

## **Introdução**

Trata-se de uma compilação com a finalidade de facilitar o estudo da matéria, extraída do livro DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, de Hely Lopes Meirelles, atualizada em sua 18ª edição por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

Este resumo serve para os estudantes em geral, tanto aqueles que são acadêmicos quanto aqueles que estão à procura de conhecimentos suficientes para a aprovação em concursos.

## **1. Administração Pública**

O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário; sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção; sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana; na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 14, I). Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público, pois a teoria da dupla personalidade do Estado acha-se definitivamente superada.

O Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo soberano. Povo é o componente humano do Estado; Território, a sua base física; Governo soberano, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo. Não há nem pode haver Estado independente sem Soberania, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontestável de organizar-se e de conduzir-se segundo a vontade livre de seu Povo e de fazer cumprir as suas decisões inclusive pela força, se necessário. A vontade estatal apresenta-se e se manifesta através dos denominados Poderes de Estado.

Os Poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada nos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, art. 2º).

A organização do Estado é matéria constitucional no que concerne à divisão política do território nacional, a estruturação dos Poderes, à forma de Governo, ao modo de investidura dos governantes, aos direitos e garantias dos governados. Após as disposições constitucionais que moldam a organização política do Estado soberano, surgem, através da legislação complementar e ordinária, e organização administrativa das entidades estatais, de suas autarquias e entidades paraestatais instituídas para a execução desconcentrada e descentralizada de serviços públicos e outras atividades de interesse coletivo, objeto do Direito Administrativo e das modernas técnicas de administração.

No Estado Federal, que é o que nos interessa, a organização política era dual, abrangendo unicamente a União (detentora da Soberania) e os Estados-membros ou Províncias (com autonomia política, além da administrativa e financeira). Agora, a nossa Federação compreende a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, que também são entidades estatais, com autonomia política reconhecida pela Constituição da República (art. 18), embora em menor grau que a dos Estados-membros (art. 25).

Na nossa Federação, portanto, as entidades estatais, ou seja, entidades com autonomia política (além da administrativa e financeira), são unicamente a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. As demais pessoas jurídicas instituídas ou autorizadas a se constituírem por lei ou são autarquias, ou são fundações, ou são entidades paraestatais. Esse conjunto de entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais constitui a Administração Pública em sentido instrumental amplo, ou seja, a Administração centralizada e a descentralizada, atualmente denominada direta e indireta.

Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três Poderes que compõem o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a organização da Administração, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos (pessoas físicas). Essa organização faz-se normalmente por lei, e excepcionalmente por decreto e normas inferiores, quando não exige a criação de cargos nem aumenta a despesa pública.

O Direito Administrativo impõe as regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal; as técnicas de administração indicam os instrumentos e a conduta mais adequada ao pleno desempenho das atribuições da Administração.

Impõe-se, pois, estabelecermos o confronto entre Governo e Administração e, a seguir, examinarmos seus órgãos e agentes para, após, estudarmos a atividade administrativa em toda a sua extensão e efeitos.

Governo e Administração são termos que andam juntos e muitas vezes confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam.

Governo, em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o Governo ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania. A constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. O Governo atua mediante atos de Soberania ou, pelos menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos.

O Governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções).

Entidade é pessoa jurídica, pública ou privada; órgão é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes. Na organização política e administrativa brasileira as entidades classificam-se em estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Entidades estatais são pessoas jurídicas de Direito Público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, tais como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. A União é soberana; as demais

entidades estatais tem apenas autonomia política, administrativa e financeira, mas não dispõem de soberania, que é privativa da Nação e própria da Federação.

Entidades autárquicas são pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes.

Entidades fundacionais são, pela nova orientação da Constituição da República de 1988, pessoas jurídicas de Direito Público, assemelhadas às autarquias, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal. São criadas por lei específica com as atribuições que lhes forem conferidas no ato de sua instituição.

Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. São espécies de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros). As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando vinculadas (não subordinadas) a determinado órgão da entidade estatal a que pertencem, o qual supervisiona e controla seu desempenho estatutário, sem interferir diretamente na sua administração.

Órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isto explica por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares não acarreta a extinção do órgão.

Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas).

Embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos jurídicos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. E, a despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por mandado de segurança.

Quando o agente ultrapassa a competência do órgão surge a sua responsabilidade pessoal perante a entidade, como também, quando esta desconsidera direitos do titular do órgão, pode ser compelida judicialmente a respeitá-los. Há, pois, que distinguir a atuação funcional do agente, sempre imputável à Administração, da atuação pessoal do agente além da sua competência funcional ou contra a Administração na defesa de direitos individuais de servidor público: aquela deflui de relações orgânicas; esta resulta de relações de serviço.

Vejamos a Classificação dos órgãos públicos. Como as atividades governamentais e administrativas são múltiplas e variadas, os órgãos que irão realizá-las se

apresentam diferenciados na escala estatal, multiformes na sua estrutura e diversificados nas suas atribuições e funcionamento, procurando adaptar-se às especializadas funções que lhes são atribuídas. Dai a presença de órgãos legislativos, executivos e judiciários; de órgãos de direção, deliberação, planejamento, assessoramento e execução; de órgãos superiores e inferiores; de órgãos centrais, regionais e locais; de órgãos administrativos, jurídicos e técnicos; de órgãos normativos e fiscalizadores; de órgão simples e compostos; de órgãos singulares e colegiados, e tantos outros.

Muitas classificações tem sido elaboradas para os órgãos públicos, na sua maioria sem interesse prático, pelo que nos permitimos omiti-las, para grupá-los apenas quanto à sua posição estatal, estrutura e atuação funcional, porque essas divisões revelam as características próprias de cada categoria e facilitam a compreensão de seu funcionamento, suas prerrogativas e seu relacionamento interno e externo.

Quanto à posição estatal, ou seja, relativamente à posição ocupada pelos órgãos na escala governamental ou administrativa, eles se classificam em: independentes, autônomos, superiores e subalternos.

Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário - colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado.

Nessa categoria encontram-se as Corporações Legislativas (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores), as Chefias de Executivo (Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais), os Tribunais juizes e os juizes singulares (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados-membros, Tribunais do Júri e Varas das Justiças Comum e Especial). De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público federal e estadual e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições.

Órgãos autônomos são os localizados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e diretamente subordinados a seus chefes. Têm ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos, com funções principais de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atividades que constituem sua área de competência. Participam das decisões governamentais e executam com autonomia as suas funções específicas, mas segundo diretrizes dos órgãos independentes, que expressam as opções políticas do Governo.

São órgãos autônomos os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, a Consultoria-Geral da República e todos os demais órgãos subordinados diretamente aos Chefes de Poderes, aos quais prestam assistência e auxílio imediatos. Seus dirigentes, em regra, não são funcionários, mas sim agentes políticos nomeados em comissão.

Órgãos superiores são os que detêm poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. Não gozam de autonomia administrativa nem financeira, que são atributos dos órgãos independentes e dos autônomos a que pertencem. Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas, dentro da sua área de competência, com responsabilidade pela execução, geralmente a cargo de seus órgãos subalternos.

Nessa categoria estão as primeiras repartições dos órgãos independentes e dos autônomos, com variadas denominações, tais como Gabinetes, Secretarias-Gerais, Inspetorias-Gerais, Procuradorias Administrativas e judiciais, Coordenadorias, Departamentos e Divisões. O nome dado ao órgão é irrelevante; o que importa para caracterizá-lo superior é a preeminência hierárquica na área de suas atribuições. Assim, num Ministério ou numa Secretaria de Estado poderão existir tantos órgãos superiores quantas forem as áreas em que o órgão autônomo se repartir para o melhor desempenho de suas atribuições.

Órgãos subalternos são todos aqueles que se acham hierarquizados a órgãos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução. Destinam-se à realização de serviços de rotina, tarefas de formalização de atos administrativos, cumprimento de decisões superiores e primeiras soluções em casos individuais, tais como os que, nas repartições públicas, executam as atividades-meios e atendem ao público, prestando-lhe informações e encaminhando seus requerimentos, como são as portarias e seções de expediente.

Quanto à estrutura, os órgãos podem ser simples ou compostos.

Órgãos simples ou unitários são os constituídos por um só centro de competência.

O que tipifica o órgão como simples ou unitário é a inexistência de outro órgão incrustado na sua estrutura, para realizar desconcentradamente sua função principal ou para auxiliar seu desempenho.

Órgãos Compostos são os que reúnem na sua estrutura outros órgãos menores, com função principal idêntica (atividade-fim realizada de maneira desconcentrada) ou com funções auxiliares diversificadas (atividades-meios atribuídas a vários órgãos menores). Assim, uma Secretaria de Educação - órgão composto - tem na sua estrutura muitas unidades escolares - órgãos menores com atividade-fim idêntica - e órgãos de pessoal, de material, de transporte etc. - órgãos menores com atividades-meios diversificadas que auxiliam a realização do ensino, mas todos eles integrados e hierarquizados ao órgão maior.

No órgão composto, o maior e de mais alta hierarquia envolve os menores e inferiores, formando com eles um sistema orgânico, onde as funções são desconcentradas (e não descentralizadas), isto é, distribuídas a vários centros de competência, que passam a realizá-las com mais presteza e especialização, mas sempre sob a supervisão do órgão mais alto e fiscalização das chefias imediatas, que têm o poder de avocação e de revisão dos atos das unidades menores, salvo nos órgãos independentes.

Quanto à atuação funcional, os órgãos podem ser singulares ou colegiados.

Órgãos singulares ou unipessoais são os que atuam e decidem através de um único agente, que é seu chefe e representante. Esses podem ter muitos outros agentes auxiliares, como normalmente os têm, mas o que caracteriza sua singularidade ou unipessoalidade é o desempenho de sua função precípua por um só agente investido como seu titular. São exemplos desses órgãos a Presidência da República, as Governadorias dos Estados, as Prefeituras Municipais, que concentram as funções executivas das respectivas entidades estatais, enfeixam-nas num só cargo de chefia suprema e atribuem seu exercício a um único titular.

Órgãos colegiados ou pluripessoais são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus membros. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu Chefe ou Presidente, nem a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária.

A atuação desses órgãos tem procedimento próprio, que se desenvolve nesta ordem: convocação, sessão, verificação de quorum e de impedimentos, discussão, votação e proclamação do resultado. Com a proclamação do resultado torna-se inalterável a deliberação colegial, só admitindo modificação ou correção através de novo pronunciamento do órgão, se cabível, por via recursal ou de ofício.

Apreciados os órgãos públicos como centros de competência, aptos à realização das funções do Estado, vejamos, agora, as pessoas físicas que atuam como seus agentes, com parcelas de seu poder.

Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, como podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções.

Os cargos são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão as suas funções na forma legal. O cargo é lotado no órgão e o agente é investido no cargo. Por aí se vê que o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. Órgão, função e cargo são criações abstratas da lei; agente é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.

As funções são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes. O órgão normalmente recebe a função in genere e a repassa aos seus cargos in specie, ou a transfere diretamente a agentes sem cargo, com a necessária parcela de poder público para o seu exercício. Toda função é atribuída e delimitada por norma legal. Essa atribuição e delimitação funcional configuram a competência do órgão, do cargo e do agente, ou seja, a natureza da função e o limite de poder para o seu desempenho. Dai por que, quando o agente ultrapassa esse limite, atua com abuso ou excesso de poder.

Portanto, na estrutura e organização do Estado e da Administração distinguem-se nitidamente poder, órgão, função, competência, cargo e agente.

Os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, repartem-se inicialmente em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo.

Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Os agentes políticos são as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição.

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público.

Agentes administrativos são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação e, excepcionalmente, por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de entidades paraestatais (não os seus empregados), como representantes da Administração indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade.

Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político.

Agentes honoríficos são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente sem remuneração. Tais serviços constituem o chamado *múnus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza.

Os agentes honoríficos não são funcionários públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um *pro labore* e contar o período de trabalho como de serviço público.

Agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria a parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.

Embora nossa legislação seja omissa a respeito, esses agentes, quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la e lesam direitos alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano (CF, art. 37, § 6º), e por crime funcional, se for o caso (CP, art. 327), pois não é justo e jurídico que a só transferência da

execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente.

Agentes credenciados são os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante.

Falemos sobre a investidura dos agentes públicos. Todo agente público vincula-se ao Estado por meio de ato ou procedimento legal a que se denomina investidura, variável na forma e nos efeitos, segundo a natureza do cargo, do emprego, da função ou do mandato que se atribui ao investido.

A investidura pode ser administrativa ou política; originária ou derivada; vitalícia, efetiva ou em comissão, e outras formas temporárias.

Investidura administrativa: é toda aquela que vincula o agente a cargo, função ou mandato administrativo, atendidos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelecer. Destina-se, em geral, a composição dos quadros do serviço público, em sentido amplo, abrangendo o pessoal dos três Poderes e dos serviços autárquicos. A forma usual dessa investidura é a nomeação, por decreto ou portaria, mas admite, também, a admissão, a designação, a contratação e a eleição administrativa, nos termos regulamentares, regimentais ou estatutários.

A investidura política realiza-se, em regra, por eleição direta ou indireta, mediante sufrágio universal, ou restrito a determinados eleitores, na forma da Constituição da República (arts. 2º e 14), para mandatos nas Corporações Legislativas (Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais) ou nas Chefias dos Executivos (Presidente da República, Governadores de Estados-membros, Governadores do Distrito Federal e Prefeitos Municipais). O fundamento dessa investidura é a condição cívica do cidadão, razão pela qual não se exigem do candidato requisitos profissionais, mas apenas a plenitude de seus direitos políticos, nos termos da legislação eleitoral. Considera-se, também, investidura política a dos altos cargos do Governo, como os de Ministros e Secretários de Estados, Ministros dos Tribunais Superiores, Procurador-geral da República e Governadores de Territórios, com a diferença de que os eleitos exercem mandato por tempo certo, só cassável, em princípio, pelo Plenário da respectiva corporação, e os nomeados, cargo em comissão (de confiança), sendo, por isso mesmo, exoneráveis ad nutum, a qualquer tempo.

É de se distinguir, todavia, a eleição política da eleição administrativa, visto que aquela é feita diretamente pelo povo, ou indiretamente, por seus representantes, para uma investidura cívica, e esta é realizada internamente pelos próprios pares do eleito, no seio do colegiado, ou por votantes (não eleitores) da categoria profissional a que pertence o candidato ao mandato.

Vamos fazer a distinção entre investidura originária e derivada. Investidura originária é a que vincula inicialmente o agente ao Estado, tal como a primeira nomeação para cargo público a que se refere a Constituição (art. 37, II); investidura derivada é aquela que se baseia em anterior vinculação do agente com a Administração, como a promoção, a transferência, a remoção, a reintegração etc. Para o funcionalismo em geral, a investidura originária depende de concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo as dispensas indicadas em lei; a investidura derivada normalmente se faz por seleção interna pelo sistema de mérito e tempo de serviço, na forma estatutária.

Temos também as investiduras vitalícia, efetiva e em comissão. Investidura vitalícia é a que tem caráter perpétuo, como a dos Magistrados, e cuja destituição exige processo judicial; investidura efetiva é a que tem presunção de definitividade, para tornar o agente estável



no serviço após o estágio probatório, pelo que a sua destituição depende de processo administrativo; investidura em comissão é a de natureza transitória, para cargos ou funções de confiança, sendo o agente exonerável ad nutum, a qualquer tempo, e independentemente de justificativa. Nesta modalidade de investidura o agente não adquire estabilidade no serviço público, nem as vantagens da função integram seu patrimônio, dada a precariedade de seu exercício.

