execuções contra a Fazenda Pública, previsto no art. 100, *caput*, da Constituição Federal (distinto, portanto, das regras comuns do processo civil de execução):

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

A impenhorabilidade dos bens públicos pode ser constatada também nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, que disciplinam o regime de execução de créditos contra a Fazenda Pública.

Outra característica clássica dos bens públicos é a sua imprescritibilidade, atributo que determina não poderem ser adquiridos por usucapião. Nesse sentido, vejam-se arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

(...)

§ 3º — Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.



No mesmo sentido, dispõe o art. 102 do Código Civil:

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Por fim, os bens públicos são não-oneráveis, ou seja, sobre os mesmos não pode recair penhor, hipoteca ou anticrese.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, itens:

- Bens públicos: introdução
- Conceito
- Bens das pessoas administrativas privadas
- Classificação
- Afetação e desafetação
- Regime jurídico
- Espécies de bens públicos: terras devolutas, terrenos de marinha, terrenos acrescidos

*Leitura complementar:*

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 700 a 720.

MARQUES NETO, Floriano. *Bens públicos: função social e exploração econômica — o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 101 a 128.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 339 a 365.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

Conforme visto, as ruas e avenidas constituem bens do domínio público municipal, de uso comum do povo.



Nesse sentido, um município de São Paulo instituiu cobrança, a ser paga pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica, em retribuição pela utilização desses bens para instalação de postes, linhas, torres e subestações de energia elétrica.

Para além da discussão sobre se tal cobrança teria natureza de taxa ou de preço público — pois que, a rigor, não haveria exercício do poder de polícia nem prestação de serviço público no ato de deixar instalar postes nas vias públicas — perquire-se sobre a possibilidade de realização de referida cobrança, tendo em vista que as concessionárias de distribuição de energia elétrica prestam serviço público, por delegação do poder público federal. A seu ver, deveria o município ser remunerado pela disponibilização para uso, pela concessionária, do bem público municipal? Que princípios de direito administrativo você invocaria a favor ou contra referida cobrança? Em sua argumentação, considere a titularidade do bem (vias públicas), a sua destinação e a finalidade para a qual a concessionária necessita utilizá-lo. Considere, ainda, que existe uma interessante questão federativa no caso.

## *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

Do ponto de vista da titularidade, são bens públicos todos aqueles de titularidade das pessoas jurídicas de direito público interno, sendo os demais bens existentes de domínio particular. Todavia, verifica-se que bens formalmente privados, como os das empresas estatais, podem vir a ser regidos por um regime de direito público em decorrência de sua afetação a um serviço público.

Os bens públicos podem ser classificados, conforme a sua destinação, em três espécies: os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais.

**AULA 20***I. TEMA*

Bens públicos

*II. ASSUNTO*

As distintas modalidades de uso privativo dos bens públicos por particulares.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Apresentar as formas de utilização privativa dos bens públicos por particulares, analisando os institutos da autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, concessão real de uso, concessão especial de uso para fins de moradia e enfiteuse.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

A regra geral é que os bens públicos devem ser utilizados para a finalidade a que se destinam. Assim, a rua, bem de uso comum do povo, é utilizada para tráfego de automóveis, a praça para o lazer, etc. Também os bens de uso especial são geralmente utilizados pela pessoa jurídica de direito público para desenvolver a finalidade para a qual se destinam: a escola, à prestação de serviço de educação; o hospital, para cuidados com a saúde da população, e assim por diante.

No entanto, a legislação também admite hipóteses em que particulares podem usufruir privativamente de um bem público, mediante remuneração ou não.

A utilização privativa do bem público pelo particular deve necessariamente ser reduzida a instrumento por escrito e caracteriza-se por ser, em regra, precária, uma vez que o interesse público exige que haja algumas prerrogativas em favor da Administração, como o direito de revogar uma autorização anteriormente concedida. O instituto clássico para a utilização de bem público para objetivos estritamente privados é a autorização de uso de bem público, cujo elemento marcante se apresenta na precariedade, além do seu caráter unilateral e discricionário.

Já a permissão de uso de bem público tem lugar quando a finalidade visada é concomitantemente pública e privada. Também se caracteriza por ser ato unilateral, discricionário e precário (portanto, revogável), sendo a diferenciação para a autorização meramente uma questão quanto à finalidade predominante no ato (se pública ou privada). Exemplo clássico é a permissão para montagem de feira em praça ou rua.<sup>206</sup>

De forma distinta à autorização e à permissão, a concessão de uso de bem público apresenta natureza contratual, também discricionária (no que tange à decisão do poder público em conceder ou não o uso do bem público), porém não mais precária, tendo em vista que geralmente encontra-se associada a projetos que requerem investimentos de maior vulto por parte dos particulares. Sendo contratos administrativos, submetem-se à legislação de licitações e às cláusulas exorbitantes que caracterizam a contratação com o poder público.