Apreciados o Estado e a Administração na sua estrutura e organização, passamos agora ao estudo da administração como atividade jurídica, dando seu conceito, natureza e fins; indicando seus princípios básicos; assinalando os poderes e deveres do administrador público; e, finalmente, comentando o uso e o abuso do poder administrativo. É o que veremos a seguir, a começar pelo conceito, natureza e fins da administração pública, como atividade tendente a realizar os objetivos do Estado.

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da moral, visando ao bem comum.

Subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e objetivamente é a expressão do Estado agindo in concreto para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.

Há que distinguir ainda, na Administração Pública, os atos de império, os atos de gestão e os atos de expediente. Ato de império é todo aquele que contém uma ordem ou decisão coativa da Administração para o administrado, como o é um decreto expropriatório, um despacho de interdição de atividade ou uma requisição de bens; ato de gestão é todo aquele que ordena a conduta interna da Administração e de seus servidores, ou cria direitos e obrigações entre ela e os administrados, tais como os despachos que determinam a execução de serviços públicos, os atos de provimento de cargo e movimentação de funcionários, as autorizações e permissões, os contratos em geral; ato de expediente é todo aquele de preparo e movimentação de processos, recebimento e expedição de papéis e de despachos rotineiros, sem decisão do mérito administrativo. Para a prática desses atos, principalmente de império e de gestão, o agente deve ter investidura e competência legais.

A natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.

Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a administração sendo como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Por esses padrões a que se hão de pautar todos os atos

administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais. A Constituição de 1988 não se referiu expressamente ao princípio da finalidade, mas o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade (art. 37).

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licet honestum est". A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º).

E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como o "fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, "e").

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional,

investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos do Dec. federal 79.099, de 6.177.

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais - mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a"), ação popular (art. 5º, LXXIII), habeas data (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, § 4º) - e para tanto a mesma Constituição impõe o fornecimento de certidões de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações (art. 5º, XXXIV, b), os quais devem ser indicados no requerimento. Observe-se que a Constituição alude, genericamente, "as repartições públicas", abrangendo, obviamente, as repartições da Administração direta e indireta, porque ambas são desmembramentos do serviço público e, como tais, têm o dever legal de informar o público sobre sua atuação funcional.

A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais. Vale ainda como publicação oficial a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou da Câmara, onde não houver órgão oficial, em conformidade com o disposto na Lei Orgânica do Município.

Examinados nos tópicos anteriores os princípios básicos da Administração, vejamos, agora, os poderes e deveres do administrador público, ou seja, os encargos daqueles que gerem bens e interesses da comunidade. Esses gestores da coisa pública, investidos de competência decisória, passam a ser autoridades, com poderes e deveres específicos do cargo ou da função e, conseqüentemente, com responsabilidades próprias de suas atribuições.

Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque, estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública os poderes e deveres de quem os exerce.

Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições. Esse poder é de ser usado normalmente, como atributo do cargo ou da função, e não como privilégio da pessoa que o exerce. É esse poder que empresta autoridade ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões aos administrados.

O poder administrativo é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes.

O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública - um Governador, p. ex. - abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal

atitude importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.

A propósito, já proclamou o colendo TFR que "o vocábulo poder significa dever quando se trata de atribuições de autoridades administrativas".

Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Dai por que a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor e autoriza a obtenção do ato omitido por via judicial, notadamente por mandado de segurança, se lesivo de direito líquido e certo do interessado.

Feitas essas considerações gerais, vejamos os três principais deveres do administrador público: dever de eficiência, dever de probidade e dever de prestar contas.

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o qual se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica.

O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais, nos seguintes termos: "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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (art. 37, § 4º).

Ao lado do dever de probidade e como seu complemento natural está sempre o dever de prestar contas.

O dever de prestar contas é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios. Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um *múnus público*, isto é, de um encargo para com a comunidade. Dai o dever indeclinável de todo administrador público - agente político ou simples funcionário - de prestar contas de sua gestão administrativa, e nesse sentido é a orientação de nossos Tribunais.

A prestação de contas não se refere apenas aos dinheiros públicos, à gestão financeira, mas a todos os atos de governo e de administração.

Nos Estados de Direito como o nosso, a Administração Pública deve obediência à lei em todas as suas manifestações. Até mesmo nas chamadas atividades discricionárias o administrador público fica sujeito às prescrições legais quanto a competência,

finalidade e forma, só se movendo com liberdade na estreita faixa da conveniência e oportunidade administrativas.

O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade.

O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregar-lo fora da lei, sem utilidade pública.

O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.

O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito.

O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

O abuso do poder, como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos - flagrante ou disfarçado - o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém.

O ato administrativo - vinculado ou discricionário - há que ser praticado com observância formal e ideológica da lei. Exato na forma e inexato no conteúdo, nos motivos ou nos fins, é sempre inválido.

O abuso do poder tanto pode revestir a forma comissiva como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado.

O gênero abuso de poder ou abuso de autoridade reparte-se em duas espécies bem caracterizadas: o excesso de poder e o desvio de finalidade.

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões penais da Lei 4.898, de 9.12.65, que visa a melhor preservar as liberdades individuais já asseguradas na Constituição (art. 5º).

O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; ou,

ainda, quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação.

O ato praticado com desvio de finalidade - como todo ato ilícito ou imoral - ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador.

A lei regulamentar da ação popular (Lei 4.717, de 29.6.65) já consigna o desvio de finalidade como vício nulificador do ato administrativo lesivo do patrimônio público e o considera caracterizado quando "o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (art. 2º, "e", e parágrafo único, "e"). Com essa conceituação legal, o desvio de finalidade entrou definitivamente para nosso Direito Positivo como causa de nulidade dos atos da Administração.

A omissão da Administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente. Não há, em doutrina, um critério conclusivo sobre a conduta omissiva da autoridade. Quando a norma estabelece que, ultrapassado tal prazo, o silêncio importa aprovação ou denegação do pedido do postulante, assim se deve entender, menos pela omissão administrativa do que pela determinação legal do efeito do silêncio. Quando a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as conseqüências da omissão administrativa, há que se perquirir em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo enquanto perdurar a omissão da Administração no pronunciamento que lhe compete.

Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar, mandado de injunção ou mandado de segurança. Em tal hipótese não cabe ao judiciário praticar o ato omitido pela Administração mas, sim, impor sua prática, ou desde logo suprir seus efeitos, para restaurar ou amparar o direito do postulante, violado pelo silêncio administrativo.

O silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração que, quando ofende direito individual do administrado ou de seus servidores, sujeita-se a correção judicial e a reparação decorrente de sua inércia.

## **2. Atos administrativos**

### **( Conceitos e características; requisitos; Classificações; Espécies de atos administrativos; Motivação dos atos administrativos; Revogação e anulação dos atos administrativos )**

A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. Tais atos, por sua natureza, conteúdo e forma, diferenciam-se dos que emanam do Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões judiciais), quando desempenham suas atribuições específicas de legislação e de jurisdição.

Temos, assim, na atividade pública geral, três categorias de atos inconfundíveis entre si: atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos.

A prática de atos administrativos cabe, em princípio e normalmente, aos órgãos executivos, mas as autoridades judiciárias e as Mesas legislativas também os praticam

restritamente, quando ordenam seus próprios serviços, dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções sobre matéria de sua privativa competência. Esses atos são tipicamente administrativos, embora provindos de órgãos judiciários ou de corporações legislativas, e, como tais, se sujeitam a revogação ou a anulação no âmbito interno ou pelas vias judiciais, como os demais atos administrativos do Executivo.

Feitas estas considerações gerais, veremos o conceito e requisitos do ato administrativo.

O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. Segundo a lei civil, é ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (CC, art. 81).

Partindo desta definição legal, podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a finalidade pública que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico, como acentuam os administrativistas mais autorizados.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.

Por aí se vê que o ato administrativo típico é sempre manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando a produzir algum efeito jurídico, o que o distingue do fato administrativo, que, em si, é atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito.

Fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc. O fato administrativo, como materialização da vontade administrativa, é dos domínios da técnica e só reflexamente interessa ao Direito, em razão das conseqüências jurídicas que dele possam advir para a Administração e para os administrados.

O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão.

Além destes componentes, merecem apreciação, pelas implicações com a eficácia de certos atos, o mérito administrativo e o procedimento administrativo, elementos que, embora não integrem sua contextura, concorrem para sua formação e validade.

Para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato - discricionário ou vinculado - pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que

dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

Outro requisito necessário ao ato administrativo é a finalidade, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo - discricionário ou regrado - porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.

O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição, chamado de Forma. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podermos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria Administração e até pelo judiciário, para verificação de sua validade.

Impõe-se, neste caso, distinguir a forma do ato do procedimento administrativo. A forma é o revestimento material do ato; o procedimento é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. Assim, para uma concorrência há um procedimento que se inicia com o edital e se finda com a adjudicação da obra ou do serviço; e há um ato adjudicatório que se concretiza, afinal, pela forma estabelecida em lei. O procedimento é dinâmico; a forma é estática.

O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência ou a dispensa da motivação do ato.

Tratando-se de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação.

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

O mérito do ato administrativo, conquanto não se possa considerar requisito de sua formação, deve ser apreciado, dadas as suas implicações com o motivo e o objeto do ato e, conseqüentemente, com as suas condições de validade e eficácia.

O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato. O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o processus administrativo, não há falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e



forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder.

O que convém reter é que o mérito administrativo tem sentido próprio e diverso do mérito processual e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.

A Administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Civil ou Comercial), no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de sua supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico. É o que ocorre, p. ex., quando emite um cheque ou assina uma escritura de compra e venda ou de doação, sujeitando-se em tudo às normas do Direito Privado. A doutrina abona essa conduta e a jurisprudência já a tem consagrado em repetidas decisões, no teor deste acórdão do STF: "quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo direito civil (ou comercial), coloca-se no plano dos particulares", razão pela qual não pode alterá-los, revogá-los, anulá-los ou rescindi-los por ato unilateral. Dependerá sempre da concordância do interessado, ou da via judicial cabível.

Observamos, todavia, que mesmo nesses atos ou contratos o Poder Público não se libera das exigências administrativas que devem anteceder o negócio jurídico almejado, tais como autorização legislativa, avaliação, licitação etc., e as ações correspondentes devem ser propostas no juízo privativo da Administração interessada, que é o único privilégio que lhe resta.

Procedimento administrativo é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração. É o caminho legal a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal.

O procedimento administrativo constitui-se de atos intermediários, preparatórios e autônomos, mas sempre interligados, que se conjugam para dar conteúdo e forma ao ato principal e final colimado pelo Poder Público. As operações intermediárias, a medida que se realizam sem oposição dos interessados, tornam-se definitivas para a Administração e para o administrado, porque ocorre, em tal caso, a preclusão administrativa dos meios invalidatórios, para que se passe à fase seguinte com a certeza da eficácia dos atos anteriores.

Exemplo de procedimento administrativo típico é o da concorrência, visto que à adjudicação da obra ou serviço ao melhor proponente (objetivo da Administração) precedem operações intermediárias (atos procedimentais: edital, verificação de idoneidade, julgamento) necessárias à efetivação da adjudicação (ato final).

Não se confunde, todavia, o procedimento administrativo com o ato administrativo complexo, nem com o ato administrativo composto. Procedimento administrativo é encadeamento de operações que propiciam o ato final; ato complexo é, diversamente, o que resulta da intervenção de dois ou mais órgãos administrativos para a obtenção do ato final; e ato composto é o que se apresenta com um ato principal e com um ato complementar que o ratifica ou aprova. Todos esses atos têm seu procedimento formal, inconfundível com seu conteúdo material ou com suas características substanciais.

Em face dessa distinção, resultam conseqüências práticas diversas para a impugnabilidade dos atos administrativos, pois que ora é atacável o procedimento irregular em sua formação, ora é invalidável o ato final concluído, em razão de defeitos ou ausência do procedimento legal exigido para a obtenção do ato principal.

Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. Referimo-nos à presunção de legitimidade, à imperatividade e à auto-executoriedade.

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de mandado de segurança, ou de ação popular, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado.

Outra consequência da Presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos.

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles o dispensam, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa (atos normativos, ordinatórios, punitivos) nascem sempre com imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos auto-executórios) ou pelo Judiciário (atos não auto-executórios).

A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade.

A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

A classificação dos atos administrativos não é uniforme entre os publicistas, dada a diversidade de critérios que podem ser adotados para seu enquadramento em espécies ou categorias afins.

Esses agrupamentos, entretanto, são úteis para metodizar o estudo e facilitar a compreensão, o que nos leva a classificar os atos administrativos, inicialmente, quanto aos seus destinatários, em atos gerais e individuais; quanto ao seu alcance, em atos internos e

externos; quanto ao seu objeto, em atos de império, de gestão e de expediente; quanto ao seu regramento, em atos vinculados e discricionários.

Então, quanto aos seus destinatários, os atos administrativos podem ser gerais ou individuais.

Atos administrativos gerais ou regulamentares são aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos. São atos de comando abstrato e impessoal, semelhantes aos da lei, e, por isso mesmo, revogáveis a qualquer tempo pela Administração, mas inatacáveis por via judicial, a não ser pela representação de inconstitucionalidade. Exemplos desses atos têm-los nos regulamentos, nas instruções normativas e nas circulares ordinatórias de serviços.

A característica dos atos gerais é que eles prevalecem sobre os atos individuais, ainda que provindos da mesma autoridade. Assim, um decreto individual não pode contrariar um decreto geral ou regulamentar em vigor. Isto porque o ato normativo tem preeminência sobre o ato específico.

Os atos gerais, quando de efeitos externos, dependem de publicação no órgão oficial para entrar em vigor e produzir seus resultados jurídicos, pois os destinatários só ficam sujeitos às suas imposições após essa divulgação. Nos Municípios que não tenham órgão para suas publicações oficiais os atos gerais devem ser afixados na Prefeitura, em local acessível ao público, para que possam produzir seus regulares efeitos.

Atos administrativos individuais ou especiais são todos aqueles que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situação jurídica particular. O mesmo ato pode abranger um ou vários sujeitos, desde que sejam individualizados. Tais atos, quando de efeitos externos, entram em vigência pela publicação no órgão oficial, e, se de efeitos internos ou restritos a seus destinatários, admitem comunicação direta para início de sua operatividade ou execução. São atos individuais os decretos de desapropriação, de nomeação, de exoneração, assim como as outorgas de licença, permissão e autorização, e outros mais que conferem um direito ou impõem um encargo a determinado administrado ou servidor.

Os atos individuais normalmente geram direitos subjetivos para seus destinatários, como também criam-lhes encargos administrativos pessoais. Quando geram direitos adquiridos tornam-se irrevogáveis, como já reconheceu o STF e o declarou na Súmula 473. Nos demais casos, podem ser revogados ou modificados conforme exija o interesse público, desde que a Administração indenize o prejudicado, se for o caso. Esses atos, por proverem situações específicas e concretas, admitem anulação pela própria Administração, ou pelas vias judiciais comuns (ações ordinárias) ou especiais (mandado de segurança e ação popular), se praticados ilegalmente ou com lesão ao patrimônio público.

Quanto ao alcance os atos administrativos podem ser internos ou externos.