Cumpra mencionar, ainda, a concessão real de uso, instituto regulado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967. A diferença básica entre ambas reside na natureza jurídica de direito real, de uma delas, ou meramente pessoal, para a outra. Esse instituto tem finalidades específicas previstas na legislação, sendo utilizado para fins de urbanização, industrialização e edificação.

Existe, ainda, o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, disciplinado pela Medida Provisória nº 2.220/2001. Nos termos do art. 7º dessa norma, trata-se de instituto com natureza de direito real de uso, vinculado (pois o ocupante que satisfizer às condições exigidas pela medida provisória terá direito subjetivo à concessão de uso), destinado à finalidade única e exclusiva de moradia.<sup>207</sup> Deve-se atentar para as diferenças entre essa forma de concessão e a usucapião urbana especial prevista no art. 183 da Constituição Federal, considerando-se a vedação de aquisição da propriedade de bens públicos por meio da usucapião.

Por fim, merece destaque o instituto da enfitese ou aforamento público, destinado à outorga do domínio útil de propriedade pública a particulares. A enfitese é utilizada na disciplina dos terrenos de marinha, e obriga o enfitentea ao pagamento, em favor do poder público, de foro anual e de laudêmio, este último quando da transferência do domínio útil. O enfitentea é titular de um direito real que o autoriza a usar, fruir e, inclusive, alienar o domínio útil, ocasião em que deve ser conferido direito de preferência ao poder público que, dele abdicando, receberá o valor correspondente ao laudêmio.

### *A cessão de uso de bens públicos*

Entre os entes públicos, os bens podem ser objeto de cessão de uso. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

<sup>206</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 952.

<sup>207</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, op. cit., p. 957.



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 da coletividade.<sup>208</sup>

Embora a finalidade clássica do instituto seja a cessão de bem público a pessoa jurídica de direito público, a doutrina admite que possa haver cessão gratuita de bem público a pessoa jurídica de direito privado que desempenhe atividade não lucrativa, e tenha por objeto beneficiar a coletividade.<sup>209</sup>

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### *Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, itens:

- Gestão de bens públicos
- Alienação

### *Leitura complementar:*

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Uso privativo de bem público por particular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, pp. 722 a 731.

MARQUES NETO, Floriano. *Bens públicos: função social e exploração econômica — o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335 a 383.

## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

Os terrenos de marinha constituem bens da União Federal, nos termos do art. 20, VII, da Constituição Federal, de uso comum do povo.

Em determinada praia, a microempresa XYZ Ltda. vinha exercendo atividade econômica, consistente no aluguel da área para prática da atividade de

<sup>208</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 959.

<sup>209</sup> Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 960.





*camping*, conforme autorizada por alvará de funcionamento expedido pelo município em favor da empresa, e pagando os tributos pertinentes.

No entanto, em decorrência de fortes chuvas, a área foi profundamente afetada por uma ressaca, o que fez a Secretaria do Patrimônio da União exigir a imediata desocupação da área pela empresa, em razão da probabilidade de novos alagamentos e outras intempéries da natureza, que poriam em risco a vida dos usuários do local.

A Secretaria alega, ainda, ser precária e de má-fé a ocupação em questão, pois as praias constituem bens de titularidade da União — e não do município — de forma que somente aquela poderia ter expedido autorização para sua utilização. Além disso, destinam-se ao uso comum do povo e não à exploração privada.

Por outro lado, a empresa alega ter a posse mansa e pacífica da área há mais de cinco anos e ter realizado diversas benfeitorias no local, razão pela qual sustenta ter direito à permanência no referido bem, ao menos até que seja devidamente indenizada por tais investimentos. Alega que sua posse é de boa-fé, pois a atividade encontra-se licenciada pela Prefeitura local.

A seu ver, como deve ser decidida a contenda? Deve ser reconhecido à empresa direito à manutenção da posse do imóvel? Por quê? Em sua resposta, considere tanto a titularidade do bem em questão quanto a finalidade a que se destina.

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

O uso de bem público por particular de forma privativa consiste em uma forma de o Poder Público explorar economicamente seus bens. Existem diversos instrumentos para que se formalize o uso do bem público por particular, sendo a diferença primordial entre eles o grau de estabilidade conferido a esse uso e a finalidade da destinação a ser realizada pelo particular.



## UNIDADE VII: INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

### *OBJETIVO:*

Uma vez tendo sido estudados os princípios que regem a atividade administrativa, as funções e os limites do poder de polícia, bem como a disciplina jurídica dos bens públicos, passa-se agora a analisar as formas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada.