Atos administrativos internos são os destinados a produzir efeitos no recesso das repartições administrativas, e por isso mesmo incidem, normalmente, sobre os órgãos e agentes da Administração que os expediram. São atos de operatividade caseira, que não produzem efeitos em relação a estranhos. Entretanto, vêm sendo utilizados distorcidamente pelas altas autoridades do Executivo para impor obrigações aos administrados, especialmente aos contribuintes. É o caso das portarias e instruções ministeriais, que só deviam dispor para seus servidores, mas contêm imposições aos cidadãos, próprias de atos externos (leis e decretos).

Os atos administrativos internos podem ser gerais ou especiais, normativos, ordinatórios, punitivos e de outras espécies, conforme as exigências do serviço público. Não dependem de publicação no órgão oficial para sua vigência, bastando a cientificação direta aos

destinatários ou a divulgação regulamentar da repartição. Mas, se incidem sobre os administrados - como erroneamente se vem fazendo - torna-se imprescindível sua divulgação externa.

Tais atos, quando praticados nos seus estritos limites, normalmente não geram direitos subjetivos aos destinatários, pelo quê podem ser revogados ou modificados a qualquer tempo.

Atos administrativos externos, ou, mais propriamente, de efeitos externos, são todos aqueles que alcançam os administrados, os contratantes e, em certos casos, os próprios servidores, provendo sobre seus direitos, obrigações, negócios ou conduta perante a Administração. Tais atos, pela sua destinação, só entram em vigor ou execução depois de divulgados pelo órgão oficial, dado o interesse do público no seu conhecimento. Consideram-se, ainda, atos externos todas as providencias administrativas que, embora não atingindo diretamente o administrado, devam produzir efeitos fora da repartição que as adotou, como também as que onerem a defesa ou o patrimônio público, porque não podem permanecer unicamente na intimidade da Administração, quando repercutem nos interesses gerais da coletividade. A publicidade de tais atos é princípio de legitimidade e moralidade administrativa que se impõe tanto à Administração direta como à indireta, porque ambas gerem bens e dinheiros públicos cuja guarda e aplicação todos devem conhecer e controlar.

Quanto ao seu objeto os atos administrativos podem ser atos de império, de gestão e de expediente.

Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, nas interdições de atividade, nas ordens estatutárias. Tais atos podem ser gerais ou individuais, internos ou externos, mas sempre unilaterais, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção. São, normalmente, atos revogáveis e modificáveis a critério da Administração que os expediu.

Atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. Esses atos serão sempre de administração, mas nem sempre administrativos típicos, principalmente quando bilaterais, de alienação, oneração ou aquisição de bens, que se igualam aos do Direito Privado, apenas antecedidos de formalidades administrativas para sua realização (autorização legislativa, licitação, avaliação etc.). Tais atos, desde que praticados regularmente, tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza.

Atos administrativos de expediente são todos aqueles que se destinam a dar andamento aos processos e papéis que tramitam pelas repartições públicas, preparando-os para a decisão de mérito a ser proferida pela autoridade competente. São atos de rotina interna, sem caráter vinculante e sem forma especial, geralmente praticados por servidores subalternos, sem competência decisória. Dai por que, como já esclarecemos anteriormente, os agentes designados "para responder pelo expediente" só estão autorizados a dar continuidade ao serviço interno da repartição, pois não dispõem de competência legal para expedir atos de império, nem atos de gestão, e muito menos para praticar atos com fundamento político, ou vincular a Administração em outorgas e contratos com administrados, nomear ou exonerar funcionários e demais atos que onerem o orçamento ou criem encargos ou direitos para os particulares ou servidores.

Quanto ao seu regramento, os atos podem ser vinculados e discricionários.

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos

pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Na prática de tais atos o Poder Público sujeita-se às indicações legais ou regulamentares e delas não se pode afastar ou desviar sem viciar irremediavelmente a ação administrativa. Isso não significa que nessa categoria de atos o administrador se converta em cego e automático executor da lei. Absolutamente, não. Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo - o bem comum.

Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público.

O ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrção e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido.

A atividade discricionária não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão com observância e sujeição a ela.

A discricionariedade está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei.

Discricionários só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir. Em tema de fins não existe jamais, para a Administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente.

O que a doutrina assinala é que o ato, embora resultante de poder discricionário da Administração, não pode prescindir de certos requisitos, tais como a competência legal de quem o pratica, a forma prescrita em lei ou regulamento e o fim indicado no texto legal em que o administrador se apoia. Exemplifiquemos: se determinada lei prevê diversas penalidades administrativas para uma infração, o poder discricionário da Administração manifesta-se na escolha da penalidade que entender adequada ao caso ocorrente, dentre as enumeradas no texto. Mas, se a lei indica o processo de apuração dessas infrações, não pode a autoridade usar de outro meio de verificação, nem modificar o que está indicado. Na aplicação de penalidade sua faculdade é discricionária; no procedimento para a verificação da infração sua atividade é vinculada ou regrada.

Além das classificações precedentes, outras podem ser apresentadas, consoante os diversos critérios pelos quais os atos administrativos são selecionados, para fins de estudo, como veremos a seguir.

Quanto à formação do ato, pode-se classificá-lo em simples, complexo e composto.

Ato simples é o que resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado. Não importa o número de pessoas que participam da formação do ato; o que importa é a vontade unitária que expressam para dar origem, a final, ao ato colimado pela

Administração. Tanto é ato administrativo simples o despacho de um chefe de seção como a decisão de um conselho de contribuintes.

Ato complexo é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único. Não se confunda ato complexo com procedimento administrativo. No ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato; no procedimento administrativo praticam-se diversos atos intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal. Exemplos: a investidura de um funcionário é um ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo Chefe do Executivo e complementada pela posse e exercício dados pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado; a concorrência é um procedimento administrativo, porque, embora realizada por um único órgão, o ato final e principal (adjudicação da obra ou do serviço) é precedido de vários atos autônomos e intermediários (edital, verificação de idoneidade, julgamento das propostas), até chegar-se ao resultado pretendido pela Administração. Essa distinção é fundamental para saber-se em que momento o ato se torna perfeito e impugnável: o ato complexo só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial; o procedimento administrativo é impugnável em cada uma de suas fases, embora o ato final só se torne perfeito após a prática do último ato formativo.

Ato composto é o que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar executável. Exemplo: uma autorização que dependa do visto de uma autoridade superior. Em tal caso a autorização é o ato principal e o visto é o complementar que lhe dá executabilidade. O ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade. Essa distinção é essencial para se fixar o momento da formação do ato e saber-se quando se torna operante e impugnável.

Quanto ao conteúdo, o ato administrativo pode ser constitutivo, extintivo, declaratório, alienativo, modificativo ou abdicativo de direitos ou de situações.

Ato constitutivo é o que cria uma nova situação jurídica individual para seus destinatários, em relação à Administração. Suas modalidades são variadíssimas, abrangendo mesmo a maior parte das declarações de vontade do Poder Público. São atos dessas categorias as licenças, as nomeações de funcionários, as sanções administrativas e outros mais que criam direitos ou impõem obrigações aos particulares ou aos próprios servidores públicos.

Ato extintivo ou desconstitutivo é o que põe termo a situações jurídicas individuais, como a cassação de autorização, a encampação de serviço de utilidade pública.

Ato declaratório é o que visa a preservar direitos, reconhecer situações preexistentes ou, mesmo, possibilitar seu exercício. São exemplos dessa espécie a apostila de títulos de nomeação, a expedição de certidões e demais atos fundados em situações jurídicas anteriores.

Ato alienativo é o que opera a transferência de bens ou direitos de um titular a outro. Tais atos, em geral, dependem de autorização legislativa ao Executivo, porque sua realização ultrapassa os poderes ordinários de administração.

Ato modificativo é o que tem por fim alterar situações preexistentes, sem suprimir direitos ou obrigações, como ocorre com aqueles que alteram horários, percursos, locais de reunião e outras situações anteriores estabelecidas pela Administração.

Ato abdicativo é aquele pelo qual o titular abre mão de um direito. A peculiaridade desse ato é seu caráter incondicionável e irrevogável. Desde que consumado, o ato é irreversível e imodificável, como são as renúncias de qualquer tipo. Todo ato abdicativo a ser

expedido pela Administração depende de autorização legislativa, por exceder da conduta ordinária do administrador público.

Quanto à eficácia, o ato administrativo pode ser válido, nulo e inexistente.

Ato válido é o que provem de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia. O ato válido pode, porém, ainda não ser exequível, por pendente de condição suspensiva ou termo não verificado.

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo judiciário, não sendo permitido ao particular negar exequibilidade ao ato administrativo, ainda que nulo, enquanto não for regularmente declarada sua invalidade, mas essa declaração opera ex tunc, isto é, retroage as suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas.

Ato inexistente é o que apenas tem aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo. É o que ocorre, p. ex., com o "ato" praticado por um usurpador de função pública. Tais atos equiparam-se, em nosso Direito, aos atos nulos, sendo, assim, irrelevante e sem interesse prático a distinção entre nulidade e inexistência, porque ambas conduzem ao mesmo resultado - a invalidade - e se subordinam às mesmas regras de invalidação. Ato inexistente ou ato nulo é ato ilegal e imprestável, desde o seu nascedouro.

Quanto à exequibilidade, o ato administrativo pode ser perfeito, imperfeito, pendente e consumado.

Ato perfeito é aquele que reúne todos os elementos necessários à sua exequibilidade ou operatividade, apresentando-se apto e disponível para produzir seus regulares efeitos.

Ato imperfeito é o que se apresenta incompleto na sua formação ou carente de um ato complementar para tornar-se exequível e operante.

Ato pendente é aquele que, embora perfeito, por reunir todos os elementos de sua formação, não produz seus efeitos, por não verificado o termo ou a condição de que depende sua exequibilidade ou operatividade. O ato pendente pressupõe sempre um ato perfeito, visto que antes de sua perfectibilidade não pode estar com efeitos suspensos.

Ato consumado é o que produziu todos os seus efeitos, tornando-se, por isso mesmo, irretratável ou imodificável por lhe faltar objeto.

Quanto à retratabilidade, o ato administrativo pode ser irrevogável, revogável e suspensível.

Ato irrevogável é aquele que se tornou insuscetível de revogação (não confundir com anulação), por ter produzido seus efeitos ou gerado direito subjetivo para o beneficiário ou, ainda, por resultar de coisa julgada administrativa. Advirta-se, neste passo, que a coisa julgada administrativa só o é para a Administração, uma vez que não impede a reapreciação judicial do ato.

Ato revogável é aquele que a Administração, e somente ela, pode invalidar, por motivos de conveniência, oportunidade ou justiça (mérito administrativo). Nesses atos devem ser respeitados todos os efeitos já produzidos, porque decorrem de manifestação válida da

Administração (se o ato for ilegal, não enseja revogação, mas sim anulação), e a revogação só atua ex nunc. Em princípio, todo ato administrativo é revogável até que se torne irrevogável para a Administração, quer por ter exaurido seus efeitos ou seus recursos, quer por ter gerado direito subjetivo para o beneficiário, interessado na sua manutenção.

Ato suspensível é aquele em que a Administração pode fazer cessar os seus efeitos, em determinadas circunstâncias ou por certo tempo, embora mantendo o ato, para oportuna restauração de sua operatividade. Difere a suspensão da revogação, porque esta retira o ato do mundo jurídico, ao passo que aquela susta, apenas, a sua exequibilidade.

Quanto ao modo de execução, o ato administrativo pode ser auto-executório e não auto-executório.

Ato auto-executório é aquele que traz em si a possibilidade de ser executado pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Ato não auto-executório é o que depende de pronunciamento judicial para produção de seus efeitos finais, tal como ocorre com a dívida fiscal, cuja execução é feita pelo Judiciário, quando provocado pela Administração interessada na sua efetivação.

Quanto ao objetivo visado pela Administração, o ato pode ser principal, complementar, intermediário, ato-condição e ato de jurisdição.

Ato principal é o que encerra a manifestação de vontade final da Administração. O ato principal pode resultar de um único órgão (ato simples), ou da conjugação de vontades de mais de um órgão (ato complexo) ou, ainda, de uma sucessão de atos intermediários (procedimento administrativo).

Ato complementar é o que aprova ou ratifica o ato principal, para dar-lhe exequibilidade. O ato complementar atua como requisito de operatividade do ato principal, embora este se apresente completo em sua formação desde o nascedouro.

Ato intermediário ou preparatório é o que concorre para a formação de um ato principal e final. Assim, numa concorrência, são atos intermediários o edital, a verificação de idoneidade e o julgamento das propostas, porque desta sucessão é que resulta o ato principal e final objetivado pela Administração, que é a adjudicação da obra ou do serviço ao melhor proponente. O ato intermediário é sempre autônomo em relação aos demais e ao ato final, razão pela qual pode ser impugnado e invalidado isoladamente (o que não ocorre com o ato complementar), no decorrer do procedimento administrativo.

Ato-condição é todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição destina-se a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas ou particulares, para as quais se exige a satisfação prévia de determinados requisitos. Assim, o concurso é ato-condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato-condição dos contratos administrativos. Como se vê, o ato-condição é sempre um ato-meio para a realização de um ato-fim. A ausência do ato-condição invalida o ato final, e essa nulidade pode ser declarada pela própria Administração ou pelo judiciário, porque é matéria de legalidade, indissociável da prática administrativa.

Ato de jurisdição ou jurisdicional é todo aquele que contém decisão sobre matéria controvertida. No âmbito da Administração, resulta, normalmente, da revisão de ato do inferior pelo superior hierárquico ou tribunal administrativo, mediante provocação do interessado ou de ofício. O ato administrativo de jurisdição, embora decisório, não se confunde com o ato judicial ou judiciário propriamente dito (despacho, sentença, acórdão em ação e recurso), nem produz coisa julgada no sentido processual da expressão, mas quando proferido em instância final torna-se imodificável pela Administração.

Quanto aos efeitos, o ato administrativo pode ser constitutivo, desconstitutivo e de constatação.



Ato constitutivo é aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou suprime um direito do administrado ou de seus servidores. Tais atos, ao mesmo tempo que geram um direito para uma parte, constituem obrigação para a outra.

Ato desconstitutivo é aquele que desfaz uma situação jurídica preexistente. Geralmente vem precedido de um processo administrativo com tramitação idêntica à do que deu origem ao ato a ser desfeito.

Ato de constatação é aquele pelo qual a Administração verifica e proclama uma situação fática ou jurídica ocorrente. Tais atos vinculam a Administração que os expede, mas não modificam, por si sós, a situação constatada, exigindo um outro ato constitutivo ou desconstitutivo para alterá-la. Seus efeitos são meramente verificativos.

Feita a apreciação geral dos atos administrativos, sob os vários aspectos com que se apresentam, será útil, agora, enquadrá-los pelos caracteres comuns que os assemelham e pelos traços individuais que os distinguem, nas espécies correspondentes, segundo o fim imediato a que se destinam e o objeto que encerram.

Sendo insatisfatórias, para nós, as classificações até aqui realizadas pelos administrativistas, que não acordaram, ainda, num critério comum para o enquadramento científico ou, pelo menos, didático de tais atos, permitimo-nos grupá-los em cinco espécies, a saber: atos administrativos normativos; atos administrativos ordinatórios; atos administrativos negociais; atos administrativos enunciativos; atos administrativos punitivos. Cremos que nestas categorias cabem todos os atos administrativos propriamente ditos, excluídos os atos legislativos e os judiciais típicos, que formam dois gêneros à parte.

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas, quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e imediatamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Vejamos separadamente os principais atos administrativos normativos.

Decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação. Comumente, o decreto é normativo e geral, podendo ser específico ou individual. Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar. O decreto geral tem, entretanto, a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapasse a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo.

O nosso ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução.

Decreto independente ou autônomo é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos praeter

legem para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto.

Decreto regulamentar ou de execução é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere. Questiona-se se esse decreto continua em vigor quando a lei regulamentada é revogada e substituída por outra. Entendemos que sim, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada.

Os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

Leis existem que dependem de regulamento para sua execução; outras há que são auto-executáveis (self executing). Qualquer delas, entretanto, pode ser regulamentada, com a só diferença de que nas primeiras o regulamento é condição de sua aplicação, e nas segundas é ato facultativo do Executivo.

O regulamento jamais poderá instituir ou majorar tributos, criar cargos, aumentar vencimentos, perdoar dívidas ativas, conceder isenções tributárias e o mais que depender de lei propriamente dita.

Os regulamentos, destinando-se à atuação externa (normatividade em relação aos particulares), devem ser publicados pelo mesmo modo por que o são as leis, visto que a publicação é que fixa o início da obrigatoriedade dos atos do Poder Público a serem atendidos pelos administrados. Daí a necessidade de publicação integral do regulamento e do decreto que o aprova.

As instruções normativas são atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim.

Os regimentos são atos administrativos normativos de atuação interna, dado que se destinam a reger o funcionamento de órgãos colegiados e de corporações legislativas. Como ato regulamentar interno, o regimento só se dirige aos que devem executar o serviço ou realizar a atividade funcional regimentada, sem obrigar aos particulares em geral.

Os atos regulamentares internos (regimentos) constituem modalidade diversa dos regulamentos externos (independentes ou de execução) e produzem efeitos mais restritos que estes. Os regulamentos independentes e de execução disciplinam situações gerais e estabelecem relações jurídicas entre a Administração e os administrados; os regimentos destinam-se a prover o funcionamento dos órgãos da Administração, atingindo unicamente as pessoas vinculadas à atividade regimental.

O regimento geralmente é posto em vigência por resolução do órgão diretivo do colegiado (Presidência ou Mesa) e pode dispensar publicação, desde que se dê ciência de seu texto aos que estão sujeitos às suas disposições. Mas é de toda conveniência seja publicado, para maior conhecimento de suas normas e efeitos, que reflexamente possam interessar a todos os cidadãos.

Os regimentos, no entender dos mais autorizados publicistas, "se destinam a disciplinar o funcionamento dos serviços públicos, acrescentando às leis e regulamentos disposições de pormenor e de natureza principalmente prática".

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta.

Deliberações são atos administrativos normativos ou decisórios emanados de órgãos colegiados. Quando normativas, são atos gerais; quando decisórias, são atos individuais. Aquelas são sempre superiores a estas, de modo que o órgão que as expediu não pode contrariá-las nas decisões subsequentes: uma deliberação normativa só se revoga ou modifica por outra deliberação normativa; nunca por uma deliberação individual do mesmo órgão.

As deliberações devem sempre obediência ao regulamento e ao regimento que houver para a organização e funcionamento do colegiado. Quando expedidas em conformidade com as normas superiores são vinculantes para a Administração e podem gerar direitos subjetivos para seus beneficiários.

Atos administrativos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições. Tais atos emanam do poder hierárquico, razão pela qual podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados, desde que o faça nos limites de sua competência.

Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam os particulares, nem os funcionários subordinados a outras chefias. São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem.

Dentre os atos administrativos ordinatórios de maior frequência e utilização na prática merecem exame as instruções, as circulares, os avisos, as portarias, as ordens de serviço, os ofícios e os despachos.

Instruções são ordens escritas e gerais a respeito do modo e forma de execução de determinado serviço público, expedidas pelo superior hierárquico com o escopo de orientar os subalternos no desempenho das atribuições que lhe estão afetas e assegurar a unidade de ação no organismo administrativo. Como é óbvio, as instruções não podem contrariar a lei, o decreto, o regulamento, o regimento ou o estatuto do serviço, uma vez que são atos inferiores, de mero ordenamento administrativo interno. Por serem internos, não alcançam os particulares nem lhes impõem conhecimento e observância, vigorando, apenas, como ordens hierárquicas de superior a subalterno.

Circulares são ordens escritas, de caráter uniforme, expedidas a determinados funcionários ou agentes administrativos incumbidos de certo serviço, ou de desempenho de certas atribuições em circunstâncias especiais. São atos de menor generalidade que as instruções, embora colimem o mesmo objetivo: o ordenamento do serviço.

Avisos são atos emanados dos Ministros de Estado a respeito de assuntos afetos aos seus ministérios. Os avisos foram largamente utilizados no Império, chegando, mesmo, a extravasar de seus limites, para conter normas endereçadas à conduta dos particulares. Hoje em dia, são frequentes nos ministérios militares, como atos ordinatórios de seus serviços.

Portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou

designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal.

Ordens de serviço são determinações especiais dirigidas aos responsáveis por obras ou serviços públicos autorizando seu início, ou contendo imposições de caráter administrativo, ou especificações técnicas sobre o modo e forma de sua realização. Podem, também, conter autorização para a admissão de operários ou artífices (pessoal de obra), a título precário, desde que haja verba votada para tal fim. Tais ordens comumente são dadas em simples memorando da Administração para início de obra ou, mesmo, para pequenas contratações.

Ofícios são comunicações escritas que as autoridades fazem entre si, entre subalternos e superiores e entre Administração e particulares, em caráter oficial. Os ofícios tanto podem conter matéria administrativa como social. Diferem os ofícios dos requerimentos e petições, por conterem aqueles uma comunicação ou um convite, ao passo que estes encerram sempre uma pretensão do particular formulada à Administração.

Despachos administrativos são decisões que as autoridades executivas (ou legislativas e judiciárias, em funções administrativas) proferem em papéis, requerimentos e processos sujeitos à sua apreciação. Tais despachos não se confundem com as decisões judiciais, que são as que os juízes e tribunais do Poder judiciário proferem no exercício da jurisdição que lhes é conferida pela Soberania Nacional. O despacho administrativo, embora tenha forma e conteúdo jurisdicional, não deixa de ser um ato administrativo, como qualquer outro emanado do Executivo.

Despacho normativo é aquele que, embora proferido em caso individual, a autoridade competente determina que se aplique aos casos idênticos, passando a vigorar como norma interna da Administração para as situações análogas subsequentes.

Além dos atos administrativos normativos e ordinatórios, isto é, daqueles que encerram um mandamento geral ou um provimento especial da Administração, outros são praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando a concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado.

À falta de uma denominação específica em nossa Língua para essas manifestações unilaterais da Administração, e das quais se originam negócios jurídicos públicos, permitimo-nos denominá-los atos administrativos negociais.

Estes atos, embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual. São e continuam sendo atos administrativos (e não contratos administrativos), mas de uma categoria diferenciada dos demais, porque geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente.

O ato negocial é geralmente consubstanciado num alvará, num termo ou num simples despacho da autoridade competente, no qual a Administração defere a pretensão do administrado e fixa as condições de sua fruição. Assim, o ato pode ser vinculado ou discricionário, definitivo ou precário; será vinculado quando a lei estabelecer os requisitos para sua formação; será discricionário quando sua expedição ficar ao alvedrio da autoridade competente; será definitivo quando embasar-se num direito individual do requerente; será precário quando provier de uma liberdade da Administração.

Os atos administrativos negociais produzem efeitos concretos e individuais para seu destinatário e para a Administração que os expede. Enquanto os atos administrativos normativos são genéricos, os atos negociais são específicos, só operando efeitos jurídicos entre as

partes - administração e administrado requerente - impondo em ambos a observância de seu conteúdo e o respeito às condições de sua execução.

O que convém distinguir são os efeitos do ato negocial vinculado e definitivo dos do ato negocial discricionário e precário, principalmente quando se tratar de sua extinção por anulação, cassação ou revogação. Anula-se o ato negocial que contiver ilegalidade na sua origem ou formação; cassa-se o ato quando ocorrer ilegalidade na sua execução; revoga-se o ato quando sobrevier interesse público para a cessação de seus efeitos. Mas a invalidação do ato, por qualquer desses motivos, deve ser precedida de processo regular, com oportunidade de defesa, sob pena de nulidade do ato extintivo.

Atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público.

Neste conceito enquadram-se, dentre outros, os atos administrativos de licença, autorização, permissão, admissão, visto, aprovação, homologação, dispensa, renúncia e até mesmo o protocolo administrativo, como veremos a seguir.

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização. A licença não se confunde com a autorização, nem com a admissão, nem com a permissão.

Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir.

Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.

Aprovação é o ato administrativo pelo qual o Poder Público verifica a legalidade e o mérito de outro ato ou de situações e realizações materiais de seus próprios órgãos, de outras entidades ou de particulares, dependentes de seu controle, e consente na sua execução ou manutenção. Pode ser prévia ou subsequente, vinculada ou discricionária, consoante os termos

em que é instituída, pois em certos casos limita-se à confrontação de requisitos especificados na norma legal e noutros estende-se à apreciação da oportunidade e conveniência.

Admissão é o ato administrativo vinculado pelo qual o Poder Público, verificando a satisfação de todos os requisitos legais pelo particular, defere-lhe determinada situação jurídica de seu exclusivo ou predominante interesse, como ocorre no ingresso aos estabelecimentos de ensino mediante concurso de habilitação. Na admissão, reunidas e satisfeitas as condições previstas em lei, a administração é obrigada a deferir a pretensão do particular interessado. O direito à admissão nasce do atendimento dos pressupostos legais, que são vinculantes para o próprio poder que os estabelece.

Visto é o ato administrativo pelo qual o Poder Público controla outro ato da própria administração ou do administrado, aferindo sua legitimidade formal para dar-lhe exequibilidade. Não se confunde com as espécies afins (aprovação, autorização, homologação), porque nestas há exame de mérito e em certos casos operam como ato independente, ao passo que o visto incide sempre sobre um ato anterior e não alcança seu conteúdo. É ato vinculado, porque há de restringir-se às exigências legais extrínsecas do ato visado, mas na prática tem sido desvirtuado para o exame discricionário, como ocorre com o visto em passaporte, que é dado ou negado ao alvedrio das autoridades consulares.

Homologação é o ato administrativo de controle pelo qual a autoridade superior examina a legalidade e a conveniência de ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem a praticou. O ato homologado torna-se eficaz desde o momento da homologação, mas pode ter seus efeitos contidos por cláusula ou condição suspensiva constante do próprio ato ou da natureza do negócio jurídico que ele encerra.

Dispensa é o ato administrativo que exime o particular do cumprimento de determinada obrigação até então exigida por lei, como, p. ex., a prestação do serviço militar.

Renúncia administrativa é o ato pelo qual o Poder Público extingue unilateralmente um crédito ou um direito próprio, liberando definitivamente a pessoa obrigada perante a Administração. A renúncia tem caráter abdicativo e, por isso, não admite condição e é irreversível, uma vez consumada.

Protocolo administrativo é o ato negocial pelo qual o Poder Público acerta com o particular a realização de determinado empreendimento ou atividade ou a abstenção de certa conduta, no interesse recíproco da Administração e do administrado signatário do instrumento protocolar. Esse ato é vinculante para todos que o subscrevem, pois gera obrigações e direitos entre as partes. É sempre um ato biface, porque, de um, lado está a manifestação de vontade do Poder Público, sujeita ao Direito Administrativo, e, de outro, a do particular ou particulares, regida pelo Direito Privado. Nessa conceituação também se inclui o protocolo de intenção, que precede o ato ou contrato definitivo.

Os atos administrativos negociais, que acabamos de ver, são normalmente seguidos de atos de Direito Privado que completam o negócio jurídico pretendido pelo particular e deferido pelo Poder Público. É o que ocorre, p. ex., quando a Administração licencia uma construção, autoriza a incorporação de um banco, aprova a criação de uma escola ou emite qualquer outro ato de consentimento do Governo para a realização de uma atividade particular dependente da aquiescência do Poder Público. São atos bifaces.

Os dois atos são distintos e inconfundíveis, mas permanecem justapostos um ao outro de modo indissociável. Daí por que não podem as partes - Administração e particular

- alterá-los ou extingui-los unilateralmente, sendo sempre necessária a conjunta manifestação de vontade dos interessados para qualquer modificação ou supressão do negócio jurídico objetivado.

Além dos atos normativos, ordinatórios e negociais, que examinamos nos tópicos precedentes, merecem apreciação os atos administrativos enunciativos, isto é, aqueles que, embora não contenham uma norma de atuação, nem ordenem a atividade administrativa interna, nem estabeleçam uma relação negocial entre o Poder Público e o particular, enunciam, porém, uma situação existente, sem qualquer manifestação de vontade da Administração. Só são atos administrativos em sentido formal, visto que materialmente não contêm manifestação da vontade da Administração.

Atos administrativos enunciativos são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado. Dentre os atos mais comuns desta espécie merecem menção as certidões, os atestados e os pareceres administrativos.

Certidões administrativas são cópias ou fotocópias fiéis e autenticadas de atos ou fatos constantes de processo, livro ou documento que se encontre nas repartições públicas. Podem ser de inteiro teor, ou resumidas, desde que expressem fielmente o que se contém no original de onde foram extraídas. Em tais atos o Poder Público não manifesta sua vontade, limitando-se a trasladar para o documento a ser fornecido ao interessado o que consta de seus arquivos.

O fornecimento de certidões, "independentemente do pagamento de taxas", é obrigação constitucional de toda repartição pública, desde que requerido pelo interessado para defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal (CF, art. 5º, XXXIV, "b"). Por repartição pública entende-se qualquer das entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais integrantes da Administração direta ou indireta do Estado, em acepção ampla.

Atestados administrativos são atos pelos quais a Administração comprova um fato ou uma situação de que tenha conhecimento por seus órgãos competentes. Não se confunde o atestado com a certidão, porque esta reproduz atos ou fatos constantes de seus arquivos, ao passo que o atestado comprova um fato ou uma situação existente mas não constante de livros, papéis ou documentos em poder da Administração. A certidão destina-se a comprovar fatos ou atos permanentes; o atestado presta-se à comprovação de fatos ou situações transeuntes, passíveis de modificações freqüentes. Ambos são atos enunciativos, mas de conteúdo diferente.

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares a sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.

Parecer normativo é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.

Parecer técnico é o que provem de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa

modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.

Apostilas são atos enunciativos ou declaratórios de uma situação anterior criada por lei. Ao apostilar um título a Administração não cria um direito, pois apenas reconhece a existência de um direito criado por norma legal. Equivale a uma averbação.

Atos administrativos punitivos são os que contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos. Visam a punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos servidores ou dos particulares perante a Administração.

Os atos administrativos punitivos, como facilmente se percebe, podem ser de atuação interna e externa. Internamente, cabe à Administração punir disciplinarmente seus servidores e corrigir os serviços defeituosos através de sanções estatutárias; externamente, incumbe-lhe velar pela correta observância das normas administrativas. Em ambos os casos as infrações ensejam punição, após a apuração da falta em processo administrativo regular ou pelos meios sumários facultados ao Poder Público.

Diferenciam-se, todavia, essas duas modalidades de punição administrativa - externa e interna - porque a externa é dirigida aos administrados e, por isso mesmo, é vinculada em todos os seus termos à forma legal que a estabelecer, ao passo que a sanção interna, sendo de caráter eminentemente disciplinar e endereçada aos servidores públicos, é discricionária quanto à oportunidade, conveniência e valoração dos motivos que a ensejam.

Importa, ainda, distinguir o ato punitivo da administração, que tem por base o ilícito administrativo, do ato punitivo do Estado, que apena o ilícito criminal. Aquele é medida de autotutela da Administração; este é medida de defesa social. Daí por que a punição administrativa compete a todos os órgãos da Administração - federal, estadual ou municipal, suas autarquias e fundações - ao passo que a punição criminal é da competência legislativa privativa da União e só pode ser aplicada pela Justiça Penal do Poder Judiciário.

Dentre os atos administrativos punitivos de atuação externa merecem destaque a multa, a interdição de atividades e a destruição de coisas.

Multa administrativa é toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração. Nesta categoria de atos punitivos entram, além das multas administrativas propriamente ditas, as multas fiscais, que são modalidades específicas do Direito Tributário. As multas administrativas não se confundem com as multas criminais e, por isso mesmo, são inconvertíveis em detenção corporal, salvo disposição expressa em lei federal. A multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator.

Interdição administrativa de atividade é o ato pelo qual a Administração veda a alguém a prática de atos sujeitos ao seu controle ou que incidam sobre seus bens. A interdição administrativa de atividade não se confunde com a interdição judicial de pessoas ou de direitos. Aquela funda-se no poder de polícia administrativa ou no poder disciplinar da Administração sobre seus servidores, ao passo que esta resulta do dever de proteção aos incapazes (interdição de pessoas) ou de pena criminal acessória (interdição de direitos).

A interdição administrativa, como ato punitivo que é, deve ser precedida de processo regular e do respectivo auto, que possibilite defesa do interessado.

A destruição de coisas é o ato sumário da administração pelo qual se inutilizam alimentos, substâncias, objetos ou instrumentos imprestáveis ou nocivos ao consumo ou de uso proibido por lei. Como ato típico de polícia administrativa, é, em regra, urgente, dispensando processo prévio, mas exigindo sempre os autos de apreensão e de destruição em



forma regular, nos quais se esclareçam os motivos da medida drástica tomada pelo Poder Público e se identifiquem as coisas destruídas, para oportuna apreciação da legalidade do ato.

Outros atos punitivos, agora de atuação interna, podem ser praticados pela Administração visando a disciplinar seus servidores, segundo o regime estatutário a que estão sujeitos. Nestes atos o Poder Público age com larga margem discricionária, quer quanto aos meios de apuração das infrações - processo administrativo ou meios sumários - quer quanto à escolha da penalidade e à graduação da pena, desde que conceda ao interessado a possibilidade de defesa.

A motivação dos atos administrativos vem se impondo dia a dia, como uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental.

Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei). No direito administrativo a motivação deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou Poder em um sistema de governo representativo deve explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões.

Para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem a sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinaram. É a obrigação de motivar. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando o devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista um interesse público da esfera de sua competência funcional.

Pela motivação, o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que, em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa.

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

Exemplificando, para maior compreensão, diremos que, se o superior, ao dispensar um funcionário exonerável ad nutum, declarar que o faz por improbidade de procedimento, essa "improbidade" passará a ser motivo determinante do ato e sua validade e eficácia ficarão na dependência da efetiva existência do motivo declarado. Se inexistir a declarada "improbidade" ou não estiver regularmente comprovada, o ato de exoneração será inválido, por ausência ou defeito do motivo determinante. No mesmo caso, porém, se a autoridade competente houvesse dispensado o mesmo funcionário sem motivar a exoneração (e podia fazê-lo, por se tratar de ato decorrente de faculdade discricionária), o ato seria perfeitamente válido e inatacável.

Por aí se conclui que, nos atos vinculados, a motivação é obrigatória; nos discricionários é facultativa, mas, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.

A invalidação dos atos administrativos inconvenientes, inoportunos ou ilegítimos constitui tema de alto interesse tanto para a Administração como para o Judiciário, uma vez que a ambos cabe, em determinadas circunstâncias, desfazer os que se revelarem inadequados aos fins visados pelo Poder Público ou contrários às normas legais que os regem.

A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se o não fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciárias.

Abrem-se, assim, duas oportunidades para o controle dos atos administrativos: uma, interna, da própria Administração; outra, externa, do Poder Judiciário.

A faculdade de invalidação dos atos administrativos pela própria Administração é bem mais ampla que a que se concede à justiça Comum. A Administração pode desfazer seus próprios atos por considerações de mérito e de ilegalidade, ao passo que o Judiciário só os pode invalidar quando ilegais. Donde se dizer que a Administração controla seus próprios atos em toda plenitude, isto é, sob os aspectos da oportunidade, conveniência, justiça, conteúdo, forma, finalidade, moralidade e legalidade, enquanto o controle judiciário se restringe ao exame da legalidade, ou seja, da conformação do ato com o ordenamento jurídico a que a Administração se subordina para sua prática.

A distinção dos motivos de invalidação dos atos administrativos nos conduz, desde logo, a distinguir também os modos de seu desfazimento. Daí a revogação e a anulação, que, embora constituam meios comuns de invalidação dos atos administrativos, não se confundem, nem se empregam indistintamente.

A Administração revoga ou anula seu próprio ato; o Judiciário somente anula o ato administrativo. Isso porque a revogação é o desfazimento do ato por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo que a anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo. Um ato inoportuno ou inconveniente só pode ser revogado pela própria Administração, mas um ato ilegal pode ser anulado, tanto pela Administração como pelo Judiciário.

Revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração - e somente por ela - por não mais lhe convir sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo não ensejará revogação, mas, sim, anulação.

A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa.

Em princípio, todo ato administrativo é revogável, mas motivos óbvios de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito e os direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades do Poder Público impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração.

Neste ponto é de se relembra que os atos administrativos podem ser gerais ou regulamentares (regulamentos e regimentos) e especiais ou individuais (nomeações, permissões, licenças etc.). Quanto aos primeiros, são, por natureza, revogáveis a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias, desde que a Administração respeite seus efeitos produzidos até o momento da invalidação. E compreende-se que assim o seja, porque estes atos (gerais ou regulamentares) têm missão normativa assemelhada à da lei, não objetivando situações pessoais. Por isso mesmo, não geram, normalmente, direitos subjetivos individuais à sua manutenção, razão pela qual os particulares não podem opor-se à sua revogação, desde que sejam mantidos os efeitos já produzidos pelo ato.

Quanto aos atos administrativos especiais ou individuais, são também, em tese, revogáveis, desde que seus efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, mas ocorre que esses atos se podem tornar operantes e irrevogáveis desde a sua origem ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão. E tais são os que geram direitos subjetivos para o destinatário, os que exaurem desde logo os seus efeitos e os que transpõem os prazos dos recursos internos, levando a Administração a decair do poder de modificá-los ou revogá-los. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo torna-se irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, consideram-se válidos os efeitos produzidos pelo ato revogado até o momento da revogação, quer quanto às partes, quer em relação a terceiros sujeitos aos seus efeitos reflexos.

Anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Administração.

Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se não fizer, poderá o interessado pedir ao judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare sua invalidade, através da anulação.

Outra modalidade de anulação é a cassação do ato que, embora legítimo na sua origem e formação, torna-se ilegal na sua execução. Isto ocorre principalmente nos atos administrativos negociais, cuja execução fica a cargo do particular que o obteve regularmente mas o descumpra ao executá-lo, como, p. ex., num alvará de licença para construir, expedido legalmente mas descumprido na execução da obra licenciada.

O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de anulação.

A ilegitimidade, como toda fraude à lei, vem quase sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos, é preciso que a Administração ou o Judiciário desça ao exame dos motivos, disseque os fatos e vasculhe as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do mérito administrativo, porque não se aprecia a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente sua conformação, formal e ideológica, com a lei em sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública.

Firmado que a anulação do ato administrativo só pode ter por fundamento sua ilegitimidade ou ilegalidade, isto é, sua invalidade substancial e insanável por infringência clara ou dissimulada das normas e princípios legais que regem e atividade do Poder Público, vejamos quais são os efeitos do pronunciamento de invalidade de tais atos, quer emane da própria Administração, quer provenha do Poder judiciário.

A doutrina tem sustentado que não há prazo para anulação do ato administrativo, mas a jurisprudência vem atenuando o rigor dessa afirmativa, para manter atos ilegítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial arrima-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da administração. Também não se justifica a anulação de atos defeituosos na sua tramitação interna, pois ao particular não se impõe a obrigação de fiscalizar a conduta do Poder Público. Aplicam-se, em tais casos, a presunção de legitimidade e a doutrina da aparência, que leva o administrado a confiar na legalidade dos atos da Administração.

Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.

Duas observações ainda se impõem em tema de invalidação de ato administrativo: a primeira é a de que os efeitos do anulamento são idênticos para os atos nulos como para os chamados atos inexistentes; a segunda é a de que em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis. Isto porque a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse público e do interesse privado na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares - o que só ocorre no Direito Privado - embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público e tais são todos os atos administrativos - sua legalidade impõe-se como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública.

Finalmente, vejamos os efeitos da prescrição diante dos atos nulos. A nosso ver, a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também de interesse público, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade. Embora a doutrina estrangeira negue essa evidência, os autores pátrios mais atualizados com o Direito Público contemporâneo a reconhecem. Como entre nós as ações pessoais contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos e as reais em vinte, nesses prazos é que podem ser invalidados os respectivos atos administrativos, por via judicial. Quanto à prescrição administrativa, dependerá da norma legal que a institui em cada caso.

A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos.

Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo a revogação, e não a anulação) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma legal o fixar expressamente. O essencial é que a autoridade que o invalidar demonstre, no devido processo legal, a nulidade com que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa.

Os atos administrativos nulos ficam sujeitos a invalidação não só pela própria Administração como, também, pelo Poder Judiciário, desde que levados à sua apreciação pelos meios processuais cabíveis que possibilitem o pronunciamento anulatório.

A justiça somente anula atos ilegais, não podendo revogar atos inconvenientes ou inoportunos mas formal e substancialmente legítimos, porque isto é atribuição exclusiva da Administração.

O controle judicial dos atos administrativos é unicamente de legalidade, mas nesse campo a revisão é ampla, em face dos preceitos constitucionais de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV); conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data" (art. 5º, LXIX e LXX); e de que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (art. 5º, LXXIII). Diante desses mandamentos da Constituição, nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou Poder. A única restrição oposta é quanto ao objeto do julgamento (exame de legalidade ou da lesividade ao patrimônio público), e não quanto à origem ou natureza do ato impugnado.

### **3. Contratos administrativos**

Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam à prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.

Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Dai por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados (civis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais. Todavia, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração.

Todo contrato - privado ou público - é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*). O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente.

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. É consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da administração; É formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; É oneroso porque remunerado na forma convencional; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste.

Além dessas características substanciais, o contrato administrativo possui uma outra que lhe é própria, embora externa, qual seja, a exigência de prévia licitação, só dispensável nos casos expressamente previstos em lei. Mas o que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse privilégio administrativo na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes do Direito Comum.

Os contratos administrativos podem ser de colaboração e de atribuição. Contrato de colaboração é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos ajustes de obras, serviços ou fornecimentos; contrato de atribuição é o em que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o uso especial de bem público. O primeiro é firmado no interesse precípua da Administração; o segundo é realizado no do particular, desde que não contrarie o interesse público. Essa distinção é fundamental para a correta interpretação dos contratos administrativos.

Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo.

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder expropriatório e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratante para a cabal execução do contrato. Todavia, as principais são as que se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração.

O poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.

A rescisão unilateral ou rescisão administrativa pode ocorrer tanto por inadimplência do contratante como por interesse público na cessação da normal execução do

contrato, mas em ambos os casos exige justa causa para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado aos motivos que a norma ou as cláusulas contratuais consignam como ensejadores desse excepcional distrato.

O contrato administrativo ilegal pode ser extinto por anulação unilateral da Administração, mas sempre com oportunidade de defesa para o contratado, em cujo expediente se demonstre a ilegalidade do ajuste. É de se advertir que somente o contrato tipicamente administrativo é passível de anulação unilateral, não o sendo o contrato de Direito Privado (compra e venda, doação e outros), firmado pela Administração, o qual só pode ser extinto por acordo entre as partes ou por via judicial. Observe-se, porém, que, mesmo nos contratos anulados, o que foi realizado com proveito da Administração deve ser pago, não por obrigação contratual, mas pelo dever moral que impede o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.

O equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.

O reajustamento contratual de preços e de tarifas é a medida convencionada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste.

A exceção de contrato não cumprido usualmente invocada nos ajustes de Direito Privado, não se aplica, em princípio, aos contratos administrativos quando a falta é da Administração. Esta, todavia, pode sempre argüir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratante.

Com efeito, enquanto nos contratos entre particulares é lícito a qualquer das partes cessar a execução do avençado quando a outra não cumpre a sua obrigação (CC, art. 1.092), nos ajustes de Direito Público o particular não pode usar dessa faculdade contra a Administração. Impede-o o princípio maior da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo. Nos contratos administrativos a execução é substituída pela subsequente indenização dos prejuízos suportados pelo particular ou, ainda, pela rescisão por culpa da Administração.

O controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à Administração e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. Com efeito, desde que à Administração incumbem a realização de obras públicas e a prestação de serviços à coletividade, há de ter a correspondente prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-los às exigências do momento, supervisionando, acompanhando e fiscalizando a sua execução ou nela intervindo.

A aplicação de penalidades contratuais diretamente pela Administração é outra de suas prerrogativas, correlata a do controle do contrato. Realmente, seria inútil o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida.

Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelas do Direito Privado, e não o contrário, como, lamentavelmente, ainda se pratica entre nós.

Enquanto nos ajustes privados a liberdade contratual é ampla, sendo permitido a qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprouver,

nos contratos administrativos uma das partes - a Administração - está sempre vinculada ao interesse público e não pode abrir mão de seus direitos e poderes por mera liberalidade para com a outra parte. Assim, qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia a direitos e poderes da Administração deve ser considerada como não escrita, salvo se autorizada por lei.

Até o advento do Dec.-lei 2.300/86 poucas eram as leis que tratavam de contrato administrativo e a matéria era regulada de modo incompleto e assistemático, propiciando errôneas aplicações da lei e hesitação da jurisprudência na interpretação de suas normas. Contudo, com a edição do referido Estatuto passamos a ter uma legislação orgânica e sistemática regendo toda a matéria.

O instrumento do contrato administrativo é, em regra, termo, em livro próprio da repartição contratante, ou escritura pública, nos casos exigidos em lei (os relativos a direitos reais sobre imóveis, p. ex.). O contrato verbal constitui exceção, pelo evidente motivo de que os negócios administrativos dependem de comprovação documental e de registro nos órgãos de controle interno.

Além do termo de contrato, obrigatório nos casos que exigem concorrência, os ajustes administrativos podem ser formalizados mediante outros documentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra e ordem de serviço. Todos esses são também instrumentos de contrato administrativo, e instrumentos bilaterais, porque expedidos pela Administração e aceitos pela outra parte, expressa ou tacitamente, para a formalização do ajuste.

A publicação do contrato é formalidade geralmente exigida pelas normas administrativas como consectário da natureza pública dos atos da Administração. Não é necessário seja integral, bastando a notícia resumida na imprensa oficial, com indicação das partes, objeto e valor do ajuste.

O contrato administrativo regularmente publicado dispensa testemunhas e registro em cartório, pois, como todo ato administrativo, traz em si a presunção de legitimidade e vale contra terceiros desde a sua publicação.