## AULAS 21 E 22

*I. TEMA*

Desapropriação

*II. ASSUNTO*

Desapropriação por utilidade pública e por interesse social

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Apresentar as espécies de desapropriação, o rito da desapropriação, as principais distinções entre desapropriação por utilidade pública e por interesse social.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

A propriedade, como todos os direitos, sofre limitações no seu exercício. Nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, essas restrições decorrem do poder de polícia do Estado, o qual:

atinge o direito de propriedade como função de equilíbrio, de harmonia social, em seu sentido mais amplo de proteção das exigências econômicas, sociais, estéticas, vitais de todos os indivíduos que não podem sofrer as conseqüências do uso, mesmo aparentemente legítimo, da propriedade.<sup>210</sup>

As diversas formas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada encontram sua sustentação constitucional especialmente no princípio da função social da propriedade, previsto nos arts. 5º, XXIII e 170, III, da Constituição de 1988 e, ainda, no art. 1128 do Código Civil.

A desapropriação constitui a mais grave forma de intervenção do Estado sobre a propriedade privada, pois implica na perda da propriedade privada de um bem em favor do Estado, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, exceto nos casos de desapropriação-sanção e de expropriação, taxativamente previstos na Constituição.

<sup>210</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 302. Também o autor observa que a legitimidade a que se refere “também varia porque evolui com a época, com os hábitos, com as condições econômicas”. (*ob. cit., loc. cit.*)



Marçal Justen Filho conceitua o instituto da desapropriação como:

Ato estatal unilateral que produz a extinção da propriedade sobre um bem ou direito e a aquisição do domínio sobre a entidade expropriante, mediante indenização justa.<sup>211</sup>

A desapropriação é sempre um ato estatal, ou seja, somente o Estado tem poder de determinar a perda do domínio de um bem particular, o que decorre do seu poder de império e se justifica pela necessidade de atendimento a relevante interesse coletivo, podendo, ainda, constituir sanção pela violação do dever de cumprimento da função social da propriedade.

O requisito da justa indenização diferencia a desapropriação da expropriação ou do confisco, uma vez que nesses últimos não há contraprestação estatal pela perda do bem, pois que consequência da prática de ato ilícito.

Em regra, o pagamento da indenização deve ser prévio e em dinheiro, exceção feita à desapropriação de propriedade urbana que não cumpre sua função social e da desapropriação para fins de reforma agrária, cujo pagamento pode dar-se através de títulos da dívida pública ou da dívida agrária. É nesse sentido que dispõem o art. 182, §4º, III e o art. 184, *caput*, ambos da Constituição Federal:

Art. 182. (...)

§4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I — parcelamento ou edificação compulsórios;

II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

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

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

<sup>211</sup> Curso de direito administrativo, p. 422.



A Constituição Federal prevê uma única hipótese de expropriação sem qualquer indenização referente às glebas utilizadas para plantação de psicotrópicos:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A desapropriação pode ser administrativa ou judicial. Iniciando-se como um procedimento administrativo, caso o ente público e o particular não cheguem a um acordo quanto ao montante indenizatório, será necessário submeter a controvérsia ao Poder Judiciário.

Embora seja mais comumente aplicável aos bens imóveis, são passíveis de desapropriação todos os bens suscetíveis de avaliação econômica, inclusive propriedade intelectual e participações societárias.<sup>212</sup>

#### *Modalidades de desapropriação*

O art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, estabelece as duas modalidades principais de desapropriação, embora existam outras previstas na própria Constituição, como as supracitadas. Dispõe o art. 5º, XXIV:

Art. 5º

...

XXIV. A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

#### *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*

A desapropriação por utilidade pública encontra-se disciplinada no decreto-lei 3365/41, o qual elenca tais casos em seu art. 5º:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;

<sup>212</sup> Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 428.



- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) 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; (redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

A desapropriação deve ser precedida de decreto do Presidente, Governador ou Prefeito<sup>213</sup> declarando o bem como de utilidade pública, devendo-se, ainda, observar quanto ao prazo para a propositura da ação de desapropriação, caso não haja acordo com o particular quanto à indenização, o disposto no art. 10 do decreto-lei nº 3.365/41:

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido 1 um ano poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.

<sup>213</sup> Eventualmente, norma específica pode atribuir expressamente essa competência a pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública indireta. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica, que possui competência para declarar áreas de utilidade pública para fins de desapropriação os bens necessários à prestação de serviço de energia elétrica (cf. art. 4º, XXXV, Anexo I ao Decreto 2355/97).



Parágrafo único. Extingue-se em 5 cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de ato do Poder Público.