O conteúdo do contrato é a vontade das partes expressa no momento de sua formalização. Daí a necessidade de cláusulas que fixem com fidelidade o objeto do ajuste e definam com precisão os direitos, obrigações, encargos e responsabilidades dos contratantes, em conformidade com o edital e a proposta vencedora. No caso de dispensa de licitação, o conteúdo do contrato deve ater-se ao despacho que autorizou sua realização e à proposta escolhida.

Integram o contrato também o edital, o projeto com suas especificações, memoriais, cálculos, planilhas, cronogramas e demais elementos pertinentes e complementam-no, ainda que não expressas em suas cláusulas, as disposições de leis, regulamentos, caderno de encargos da repartição contratante e normas técnicas oficiais concernentes ao seu objeto.

Todo contrato administrativo possui cláusulas essenciais ou necessárias e cláusulas acessórias ou secundárias. Aquelas fixam o objeto do ajuste e estabelecem as condições fundamentais para sua execução; estas complementam e esclarecem a vontade das partes, para melhor entendimento do avençado. As primeiras não podem faltar no contrato, pena de nulidade, tal seja a impossibilidade de se definir seu objeto e de se conhecer, com certeza jurídica, os direitos e obrigações de cada uma das partes; as segundas, por sua irrelevância, não afetam o conteúdo negocial, podendo ser omitidas sem invalidar o ajuste.

De um modo geral, são cláusulas essenciais ou necessárias em qualquer contrato administrativo as que: definam o objeto e seus elementos característicos; estabeleçam o regime de execução da obra ou do serviço ou a modalidade do fornecimento; fixem o preço, as condições de pagamento e, quando for o caso, os critérios de reajustamento; marquem os prazos



de início, execução, conclusão e entrega do objeto do contrato; indiquem o valor e os recursos para atender às despesas contratuais; discriminem os direitos e obrigações das partes; estabeleçam os casos de rescisão do contrato; prescrevam as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.

Essencial será toda cláusula cuja omissão impeça ou dificulte a execução do contrato, quer pela indefinição de seu objeto, quer pela incerteza de seu preço, quer pela falta de outras condições necessárias e não esclarecidas.

As leis administrativas facultam à Administração a exigência de garantia a fim de assegurar a execução do contrato. Por isso mesmo, só pode ser pedida ao licitante vencedor, e não mais a todos os participantes da licitação. A escolha da garantia fica a critério do contratado, dentre as modalidades enumeradas na lei. Quando pretendida pela Administração, deverá constar do edital ou convite e ser liberada após o cumprimento integral do contrato ou, facultativamente, na proporção do seu cumprimento, como estímulo ao bom desempenho do contratado.

A perda da garantia se dá toda vez que seu ofertante faltar com o prometido à Administração, nos termos do edital ou do contrato, ou em consequência do desconto de débitos ou de multas em que o contratado incidir e não recolher no devido tempo. Nesses casos, a Administração poderá incorporar ao seu patrimônio a caução em dinheiro ou em títulos, até o limite devido pelo contratado, ou cobrar do fiador ou do segurador as respectivas garantias por eles prestadas. Reduzida ou perdida a garantia inicial, é lícito à Administração exigir sua recomposição para prosseguimento do contrato, sob pena de rescisão unilateral por inadimplência do contratado.

As principais garantias usualmente exigidas pela Administração para assegurar o cumprimento de seus contratos são a caução (em dinheiro, em títulos ou fidejussória), a fiança bancária e o seguro-garantia. Essas garantias são alternativas, isto é, a exigência de uma exclui as outras, mas podem ser pedidos concomitantemente com elas o seguro de pessoas e bens e o compromisso de entrega de material ou equipamento. Vejamos em que consiste cada uma dessas modalidades.

Caução é toda garantia em dinheiro, em título da dívida pública (caução real) ou em responsabilidade de terceiro (caução fidejussória ou fiança). É uma reserva de numerário, de valores ou de responsabilidade de terceiro que a Administração pode utilizar sempre que o contratado faltar a seus compromissos, o que o torna contratualmente em débito.

Fiança bancária é a garantia fidejussória fornecida por um banco que se responsabiliza perante a Administração pelo cumprimento das obrigações do contratado. É de natureza comercial e onerosa, pelo quê obriga o banco solidariamente até o limite da responsabilidade afiançada, sem lhe permitir o benefício de ordem, que é privativo da fiança Civil.

Seguro-garantia de obrigação contratual é a garantia oferecida por uma companhia seguradora para assegurar a plena execução do contrato. Na apólice de seguro-garantia a seguradora obriga-se a completar à sua custa o objeto do contrato ou a pagar à Administração o necessário para que esta o transfira a terceiro ou o realize diretamente.

Seguro de pessoas e bens pode ser exigido nos contratos administrativos cuja execução seja particularmente perigosa. Não se confunde com o seguro por acidentes no trabalho (encargo normal do contratado), porque sua finalidade é a garantia de terceiros contra danos materiais ou pessoais, de responsabilidade conjunta e solidária da Administração e do empreiteiro, nas obras e serviços públicos, indenizáveis independentemente de culpa do executor.

Compromisso de entrega de material, produto ou equipamento de fabricação ou produção de terceiros estranhos ao contrato é medida cautelar tomada pela

Administração nos ajustes que exigem grandes e contínuos fornecimentos, no sentido de que o contratado apresente documento firmado pelo fabricante, produtor ou fornecedor autorizado obrigando-se a fornecer e manter o fornecimento durante a execução do ajuste. A obrigação é entre este e o contratado, não se erigindo em título executório da Administração, pois o compromissário não participa da relação contratual administrativa.

Executar o contrato é cumprir suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração. A execução refere-se não só à realização do objeto do contrato como, também, à perfeição técnica dos trabalhos, aos prazos contratuais, às condições de pagamento e a tudo o mais que for estabelecido no ajuste ou constar das normas legais como encargo de qualquer das partes.

Executar o contrato é, pois, cumpri-lo no seu objeto, nos seus prazos e nas suas condições.

O contrato administrativo, como, de resto, qualquer contrato, deve ser executado fielmente, exercendo cada parte seus direitos e cumprindo suas obrigações. Na execução do contrato administrativo a Administração nivela-se ao particular, de modo que a cada obrigação deste corresponde um direito daquela, e vice-versa, segundo as cláusulas contratuais e as normas pertinentes.

O principal direito da Administração, além dos consubstanciados nas cláusulas contratuais e nos regulamentos próprios da espécie, visando à obtenção do objeto do contrato, é o de exercer suas prerrogativas diretamente, isto é, sem a intervenção do judiciário, ao qual cabe ao contratado recorrer sempre que não concordar com as pretensões da Administração e não lograr compor-se amigavelmente com ela.

O principal direito do contratado é o de receber o preço, nos contratos de colaboração (execução de obras, serviços e fornecimentos), na forma e no prazo convencionados, ou, do mesmo modo, a prestação devida pela administração, nos contratos de atribuição (concessão de uso de bens públicos e outros dessa espécie). A esse seguem-se o direito à manutenção do equilíbrio financeiro, no caso de alteração unilateral, e o de exigir da Administração o cumprimento de suas próprias obrigações, ainda que não consignadas expressamente, como a de entregar o local da obra ou serviço livre e desembaraçado, a de não criar obstáculos ao normal andamento dos trabalhos e a de expedir as necessárias ordens de serviço, dentro dos prazos estabelecidos, se for o caso. O descumprimento dessas obrigações dá ao particular o direito de pedir a rescisão judicial do contrato, com a devida indenização por perdas e danos.

As obrigações da Administração reduzem-se, geralmente, ao pagamento do preço ajustado, ao passo que as do contratado se expressam no cumprimento da prestação prometida. Isso nos contratos de colaboração, porquanto nos de atribuição invertem-se as posições, ficando a cargo da Administração a prestação do objeto contratual e ao particular o pagamento da remuneração convencionada.

Outra obrigação da Administração é a entrega do local da obra ou do serviço na espécie e nas condições que permitam ao contratado a regular execução do contrato. Nesse encargo da Administração compreendem-se as desapropriações necessárias, as servidões administrativas, as interdições de trânsito e demais atos de autoridade que só o Poder Público pode praticar. A não entrega do local nas condições e prazos avençados ou a alteração do projeto rende ensejo a ampliação dos cronogramas, à revisão de preços e até mesmo à rescisão do contrato, tais sejam os gravames ou a impossibilidade da execução.

Quanto ao particular, ao lado da prestação do objeto do contrato, que é a principal, existem outras obrigações exigíveis, ainda que não consignadas expressamente no instrumento contratual, por decorrerem dos princípios e normas que regem os ajustes do Direito

Público, tais como a observância das normas técnicas adequadas; o emprego do material apropriado, quantitativa e qualitativamente; a sujeição aos acréscimos ou supressões legais; execução pessoal do objeto do contrato; atendimento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução; manutenção no local da obra ou serviço de preposto em condições de tratar com a Administração e dela receber a orientação cabível.

A observância das normas técnicas adequadas e o emprego do material apropriado em quantidade e qualidade compatíveis com o objeto do contrato constituem deveres ético-profissionais do contratado, presumidos nos ajustes administrativos, que visam sempre ao melhor atendimento do serviço público. Daí por que o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no todo ou em parte, o objeto do contrato em que se verifiquem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou dos materiais empregados. Entre nós, as normas técnicas oficiais são as da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

Variações de quantidade são acréscimos ou supressões legais, admissíveis nos ajustes administrativos, nos limites regulamentares, sem modificação dos preços unitários e sem necessidade de nova licitação, bastando o respectivo aditamento, quando se verificar aumento, ou a simples ordem escrita de supressão, havendo redução. Nesses casos, que, por isso mesmo, não configuram hipóteses de alteração unilateral, o contratado tem direito a executar os acréscimos nas mesmas condições do contrato inicial e a Administração não fica obrigada a compor perdas e danos quando determina as reduções permitidas, sujeitando-se apenas ao pagamento do que houver sido realizado antes da ordem de supressão. Além dos limites de variação, é obrigatória a licitação do acréscimo, salvo se houver motivo para a sua dispensa, e, tratando-se de supressão superior ao permitido, o contrato poderá ser rescindido, com as indenizações devidas.

Todo contrato administrativo é firmado intuitu personae, isto é, tendo em vista a pessoa física ou jurídica que, através do procedimento da licitação ou de outros meios, nos casos de dispensa, demonstrou possuir idoneidade para executar plenamente seu objeto, sob o tríplice aspecto jurídico, técnico e financeiro. Assim sendo, compete-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, ou seja, sem transferência de responsabilidades ou subcontratações não autorizadas pela Administração.

Independentemente de cláusula contratual, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato, são os encargos de execução. Esta é a regra. Mas, por disposição legal, regulamentar ou contratual (quando a lei o permitir ou for omissa), poderá a Administração assumir tais encargos ou solidarizar-se com o contratado no seu pagamento.

É obrigação impostergável do contratante a manutenção, no local da obra ou serviço, de preposto credenciado para dirigir os trabalhos, informar a fiscalização e atender às recomendações da Administração na execução do contrato.

O acompanhamento da execução do contrato é direito e dever da Administração e nele se compreendem a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais. Esse acompanhamento compete aos próprios órgãos interessados, mas pode realizar-se por delegação expressa, através de assessorias ou consultorias especializadas, ficando sempre reservada à administração a imposição das medidas punitivas.

A fiscalização da execução do contrato abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração,

tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares do serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existente.

A orientação da execução do contrato é também direito-dever da Administração, que se exterioriza pelo fornecimento de normas e diretrizes sobre seus objetivos, para que o particular possa colaborar eficientemente com o Poder Público no empreendimento em que ambos estão empenhados. Não se confunde com a direção do contrato, que é sempre do contratado, principalmente na empreitada, caracterizada pela autonomia técnica, operacional e econômica do empreiteiro na execução do ajuste, por sua conta e risco, na forma avençada.

A interdição da execução do contrato é o ato escrito pelo qual a Administração determina a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento que venha sendo feito em desconformidade com o avençado. É a aplicação dos princípios da autotutela e da auto-executoriedade, que regem a atividade administrativa, de modo que ao contratado inconformado com a decisão só cabe usar dos recursos hierárquicos ou das vias judiciais cabíveis para a defesa de seus direitos.

A intervenção na execução do contrato é providência extrema que se justifica quando o contratado se revela incapaz de dar fiel cumprimento ao avençado, ou há iminência ou efetiva paralisação dos trabalhos, com prejuízos potenciais ou reais para o serviço público. Por isso mesmo, e por ser medida autoexecutável pela Administração, exige justa causa, caracterizada pelo grave descumprimento do contrato ou pela ocorrência de fatos estranhos à conduta do contratante que ponham em risco a execução, sem o quê será ilegítima.

A aplicação de penalidades contratuais é medida auto-executória de que se vale a Administração quando verifica a inadimplência do contratado na realização do objeto do contrato, no atendimento dos prazos ou no cumprimento de qualquer outra obrigação a seu cargo. A única exceção ao princípio da auto-executoriedade desse poder-dever da Administração ocorre quando o punido resiste e há necessidade de cobrança de quantia em dinheiro ou apreensão de seus bens, caso em que se impõe a utilização do procedimento judicial adequado.

A entrega e recebimento do objeto do contrato constitui a etapa final da execução de todo ajuste administrativo para a liberação do contratado. O recebimento do objeto do contrato pode ser provisório ou definitivo.

Recebimento provisório é o que se efetua em caráter experimental, dentro de um período determinado, para a verificação da perfeição do objeto do contrato, que, para tanto, deverá ser submetido às provas ou testes necessários à comprovação de sua qualidade, resistência, operatividade e conformidade com o projeto e especificações. As falhas e imperfeições verificadas no período do recebimento provisório, durante o qual ficam retidas as garantias oferecidas à execução, ocorrem todas por conta do contratado. Transcorrido o prazo do recebimento provisório sem impugnação da Administração, entende-se o objeto do contrato recebido definitivamente.

A regra é o recebimento definitivo, de modo que o provisório deve ser expressamente previsto no edital ou no contrato, em conformidade com as normas regulamentares, e ressalvado no termo próprio.

Recebimento definitivo é o que a Administração faz em caráter permanente, incorporando o objeto do contrato ao seu patrimônio e considerando o ajuste regularmente executado pelo contratado.

O recebimento definitivo exonera o contratado dos encargos contratuais, mas não da responsabilidade pela solidez e segurança da obra, por cinco anos, nos termos do art. 1.245 do CC, nem das faltas ético-profissionais e muito menos das sanções penais cabíveis em

razão de morte ou lesão corporal causada a terceiro e a ele imputável por dolo ou culpa na execução imperfeita do objeto do contrato.

Extinção do contrato é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas ou pelo seu rompimento, através da rescisão ou da anulação.

A extinção do contrato pela conclusão de seu objeto é a regra, ocorrendo de pleno direito quando as partes cumprem integralmente suas prestações contratuais, ou seja, a realização do objeto do ajuste por uma delas e o pagamento do preço pela outra. O recebimento definitivo importa o reconhecimento da conclusão do objeto do contrato, operando sua extinção.

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, de modo que, uma vez expirado, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público.

A extinção do contrato pela rescisão (administrativa, judicial, amigável ou de pleno direito) é forma excepcional, por importar a prematura cessação do ajuste, em meio à sua execução.