### *A desapropriação por interesse social*

A desapropriação por interesse social encontra-se disciplinada na Lei nº 4.132/1962, na Lei nº 8.629/93 e na Lei Complementar nº 76/93. O art. 2º da Lei nº 4.132/62 elenca as hipóteses em que se caracteriza o interesse social para a desapropriação:

“Art. 2º Considera-se de interesse social:

I — o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II — a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III — o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV — a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V — a construção de casa populares;

VI — as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII — a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII — a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.”

Existe ainda a possibilidade privativa da União de desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária as terras improdutivas, nos termos do art. 184 da Constituição da República de 1988. O objeto dessa espécie de desapropriação é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social e, ao contrário das modalidades acima em que a indenização é prévia e em dinheiro, nessa espécie ela se dá mediante 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.



São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e a propriedade produtiva.

Com isso, a desapropriação para fins de reforma agrária se restringe exclusivamente às grandes propriedades (latifúndios) improdutivas. Para o particular evitar que sua propriedade rural seja suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, basta que ele dê a ela função social, que, nos termos do art. 186 da Constituição da República é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I — aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

Outro ponto importante da desapropriação para fins de reforma agrária é que a competência para sua instituição é privativa da União.

A ação de desapropriação por interesse social deve ser proposta no prazo de dois anos a contar da data de publicação do decreto que declara o bem de interesse social, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 76/93 e art. 3º da Lei 4.132/62.

### *Retrocessão*

A retrocessão consiste no direito de o expropriado exigir de volta o bem desapropriado, na hipótese de o poder público não lhe dar a destinação para a qual promoveu a desapropriação, nem qualquer outra finalidade pública.

Em matéria de desapropriação, a destinação do bem expropriado para fim diverso do originário tem como nome tredestinação. Esta pode ser dividida em tredestinação lícita e tredestinação ilícita.

A tredestinação lícita é aquela pela qual o Poder Público confere ao bem expropriado outra destinação pública que não aquela prevista originariamente no decreto expropriatório, mantendo, assim, a afetação do bem a uma





finalidade pública. Nessas hipóteses, a despeito da mudança de destinação do bem, o expropriado nada pode requerer contra o Poder Público.

Por outro lado, se ao bem desapropriado for dada destinação avessa ao interesse público, nascerá para o expropriado o direito de retrocessão.

### *Desapropriação indireta*

Um tema relevante atinente à desapropriação reside nas desapropriações indiretas, situações nas quais o poder público, sem respeitar o devido processo de desapropriação já acima explanado, apossa-se de bem particular, ou impõe-lhe tantas condicionantes que termina retirando o seu conteúdo econômico e, conseqüentemente, o interesse do administrado em permanecer na titularidade do bem. Conforme explana Marçal Justen Filho:

A desapropriação indireta consiste no aposseamento fático pelo Poder Público, sem autorização legal nem judicial, de bens privados. Trata-se, em última análise, de prática inconstitucional, cuja solução haveria de ser a restituição do bem ao particular, acompanhada de indenização por perdas e danos, e a punição draconiana para os responsáveis pela ilicitude.<sup>214</sup>

Entretanto, na prática, na maior parte das vezes a jurisprudência termina reconhecendo ter havido desapropriação indireta, mas, ainda assim, à luz do já tão discutido princípio da supremacia do interesse público, não restitui o bem ao administrado, ao qual é então conferido direito à indenização por perdas e danos.

Assim, a desapropriação indireta é o fenômeno pelo qual o Poder Público adquire a propriedade privada sem cumprir os requisitos constitucionais essenciais à desapropriação, quais sejam, a declaração de utilidade pública e a prévia e justa indenização em dinheiro.

Por essa razão, a desapropriação indireta constitui ato ilícito do Poder Público. Logo, se a desapropriação caracterizar ato ilícito do ente estatal, poderá o particular lesado pleitear indenização pelos danos sofridos. Possui a indenização um caráter de restituição dos prejuízos originados pela conduta lesiva estatal.

Sobre o tema, frise-se que é possível identificar duas formas caracterizadoras da desapropriação indireta. Dessa maneira, divide Alexandre dos Santos de Aragão, em sua doutrina, o referido instituto da seguinte maneira:

“Há duas espécies de desapropriação indireta: o esbulho possessório do bem por parte do Estado seguido da sua afetação a serviços públicos

<sup>214</sup> Curso de direito administrativo, p. 444.



(ex.: o Estado simplesmente ocupa um terreno particular e lá constrói uma escola pública — desapropriação indireta — esbulho); e a decorrente de condicionamentos legais ou administrativos à propriedade (ex.: lei ou regulamento que proíba o desmatamento de cem por cento em uma área pertencente a particulares — desapropriação indireta regulatória)<sup>215</sup>.

A Medida Provisória nº 2.183-56 de 2001 estabeleceu o prazo de 5 anos para ingresso de ação de indenização por desapropriação indireta pelo particular lesado por conduta da Administração Pública.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, capítulo intitulado “Desapropriação”.

*Leitura complementar:*

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, páginas 422-446.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, pp. 139 a 173.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso Gerador 1:*

O Sr. José da Silva encontra-se inconformado porque teve um imóvel do qual é proprietário declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação, pelo Prefeito da cidade em que reside. Procura, então, seus conselhos advocatícios, narrando-lhe a seguinte história.

Há alguns anos havia celebrado contrato de locação com a Loja Maçônica da Fraternidade Castelense. Findo o prazo de vigência da locação, requereu a desocupação do imóvel, pretensão essa que foi resistida pelo antigo locatário, obrigando-o a ingressar com uma ação de despejo.

<sup>215</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, página 263.



Ainda tramitava a ação quando sobreveio a publicação do decreto declarando o imóvel de utilidade pública, para fins de desapropriação, com o objetivo de “construção de imóveis”, com fulcro no art. 5º, “m”, do decreto-lei 3365/41. Curiosamente, o Prefeito é membro da Loja Maçônica da Fraternidade Castelense.

A seu ver, o decreto exarado pelo Prefeito encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico? Na qualidade de advogado do Sr. José, o que você lhe aconselharia?

Por outro lado, caso você fosse Procurador do Município, o que alegaria em eventual ação judicial na qual o Sr. José desejasse discutir a juridicidade do decreto municipal?

#### *Caso Gerador 2:*

O Estado do Paraná editou Decreto que vetou o corte, a exploração e a supressão da vegetação primária ou nos estágios avançado e médio da Mata Atlântica. Tal Decreto foi expedido com o fim de assegurar a preservação ambiental, emprestando concretude à promessa constitucional do direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225, caput) e de defesa da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e a da Zona Costeira, todas consideradas patrimônio nacional (art. 225, § 4º).

O indivíduo A, proprietário de bem localizado na área abrangida pela proteção do decreto, tomou ciência da publicação deste Decreto e lhe procura indagando qual medida pode ser proposta, tendo em vista que, segundo ele, a vedação estabelecida pelo Decreto inviabilizava o aproveitamento econômico de sua propriedade.

Qual o seu parecer sobre o caso?

### **VII. CONCLUSÃO DA AULA**

A desapropriação é o típico ato de intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada, através do qual o Poder Público despoja o particular da propriedade de seu bem, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, em razão de uma utilidade pública ou interesse social, conforme casos previstos em lei.



## AULA 23

*I. TEMA*

Servidão administrativa.

*II. ASSUNTO*

Servidão administrativa.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

A finalidade desta aula consiste em apresentar o instituto da servidão administrativa, cuja importância se apresenta inegável no contexto das formas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada. Cumpre mencionar que, com o processo de desestatização experimentado ao longo da década de 90, o instituto da servidão administrativa foi revigorado, discutindo-se, na atualidade, a oportunidade de sua utilização para regular temas complexos do direito administrativo, tais como acesso a redes e compartilhamentos de infraestrutura.<sup>216</sup>

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO*

A servidão administrativa constitui um instituto próprio ao direito público, dotado de autonomia, e não mais apenas um instituto de direito civil aplicado em sede de direito público com algumas derrogações. Sua principal previsão legal encontra-se no art. 40 do decreto-lei 3.365/41.

Segundo Rafael Bielsa, a diferença das servidões administrativas comparativamente à generalidade das limitações administrativas impostas pelo Estado sobre a propriedade privada reside em que, nas servidões, ocorre um desdobramento do direito de propriedade, ao passo que, nas limitações, ocorrem meras restrições, fundadas no poder de polícia do Estado e cuja justificativa reside nos princípios da solidariedade de interesses e no conceito de função social da propriedade.<sup>217</sup>

No caso das limitações administrativas, está-se diante de direitos e obrigações de natureza pessoal que, a princípio, pelo seu caráter de abstração, generalidade e amplitude, não são indenizáveis. Assim, o elemento a distinguir as

<sup>216</sup> Para um estudo sobre as vantagens e desvantagens da utilização do instituto da servidão administrativa para regular questões jurídicas atinentes ao compartilhamento de infraestrutura, veja-se ARAGÃO, Alexandre Santos de; STRINGHINI, Adriano Cândido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>217</sup> BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: El Ateneo, 1947, tomo III, pp. 405 e 406.

servidões das meras limitações administrativas consiste em que as primeiras afetam o atributo da *exclusividade* da propriedade, uma vez que impõem ao proprietário um desmembramento do seu direito.