A extinção do contrato pela anulação é também forma excepcional e só pode ser declarada quando se verificar ilegalidade na sua formalização ou em cláusula essencial. Assim, tem-se considerado nulo o contrato realizado sem concorrência, quando a lei a exige, ou mediante concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento ou, ainda, quando o ajuste contraria normas legais em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial.

A anulação do contrato é ato declaratório de invalidade preexistente, pelo que opera efeitos *ex tunc*, retroagindo às suas origens. Quando feita pela Administração, deve formalizar-se por decreto, despacho ou termo circunstanciado, em que se apontem os motivos da invalidade e o dispositivo legal ou regulamentar infringido, pois só a ilegalidade autoriza a extinção do contrato pela via anulatória.

Do mesmo modo, só a ilegalidade autoriza a anulação do contrato administrativo pelo Poder Judiciário, através das vias judiciais comuns (ações ordinárias anulatórias) ou especiais (mandado de segurança ou ação popular), conforme o caso e o direito subjetivo a ser protegido.

Assinale-se, finalmente, que inexistente revogação de contrato, como lamentavelmente ainda se entende entre nós, porque o instituto é privativo dos atos unilaterais. Todavia, os mesmos motivos que ensejam a revogação dos atos administrativos (conveniência da Administração ou interesse públicos) podem autorizar a extinção do contrato, o que se faz através da rescisão unilateral ou administrativa, com a composição dos prejuízos suportados pelo contratado.

Prorrogação do contrato é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores. Assim sendo, a prorrogação, que é feita mediante termo aditivo, independe de nova licitação, podendo seu prazo ser igual, inferior ou superior ao do contrato original. O essencial é que, nos contratos que se extinguem pelo decurso de prazo, tenha sido prevista no edital, ou em cláusula contratual, quando dispensada a licitação inicial.

Renovação do contrato é a inovação no todo ou em parte do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial. A sua finalidade é a manutenção da continuidade do serviço público, pelo que admite a recontratação direta do atual contratado, desde que as circunstâncias a justifiquem e permitam seu enquadramento numa das hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, como ocorre, p. ex., quando o contrato original se extingue faltando pequena parte da obra, serviço ou fornecimento para concluir, ou quando surge durante a

execução a necessidade de uma ampliação não prevista, mas facilmente executável com o pessoal e equipamento já em atividade.

Inexecução ou inadimplência do contrato é o descumprimento de suas cláusulas, no todo ou em parte. Pode ocorrer por ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado.

A inexecução ou inadimplência culposa é a que resulta de ação ou omissão da parte, decorrente de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas contratuais. O conceito de culpa no Direito Administrativo é o mesmo do Direito Civil, consistindo na violação de um dever preexistente: dever de diligência para o cumprimento de prestação prometida no contrato.

A inexecução ou inadimplência sem culpa é a que decorre de atos ou fatos estranhos à conduta da parte, retardando ou impedindo totalmente a execução do contrato. Nesse caso, embora ocorra a inadimplência e possa haver rescisão do contrato, não haverá responsabilidade alguma para os contratantes, porque aqueles eventos atuam como causas justificadoras da inexecução do contrato.

Quando sobrevem eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o ajuste há que ser revisto ou rescindido, pela aplicação da teoria da imprevisão, provinda da cláusula *rebus sic stantibus*, nos seus desdobramentos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevistas, que examinaremos a seguir.

A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra.

Força maior e caso fortuito são eventos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado impossibilidade intransponível de normal execução do contrato.

Força maior é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato.

Caso fortuito é o evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Caso fortuito é, p. ex., um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; ou uma inundação imprevisível que cubra o local da obra; ou outro qualquer fato, com as mesmas características de imprevisibilidade e inevitabilidade, que venha a impossibilitar totalmente a execução do contrato ou retardar seu andamento, sem culpa de qualquer das partes.

O que caracteriza determinado evento como força maior ou caso fortuito são, pois, a imprevisibilidade (e não a imprevisão das partes), a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto que veda a regular execução do contrato.

Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.

O fundamento da teoria do fato do príncipe é o mesmo que justifica a indenização do expropriado por utilidade pública ou interesse social, isto é, a Administração não

pode causar danos ou prejuízos aos administrados, e muito menos a seus contratados, ainda que em benefício da coletividade. Quando isso ocorre, surge a obrigação de indenizar.

O fato do príncipe, caracterizado por um ato geral do Poder Público, tal como a proibição de importar determinado produto, só reflexamente desequilibra a economia do contrato ou impede sua plena execução.

Fato da Administração é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução. O fato da administração equipara-se à força maior e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste. É o que ocorre, p. ex., quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte. Em todos esses casos o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, por culpa do Poder Público; o que não se lhe permite é a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido, inaplicável aos ajustes administrativos.

Interferências imprevistas são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.

As interferências imprevistas não se confundem com outras eventuais superveniências (caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da Administração), porque estas sobrevêm ao contrato, ao passo que aquelas o antecedem, mas se mantêm desconhecidas até serem reveladas através das obras e serviços em andamento, dada sua omissão nas sondagens ou sua imprevisibilidade para o local, em circunstâncias comuns de trabalho. P. ex., numa obra pública, o encontro de um terreno rochoso e não arenoso como indicado pela Administração, ou mesmo a passagem subterrânea de canalização ou dutos não revelados no projeto em execução.

A inexecução do contrato administrativo propicia sua rescisão e pode acarretar, para o inadimplente, conseqüências de ordem civil e administrativa, inclusive a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração.

Responsabilidade civil é a que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial. Pode provir da lei (responsabilidade legal), do ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito) e da inexecução do contrato (responsabilidade contratual), que é a que nos interessa.

Na inexecução do contrato administrativo a responsabilidade civil surge como uma de suas primeiras conseqüências, pois, toda vez que o descumprimento do ajustado causar prejuízo à outra parte, o inadimplente fica obrigado a indenizá-la.

Responsabilidade administrativa é a que resulta da infringência de norma da Administração estabelecida em lei ou no próprio contrato, impondo um ônus ao contratado para com qualquer órgão público.

As sanções administrativas - multa, interdição de atividade, suspensão provisória e declaração de inidoneidade - são aplicáveis diretamente pela Administração, mediante procedimento interno em que se faculte defesa ao infrator. Se a responsabilização for ilegal, abusiva ou arbitrária, o interessado poderá opor-se a ela pelo recurso hierárquico ou pela via judicial adequada.

Suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e de contratar com a Administração é sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade. Se o infrator age com dolo ou se a infração é grave, a sanção adequada será a declaração de inidoneidade.

Declaração de inidoneidade é penalidade aplicável por faltas graves do contratado inadimplente, para impedir que continue contratando com a Administração. Não é, a rigor, uma penalidade contratual, mas uma sanção administrativa genérica, que só pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, na forma e nos casos expressamente estabelecidos.

A derradeira observação é a de que a declaração de inidoneidade exige oportunidade de defesa e admite cancelamento, desde que afastada a diretoria, a equipe técnica ou o profissional responsável pelas falhas contratuais e técnicas, pois, cessada a causa, devem cessar os efeitos da sanção. Mesmo a pessoa física atingida pela sanção poderá reabilitar-se demonstrando seu bom desempenho posterior perante outras Administrações, porque são contra a índole do Direito as interdições administrativas perpétuas.

A revisão do contrato, ou seja, a modificação das condições de sua execução, pode ocorrer por interesse da própria Administração ou pela superveniência de fatos novos que tornem inexecutável o ajuste inicial. A primeira hipótese surge quando o interesse público exige a alteração do projeto ou dos processos técnicos de sua execução, com aumento dos encargos ajustados; a segunda, quando sobrevêm atos do Governo ou fatos materiais imprevistos e imprevisíveis pelas partes que dificultam ou agravam, de modo excepcional, o prosseguimento e a conclusão do objeto do contrato, por obstáculos intransponíveis em condições normais de trabalho ou por encarecimento extraordinário das obras e serviços a cargo do particular contratado, que impõem uma recomposição dos preços ajustados, além do reajuste prefixado.

Em qualquer desses casos o contrato é passível de revisão, para adequação à nova realidade e recomposição dos preços, em face da situação emergente. Não se trata, aqui, do reajustamento de preço constante do contrato, mas sim de revisão do próprio ajuste diante de circunstâncias e fatos imprevistos, imprevisíveis e estranhos ao acordo inicial das partes.

É obrigatória a recomposição dos preços quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela Administração, aumentam os custos ou agravam os encargos do particular contratado, ou quando atos gerais do Governo ou dificuldades materiais específicas passam a onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato, desequilibrando a equação financeira estabelecida inicialmente entre as partes.

Rescisão é o desfazimento do contrato durante sua execução por inadimplência de uma das partes, pela superveniência de eventos que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste ou pela ocorrência de fatos que acarretem seu rompimento de pleno direito.

A rescisão pode efetivar-se por diversas formas, a saber: por ato unilateral da Administração (rescisão administrativa), por acordo entre as partes (rescisão amigável), por decisão judicial (rescisão judicial), por declaração da ocorrência de fato previsto como extintivo do contrato (rescisão de pleno direito). Vejamos cada uma dessas formas de rescisão.

Rescisão administrativa é a efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, por inadimplência do contratado ou por interesse do serviço público. No primeiro caso pode ou não haver culpa do contratado, mas no segundo essa é sempre inexistente.

Por outro lado, em qualquer desses casos exige-se procedimento regular, com oportunidade de defesa e justa causa, pois a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos ensejadores desse excepcional distrato.

O ato rescisório, expresso em decreto ou despacho, deverá ser consubstanciado em termo, no qual se descreva o estado em que se encontra o objeto do contrato e se indiquem os motivos e disposições, normativas ou contratuais, que embasaram a rescisão, para que a qualquer tempo se possa evidenciar sua legitimidade e fixar a indenização, se devida.



Esse termo é o ato formalizador da rescisão administrativa, operando seus efeitos a partir da data de sua publicação ou ciência oficial ao interessado (ex nunc).

A rescisão administrativa por inadimplência do contratado ocorre quando este descumpre cláusula essencial do contrato e, em consequência, retarda ou paralisa sua execução ou desvirtua seu objeto. A inadimplência pode ser culposa, quando resultante de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia do contratado, ou sem culpa, quando atribuível a força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração, que constituem causas justificadoras da inexecução, como vimos precedentemente.

A rescisão administrativa por interesse público ou conveniência da Administração tem por fundamento a variação do interesse público, que autoriza a cessação do ajuste quando este se torna inútil ou prejudicial à coletividade. Ao efetivar a rescisão por interesse público, a Administração poderá fixar o valor da indenização cabível, verificado através de operações contábeis. O contratado não poderá opor-se à medida, mas, não concordando com o valor da indenização, deverá recorrer às vias judiciais adequadas, pleiteando unicamente a justa reparação dos danos sofridos com a antecipada extinção do contrato.

Rescisão amigável é a que se realiza por mútuo acordo das partes, para a extinção do contrato e acerto dos direitos dos contratantes. É feita, normalmente, nos casos de inadimplência sem culpa e nos que autorizam a rescisão por interesse público.

A rescisão judicial é a decretada pelo Poder Judiciário em ação proposta pela parte que tiver direito à extinção do contrato. Essa rescisão tanto pode ser obtida pelo particular como pela Administração, sendo obrigatória para aquele e opcional para esta, que dispõe de poder para operar a rescisão administrativa, por ato próprio. O Estatuto admite quatro casos para o pedido de rescisão pelo contratado: a) suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a cento e vinte dias; b) atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração; c) a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução do contrato, nos prazos ajustados; d) ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada (art. 68, XV a XVIII).

A ação para rescindir o contrato é de rito ordinário e admite pedidos cumulados de indenização, retenção, compensação e demais efeitos decorrentes das relações contratuais em discussão, processando-se sempre no juízo privativo da Administração interessada, que é improrrogável.

A ação popular é também meio de rescisão judicial indireta, posto que cabível para a invalidação de contrato firmado com a Administração, autarquia e entidade paraestatal ou subvencionada com dinheiros públicos, desde que lesivo de seu patrimônio.

O mandado de segurança poderá ser impetrado adequadamente para anulação de ato ilegal ou abusivo da autoridade, conduzindo obliquamente à cessação dos efeitos do contrato, o que equivale à sua rescisão.

Rescisão de pleno direito é a que se verifica independentemente de manifestação de vontade de qualquer das partes, diante da só ocorrência de fato extintivo do contrato previsto na lei, no regulamento ou no próprio texto do ajuste, tais como o falecimento do contratado, a dissolução da sociedade, a falência da empresa, o perecimento do objeto contratado e demais eventos de efeitos semelhantes.

Ocorrendo o fato extintivo, rompe-se automaticamente o contrato, devendo ambas as partes cessar sua execução. Não há, portanto, necessidade de ato formal de rescisão, nem de decretação judicial: a rescisão de pleno direito resulta do próprio fato extintivo, sendo meramente declaratório qualquer reconhecimento dessa situação, cujos efeitos, por isso mesmo, retroagem à data do evento rescisório (ex tunc).

A rescisão de pleno direito pode dar-se com ou sem indenização, conforme previsto em norma legal ou regulamentar ou convencionado no contrato.

Veremos, a seguir, os principais contratos administrativos, a saber: contrato de obra pública; contrato de serviço; contrato de trabalhos artísticos; contrato de fornecimento; contrato de concessão; contrato de gerenciamento.

Contrato de obra pública é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma construção, uma reforma ou uma ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público. Qualquer desses casos configura obra pública, que, em sentido administrativo, é toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados.

A obra pública pode ser classificada em quatro modalidades de empreendimento, a saber: equipamento urbano (ruas, praças, estádios, monumentos; calçamentos e canalizações; redes de energia elétrica e de comunicação; viadutos, túneis, "metrô" e demais melhoramentos próprios das cidades); equipamento administrativo (instalações e aparelhamentos para o serviço administrativo em geral); empreendimentos de utilidade pública (ferrovias, rodovias, pontes, portos, aeroportos, canais, obras de saneamento, represas, usinas hidrelétricas ou atômicas e demais construções de interesse coletivo); edifícios públicos (sedes de governo, repartições públicas, escolas, hospitais, presídios etc.).

Embora tratando de equipamento urbano, equipamento administrativo, empreendimento de utilidade pública ou edifício público, o contrato administrativo só será de obra pública se objetivar uma construção, reforma ou ampliação de imóvel, porque o que caracteriza obra, para fins de contratação administrativa, e a distingue do serviço é a predominância do material sobre a atividade operativa.

Construção no sentido técnico usado pelas normas administrativas, é a conjugação de materiais e de atividades empregados na execução de um projeto de Engenharia. Construção é gênero de que a edificação - obra destinada especificamente a habitação, trabalho, culto ou, enfim, a uma utilização humana pessoal - é espécie (exemplificando: uma ponte ou um estábulo é uma construção, mas não uma edificação; uma casa é, genericamente, uma construção e, especificamente, uma edificação). Modernamente, denomina-se construção civil toda obra - particular ou pública - destinada a fins pacíficos, em oposição à construção militar, que abrange toda obra bélica.

Reforma é obra de melhoramento nas construções, sem aumentar sua área ou capacidade. Caracteriza-se pela colocação de seu objeto em condições normais de utilização ou funcionamento, sem ampliação das medidas originais de seus elementos.

Ampliação é obra de aumento da área ou capacidade da construção. Na ampliação mantém-se a orientação do projeto originário, mas se acresce a área ou a capacidade da construção.

Regime de execução é o modo pelo qual nos contratos de colaboração, isto é, naqueles em que o particular se propõe a realizar algo para o Poder Público, se estabelecem as relações negociais entre as partes, tendo em vista a realização de seu objeto pelo contratado e a respectiva contraprestação pecuniária pela Administração.