É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello destaca como característica central das servidões administrativas o dever de suportar ou “*pati*”, ausente nas meras limitações administrativas, que decorrem do poder de polícia da Administração. Assim, segundo o autor, enquanto as limitações conformam o direito de propriedade, nas servidões administrativas o “bem é colocado sob parcial senhoria da coletividade”, ou seja, “na servidão, o bem é contemplado como já sendo portador de uma utilidade que o Poder Público deseja captar em proveito da coletividade”. Ainda segundo o autor, distinguem-se as servidões administrativas das meras limitações pelo fato de que, nas primeiras, ou o gravame deriva de um ato específico ou a utilidade oferecida por um bem gravado fica em condição de ser singularmente fruível pela coletividade.<sup>218</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro conceitua a servidão administrativa como:

direito real, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade de alheia, com base em lei, por entidade pública, ou por seus delegados, em favor de coisa afetada a fins de utilidade pública.<sup>219</sup>

De acordo com o conceito acima exposto, as principais características da servidão administrativa traduzem-se em ser um (i) direito real; (ii) público; (iii) incidente sobre imóvel de terceiros (havendo doutrina que defende poder incidir sobre serviços<sup>220</sup>); (iv) imposto em razão de lei; (v) por entidade pública ou seus delegados; (vi) para que se cumpra uma finalidade de interesse público.

Um dos elementos essenciais à caracterização de uma servidão como sendo de natureza administrativa reside na finalidade para a qual é instituída. De fato, não existe óbice a que a Administração Pública contrate uma servidão de natureza civil, como, por exemplo, se por razões de comodidade um ente público pretender instituir sobre prédio contíguo uma servidão de passagem. Nesse caso, estar-se-á diante de uma servidão civil, apenas de titularidade de pessoa jurídica de direito público, pois, para que haja servidão administrativa faz-se necessário que a coisa serviente seja afetada a fins de utilidade pública, conforme se depreende da doutrina de Marcelo Caetano:

As servidões administrativas são de utilidade pública. As servidões civis aumentam o valor econômico do prédio dominante. As servidões administrativas tendem, unicamente, a facilitar a produção da utilidade pública dos bens do domínio que, estando fora do comércio privado, não têm valor venal, ou de coisas particulares afetadas a um fim público

<sup>218</sup> Nas exatas palavras do autor: “Nas servidões administrativas o Poder Público coloca determinado bem em uma especial sujeição ao interesse público, o que não ocorre com as limitações administrativas à propriedade privada, próprias do Poder de Polícia, nas quais, pela simples delimitação do âmbito de exercício do direito de propriedade obtém uma genérica e indiscriminada utilidade social; isto é, não se trata de gravame instituído de modo especial sobre certos bens onerados com uma peculiar sujeição ao interesse público. Enquanto através do poder de polícia – nas chamadas limitações administrativas – o dano social é evitado (ou reversamente, o interesse coletivo é obtido) pelo simples ajustamento do exercício da propriedade ao bem comum, nas servidões administrativas o bem particular é colocado sob parcial senhoria da coletividade.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre o poder de polícia*. In Revista de Direito Público, nº 09, p. 59.

<sup>219</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Servidão administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 56.

<sup>220</sup> Contrariamente ao direito civil, na servidão administrativa a coisa dominante não necessita ser um prédio, sendo, em certas ocasiões, um serviço público. De fato, para Ruy Cirne Lima, a coisa dominante na servidão administrativa é “o serviço público, ou seja, a organização de pessoas e bens constituída para executá-la”, sendo que “a noção de serviço público não implica necessariamente a da propriedade de um imóvel, no qual a organização assente o seu funcionamento, e em favor do qual a servidão administrativa se constitui”. O professor cita como exemplo a servidão administrativa de apoio de fios condutores de eletricidade, na qual a “*res dominans*” seria o serviço público de subministração de energia elétrica. LIMA, Ruy Cirne. *Das servidões administrativas*. In Revista de Direito Público, nº 5, jul/set 1968, p. 26.



de grande interesse social e que porventura por virtude dessa afetação ficam com o seu valor econômico diminuído.<sup>221</sup>

A instituição de uma servidão administrativa é indenizável, dependendo referida reparação, todavia, da comprovação da ocorrência de dano ao cidadão. Essa característica auxilia na diferenciação entre esse instituto e a desapropriação: nessa, indeniza-se a perda do domínio; naquela, indenizam-se somente os prejuízos sofridos pelas delimitações impostas no exercício de alguns dos atributos inerentes à propriedade<sup>222</sup> e, assim mesmo, somente na medida em que forem comprovados, tendo-se em vista que a propriedade permanece de titularidade privada, donde o poder público somente ter de ressarcir os efetivos danos dela decorrentes.<sup>223</sup>

A servidão administrativa, em regra, é permanente. Entretanto, pode vir a ser extinta em caso de desaparecimento da coisa gravada, incorporação do bem gravado ao patrimônio público ou desinteresse da Administração Pública na sua utilização.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

### Leitura obrigatória:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, item:  
• servidão administrativa

### Leitura complementar:

LIMA, Ruy Cirne. Das servidões administrativas. *Revista de Direito Público*, nº 5, jul/set 1968;  
SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Breves considerações acerca das servidões administrativas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; STRINGHINI, Adriano Cândido; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Servidão administrativa e compartilhamento de infra-estruturas: regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2005;  
ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Servidão administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

<sup>221</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, tomo II, p. 975.