O contrato de obra pública admite três modalidades de regime de execução, a saber: empreitada, administração contratada e tarefa, as quais podem ser combinadas entre si, formando um contrato misto. Para os grandes e complexos empreendimentos de Engenharia tem-se adotado o contrato de gerenciamento.

Pelo contrato de empreitada, que é o mais usado, a Administração comete ao particular a execução da obra por sua conta e risco, mediante remuneração previamente ajustada, tal como acontece na empreitada civil.

Quanto ao modo de remuneração, o regime de empreitada pode ser por preço global e por preço unitário, ou misto.

Empreitada por preço global é aquela em que se ajusta a execução por preço certo, embora reajustável, previamente estabelecido para a totalidade da obra. O pagamento, entretanto, pode efetuar-se parceladamente, nas datas prefixadas ou na conclusão da obra ou de cada etapa, consoante o ajustado pelas partes. É comum nos contratos de empreitada por preço global a especificação de preços unitários, tendo em vista a obrigação do contratante de aceitar os acréscimos e supressões legais aos preços originariamente ofertados.

Empreitada por preço unitário é a em que se contrata a execução por preço certo de unidades determinadas. É a mais adequada aos casos em que, nos termos do Código Civil (art. 1.241), a obra "constar de partes distintas" ou for daquelas que "se determinam por medida". Nessa modalidade de empreitada o preço é ajustado por unidades, que tanto podem ser metros quadrados de muro levantado, como pisos distintos de um edifício, como metros cúbicos de concreto fundido, e o pagamento é devido após o recebimento de cada unidade pela Administração.

No regime de administração contratada o valor da obra é apenas estimado e o pagamento é ajustado com base nos custos do material e da mão-de-obra, geralmente fornecidos pelo contratado. Trata-se de um sistema em que os riscos correm todos por conta da Administração, pois a remuneração do contratado é proporcional aos custos diretos, relacionados com os materiais, equipamentos, pessoal e respectivos encargos, e aos custos indiretos, que englobam, dentre outros, os gastos com o suporte administrativo do empreendimento, com a captação de recursos financeiros e com o pagamento de tributos. Além disso, o contratado é indenizado de todas as denominadas despesas reembolsáveis, vale dizer, as que, não se incluindo nos custos diretos nem nos indiretos, tenham sido feitas com autorização da Administração contratante, para a cabal execução da avença.

O regime de tarefa é aquele em que a execução de pequenas obras ou de parte de uma obra maior é ajustada por preço certo, global ou unitário, com pagamento efetuado periodicamente, após a verificação ou a medição pelo fiscal do órgão contratante. Comumente, o tarefeiro só concorre com a mão-de-obra e os instrumentos de trabalho, mas nada impede que forneça também os materiais.

Contrato de serviço é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados. O que distingue, pois, o serviço da obra é a predominância da atividade sobre o material empregado. A atividade operativa é que define e diversifica o serviço, abrangendo desde o trabalho braçal do operário até o labor intelectual do artista ou a técnica do profissional mais especializado. Dai por que a gama de serviços é infundável, o que leva as leis administrativas, em geral, a enumerá-los exemplificativamente, mencionando apenas os mais freqüentes, tais como demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, desmontagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, comunicação e trabalhos técnico-profissionais.

Para fins de contratação administrativa é necessário distinguir os serviços comuns, os serviços técnicos profissionais e os trabalhos artísticos, que, por suas características, influem diversamente na formação e no conteúdo do contrato.

Serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução, podendo ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, por não serem privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional.

Os serviços comuns devem ser contratados mediante prévia licitação, para que a Administração possa obtê-los nas melhores condições de execução e preço, uma vez que é

geralmente grande o número de pessoas e firmas com as mesmas possibilidades de realizá-los satisfatoriamente.

A contratação desses serviços, de que são exemplos a pintura de edifícios, a limpeza e conservação de prédios ou de máquinas simples, admite as três modalidades de regime de execução já estudadas, ou seja, empreitada, administração contratada e tarefa.

Serviços técnicos profissionais são os que exigem habilitação legal para sua execução. Essa habilitação varia desde o simples registro do profissional ou firma na repartição competente até o diploma de curso superior oficialmente reconhecido. O que caracteriza o serviço técnico é a privatividade de sua execução por profissional habilitado, seja ele um mero artífice, um técnico de grau médio ou um diplomado em escola superior. É serviço que requer capacitação profissional e habilitação legal para seu desempenho dentro das normas técnicas adequadas, como ocorre com os trabalhos de Engenharia, Eletricidade, Hidráulica, Mecânica, Comunicações, Computação, Transportes e outros que exigem conhecimentos especiais para sua realização.

Os serviços técnicos profissionais podem ser generalizados e especializados, como veremos a seguir.

Serviços técnicos profissionais generalizados são os que não demandam maiores conhecimentos, teóricos ou práticos, que os normalmente exigidos do profissional. Sua contratação, conforme o caso, pode ser feita sob qualquer dos três regimes já estudados e, de regra, exige licitação, porque há sempre a possibilidade de competição entre os que os executam em igualdade de condições e em caráter profissional.

Serviços técnicos profissionais especializados constituem um aprimoramento em relação aos comuns, por exigirem de quem os realiza acurados conhecimentos, teóricos ou práticos, obtidos através de estudos, do exercício da profissão, da pesquisa científica, de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento, os quais situam o especialista num nível superior ao dos demais profissionais da mesma categoria. Os serviços técnicos profissionais especializados - tais como estudos, planejamentos e projetos em geral; perícias, pareceres e avaliações em geral; assessorias, consultorias e auditorias; fiscalização e gerenciamento; supervisão de obras e serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal - autorizam a dispensa de licitação sempre que contratados com profissionais, pessoas físicas ou jurídicas, de notória especialização.

Notória especialização, para fins de contratação administrativa, é o reconhecimento público de alta capacidade do profissional. Notoriedade profissional é, pois, algo mais que habilitação profissional.

Trabalhos artísticos são os que visam à realização de "obras de arte", em qualquer dos campos das chamadas "belas-artes" ou "artes-maiores", em contraposição às "artes-menores" ou "artes aplicadas", ou, ainda, "artes utilitárias". O trabalho artístico é serviço profissional, embora possa ser realizado por simples diletantismo, e serviço técnico, porque pressupõe conhecimentos teóricos e práticos de quem o executa, havidos ou não através de cursos regulares de formação artística. Por isso mesmo, o trabalho artístico, ainda que essa expressão não se lhe aplique com muita propriedade, é serviço técnico profissional, com a única diferença de que nem sempre é exigida a habilitação legal.

Contrato de fornecimento é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios etc.) necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços.

Os contratos de fornecimento admitem três modalidades: fornecimento integral, fornecimento parcelado e fornecimento contínuo. No primeiro caso, que é o que mais se aproxima do contrato de compra e venda do Direito Privado (Civil ou Comercial), a entrega da coisa deve ser feita de uma só vez e na sua totalidade; no segundo, a prestação exaure-se com a

entrega final da quantidade contratada; e, no terceiro, a entrega é sucessiva e perene, devendo ser realizada nas datas avençadas e pelo tempo que durar o contrato.

Contrato de concessão é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Dai a tripartição da concessão em concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado intuitu personae. A modalidade de licitação cabível para os contratos de concessão (de uso, de serviço ou de obra pública) é a concorrência.

Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.

Contrato de concessão de obra pública, ou, simplesmente, concessão de obra pública, é o ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, por tarifa.

Contrato de concessão de uso de bem público, concessão de uso de bem público ou, simplesmente, concessão de uso, é o destinado a outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo a sua destinação específica, tal como um hotel, um restaurante, um logradouro turístico ou uma área de mercado pertencente ao Poder Público concedente. É um típico contrato de atribuição, pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade, mas, como todo contrato administrativo, não pode contrapor-se às exigências do serviço público, o que permite à Administração alterá-lo unilateralmente e até mesmo rescindi-lo, e isto o distingue visceralmente das locações civis ou comerciais. Como contrato administrativo, sujeita-se também ao procedimento licitatório prévio, no caso, a concorrência, salvo na concessão gratuita, que equivale a doação.

A concessão de uso, que pode ser remunerada ou não, apresenta duas modalidades, a saber: a concessão administrativa de uso e a concessão de direito real de uso. A primeira, também denominada concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. Já, a concessão de direito real de uso, instituída pelo Dec.-lei 271, de 28.2.67 (arts. 7º e 8º), como o próprio nome indica, atribui o uso do bem público como direito real, transferível a terceiros por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária. E é isso que a distingue da concessão administrativa de uso, tornando-a um instrumento de grande utilidade para os empreendimentos de interesse social, em que o Poder Público fomenta determinado uso do bem público.

Contrato de gerenciamento é aquele em que o contratante, no caso, o Governo, comete ao gerenciador a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da execução das obras e serviços projetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação. Nessa moderna modalidade contratual todas as atividades necessárias à implantação do empreendimento são transferidas ao gerenciador (empresa ou profissional habilitado) pela entidade ou órgão interessado, que apenas retém o poder de decisão sobre os trabalhos e propostas apresentados, e, uma vez aprovados, passa a responsabilizar-se pelo seu custo, nas condições ajustadas com seus elaboradores e executores.

O gerenciamento é, pois, atividade técnica de mediação entre o patrocinador da obra e seus executores, visto que o profissional ou a empresa gerenciadora não executa materialmente o empreendimento, mas propicia sua execução, indicando os meios mais eficientes e econômicos para sua realização. E, após a celebração dos contratos necessários com os respectivos executores, firmados diretamente pelo dono da obra, o gerenciador passe a programar, supervisionar, controlar e fiscalizar todos os serviços contratados.

No gerenciamento, o gerenciador não representa e entidade ou órgão que o contratou, nem age em nome dele, mas atua para ele. Realmente, o gerenciador presta um serviço técnico especializado, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade, nos termos do ajustado com o dono da obra e sempre sujeito ao seu controle. Não representando o dono da obra, o prestador do serviço de gerenciamento (que denominamos o gerenciador para diferenciá-lo do gerente comercial) não dispõe de poderes para firmar contratos com terceiros, nem para desfazer ajustes celebrados entre estes e o dono da obra, nem para impor penalidades aos contratados inadimplentes.

#### **4. licitação**

Vimos anteriormente que o contrato administrativo exige licitação prévia, só dispensável, inexigível ou vedada nos casos expressamente previstos em lei, e que constitui uma de suas peculiaridades, de caráter externo. Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor.

O Dec.-lei 2.300, de 21.11.86, instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, editando disposições específicas para a União e suas autarquias e normas gerais para os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios como, também, para suas entidades paraestatais. É o que consta de seus arts. 1º e 2º, c/c os arts. 85 e 86. Essas normas gerais agora encontram embasamento na CF, art. 22, XXVII.

Por normas gerais devem entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. Continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, como o fizeram na vigência do Dec.-lei 200/67 e da Lei 5.456/68, que estendeu as normas gerais sobre a matéria a todas as entidades estatais e autárquicas de todos os níveis de governo, orientação que continua mantida pelo Dec.-lei 2.300/86 em tudo que não contrariar suas normas gerais, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis.

Feitas essas considerações gerais sobre o Estatuto, vejamos os aspectos doutrinários da matéria por ele regida, a começar pelo conceito, finalidades, princípios e objeto da licitação.

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a

Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Essa dupla finalidade - obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratantes - é preocupação que vem desde a Idade Média e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.

Os princípios que regem a licitação, qualquer que seja a sua modalidade, resumem-se nos seguintes preceitos: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor. O Estatuto acrescentou, agora, dentre os princípios básicos da licitação, o da probidade administrativa (art. 39).

O princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere.

A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente.

Não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em ato público; este poderá ser realizado em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranqüilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do resultado do julgamento, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis.

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. Todavia, não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes, pois ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua. Dai o necessário sigilo, que há de ser guardado relativamente a todas as propostas, até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após a habilitação dos proponentes.

A abertura da documentação ou das propostas ou a revelação de seu conteúdo antecipadamente, além de ensejar a anulação do procedimento, constitui ilícito punível até mesmo pela lei penal (CP, art. 326).

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

O julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (Estatuto, art. 37).

A probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas o Estatuto a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A probidade na Administração é mandamento constitucional, que pode conduzir a "suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor.

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Advirta-se, porém, que o direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa. Agindo com abuso ou desvio de poder na invalidação ou no adiamento, a Administração ficará sujeita a correção judicial de seu ato e a reparação dos prejuízos causados ao vencedor lesado em seus direitos, quando cabível.

Com a adjudicação homologada encerra-se o procedimento licitatório, passando-se ao contrato.

Objeto da licitação é a obra, o serviço, a compra, a alienação ou a concessão que, a final, será contratada com o particular.

Esse objeto deverá ser convenientemente definido no edital ou no convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público.

A definição do objeto, ou seja, sua descrição com todos os dados necessários ao seu perfeito entendimento, tais como o anteprojeto e as respectivas especificações, no caso de obra, é condição de legitimidade da licitação, salvo quanto aos objetos padronizados por normas técnicas, para os quais basta sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras.



A licitação de obras, serviços, compras e alienações passou a ser uma exigência constitucional para toda a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, ressalvados os casos especificados na legislação pertinente (CF, art. 37, XXI). Admite-se que as entidades paraestatais que tenham personalidade jurídica de Direito Privado (sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público) possam ter regulamento próprio, dadas as suas características de entes colaboradores do Poder Público (Estatuto, art. 86).

A expressão obrigatoriedade de licitação tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra. Vejamos, a seguir, quais os casos legais de dispensa de licitação e aqueles em que esta é inexigível ou vedada.

O Estatuto diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando a dispensada, dispensável, inexigível e até mesmo vedada por lei.

Licitação dispensada é aquela em que a própria lei declarou-a como tal, nos casos de doação em pagamento, doação, permuta, investidura, venda de ações e de outros títulos negociados em Bolsa. A doação com encargo, todavia, é passível de licitação.

Licitação dispensável é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. O Estatuto enumerou onze casos, na seguinte ordem:

I - Obras e serviços de Engenharia até determinado valor máximo.

II - Outros serviços e compras até determinado valor máximo e nas alienações previstas no decreto-lei (art. 15, I e II).

III - Guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública são situações que admitem dispensa de licitação para os contratos relacionados com o evento.

Guerra é o estado de beligerância entre duas ou mais nações, devendo ser declarada, no Brasil, por ato do Presidente da República, na forma constitucional (CF, art. 84, XIX).

Grave perturbação da ordem é a comoção interna generalizada ou circunscrita a determinada região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que atinja atividades ou serviços essenciais à comunidade.

Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral.

IV - Emergência também dispensa licitação e caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas à coletividade.

V - Complementação de obra, serviço ou fornecimento, em determinadas circunstâncias, autoriza a dispensa de licitação, ou seja, quando houver comprovada conveniência administrativa na contratação direta com o mesmo contratado anterior. Essa situação apresenta-

se, geralmente, quando, além da contratação principal, são necessários serviços ou obras secundárias para operação do empreendimento principal, ou maior quantidade na compra precedente.

VI - Desinteresse pela licitação anterior é também motivo para a contratação direta, mantidas as condições preestabelecidas no edital ou no convite. Caracteriza-se o desinteresse quando não acode ao chamamento anterior nenhum licitante, ou todos são desqualificados ou nenhuma proposta classificada.

VII - Contratação