<sup>222</sup> Esse entendimento encontra respaldo, inclusive, em acórdão do Supremo Tribunal Federal anterior à Constituição de 1988, no qual o Tribunal decidiu nos seguintes termos: "Servidão para passagem de linha de transmissão de eletricidade. Devem ser indenizados os prejuízos sofridos pelos proprietários, causados pelo uso público e pelas restrições estabelecidas ao uso da propriedade, não porém o domínio, que continua com os proprietários." Recurso Extraordinário no. 97.199-MA, j. em 09.11.1962, v.u.

<sup>223</sup> Essa concepção acarreta a crítica de Hely Lopes Meirelles quanto à jurisprudência tentar definir aprioristicamente o valor da indenização, como, por exemplo, fixando-a com base em uma porcentagem do valor do imóvel. "A indenização da servidão faz-se em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente, como querem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação". *Direito administrativo brasileiro*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 564.



## VI. AVALIAÇÃO

### *Caso gerador:*

O Sr. Manoel da Silva, após três anos de viagem a Portugal, retornou ao Brasil e, ao chegar em sua fazenda, foi surpreendido pelo fato de que uma concessionária de transmissão de energia elétrica havia instalado em suas terras duas torres e alguns cabos de alta tensão, de modo que, agora, cruzava a sua fazenda uma linha de transmissão de energia elétrica.

Indignado, o Sr. Manoel procurou a concessionária que havia instalado as torres, requerendo a sua imediata retirada. Em resposta, foi informado de que não havia qualquer irregularidade no ato da concessionária, pois as torres eram necessárias à prestação de um serviço público — a transmissão de energia elétrica —, que lhe havia sido delegado pela União Federal.

O Sr. Manoel, no entanto, não se conforma com a explicação da concessionária porque, a permanecer a linha de transmissão cortando sua fazenda, ele perderá uma relevante área de plantio.

À vista da situação narrada, o Sr. Manoel procura seus conselhos advocatícios, pois deseja ingressar com uma medida judicial a fim de que seja determinada a imediata retirada das torres de transmissão de sua propriedade.

Informe ao S. Manoel ele teria qualquer direito em face da concessionária de serviço público e, ainda, se é provável que sua demanda venha a ser julgada procedente.

## VII. CONCLUSÃO DA AULA

A servidão administrativa é uma forma de intervenção do Estado na propriedade particular com vistas ao atendimento a uma finalidade pública. Trata-se de um direito real, de natureza pública, que restringe o exercício dos direitos de propriedade privada em prol de uma finalidade ou serviço públicos. O particular titular do bem deverá ser indenizado se houver prova do prejuízo.



## AULA 24

*I. TEMA*

Tombamento, requisição e ocupação temporária.

*II. ASSUNTO*

Tombamento, requisição e ocupação temporária.

*III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

Discutir os institutos do tombamento, requisição e ocupação temporária.

*IV. DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO**Requisição*

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, a requisição consiste na:

Modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente.<sup>224</sup>

Existem dois tipos principais de requisição, a civil e a militar. Nas requisições há de estar sempre presente o elemento do “perigo público iminente”, conforme exigência específica do art. 5º, XXV, da Constituição Federal:

Art. 5º

...

XXV — No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar a propriedade particular, assegurada ao proprietário direito de indenização ulterior, se houver dano.

<sup>224</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 640.





O art. 22, III, da Constituição Federal, por sua vez, prevê competir privativamente à União legislar sobre “requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra”.

Sendo instituto a incidir em momentos de iminente perigo público ou risco de guerra, justifica-se que a decisão de requisitar um bem seja de competência da Administração Pública, bem como que a indenização ocorra posteriormente ao ato.

Podem ser objeto de requisição tanto bens móveis como imóveis, e mesmo prestação de serviços, desde que exista uma situação de eminente perigo público a justificar o ato de requisição.

### *Ocupação temporária*

A ocupação temporária constitui instituto aplicável eminentemente aos bens imóveis, uma vez que seu objetivo consiste em “permitir que o poder público deixe alocados, em algum terreno desocupado, máquinas, equipamentos, barracões de operários, por pequeno espaço de tempo”.<sup>225</sup>

José dos Santos Carvalho Filho chama a atenção para o fato de que, às vezes, a terminologia pode ser utilizada na legislação de maneira equívoca, para fazer alusão a situações que, em verdade, caracterizam hipótese de requisição.<sup>226</sup> Esse seria o caso do art. 136, §1º, II, da Constituição, o qual, ao regular o estado de defesa, prevê que o decreto que o instituir determinará, dentre as medidas coercitivas a vigorarem:

II — ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Em que pese o uso da expressão “ocupação e uso temporário”, tem-se na calamidade uma situação de iminente perigo público, razão pela qual essa hipótese sugere a utilização do instituto da requisição que, ademais, por também poder ser utilizado para bens móveis e serviços, melhor se enquadra na situação regulada pelo art. 136 da Constituição.

### *Tombamento*

Tombamento é a declaração, pelo poder público, do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de determinado bem, que deve ser preservado de acordo com a inscrição no livro próprio. Trata-se de ato, em princípio, gratuito, mas o direito do proprietário prejudicado à inde-

<sup>225</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 643.

<sup>226</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 643.



nização é inegável sempre que ocorra redução do valor do bem tombado.<sup>227</sup> Encontra disciplina constitucional no art. 216, §1º, da Constituição Federal e, na legislação federal, no decreto-lei 25/37.

## V. RECURSOS/MATERIAIS UTILIZADOS

*Leitura obrigatória:*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*.

São Paulo: Atlas, itens:

- Requisição
- Ocupação temporária
- Limitações administrativas
- Tombamento

*Leitura complementar:*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Tombamento e dever de indenizar”. *Revista de direito público*, nº 81, p. 65 a 73;

MEIRELLES, Hely Lopes. “Tombamento e indenização”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jul/set 1985, v. 161, pp. 1 a 6.

REALE, Miguel. “Tombamento de bens culturais”. *Revista de direito público*, v. 86, pp. 62 a 66;

TÁCITO, Caio. “Tombamento. Concessão real de uso”. In *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 2.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, pp. 130 a 140.

## VI. AVALIAÇÃO

*Caso gerador:*

O Estado do Rio de Janeiro impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito de Niterói, que determinara o tombamento provisório do Conjunto Arquitetônico do Palácio São Domingos, de propriedade do Estado.

O Estado reclama a aplicação, ao caso, do princípio constante do art. 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/41 (que dispõe sobre desapropriações), sustentando ser incabível o “tombamento inverso”, ou seja, um município não

<sup>227</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. “Tombamento e indenização”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 161, p. 1 e ss.



poderia tomar um bem pertencente a Estado da Federação. Além disso, o imóvel já teria sido tombado pelo próprio Estado, o que tornaria o ato do Município desnecessário e inócuo. À luz das competências constitucionais sobre a preservação do patrimônio histórico, deve ser concedida a segurança pleiteada pelo Estado do Rio de Janeiro?

### *VII. CONCLUSÃO DA AULA*

Além da desapropriação e da servidão administrativa, são também instrumentos que autorizam a intervenção do Estado sobre a propriedade privada a requisição, a ocupação temporária e o tombamento. Nas três hipóteses poderá haver indenização se restar comprovado que o particular sofreu um dano anormal em sua propriedade, em razão da intervenção realizada pelo poder público em prol de um interesse coletivo.

**PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO**

Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE/FGV Direito Rio, doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e advogada.

**SÉRGIO GUERRA**

Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - RJ, na qual ocupa o cargo de Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação (lato e stricto sensu). É Editor da Revista de Direito Administrativo - RDA. Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Coordenador do Curso International Business Law (2012 e 2013) da University of California (Irvine). Possui pós-graduação, em nível de especialização, em Direito Ambiental, Direito Processual Civil e Direito Empresarial e Cursos de Educação Continuada na Northwestern University Law School e University of California, Irvine. Foi Diretor Jurídico de empresas de grande porte e tem experiência de 26 anos na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, Regulatório e Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: agências reguladoras, regulação de serviços públicos e atividades econômicas, controle da administração pública. Autor de inúmeros livros e artigos jurídicos. Consultor Parecerista.



## FICHA TÉCNICA

### **Fundação Getúlio Vargas**

**Carlos Ivan Simonsen Leal**  
**PRESIDENTE**

### **FGV DIREITO RIO**

**Joaquim Falcão**  
**DIRETOR**

**Sérgio Guerra**  
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

**Rodrigo Vianna**  
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

**Thiago Bottino do Amaral**  
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

**André Pacheco Teixeira Mendes**  
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

**Cristina Nacif Alves**  
COORDENADORA DE ENSINO

**Marília Araújo**  
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO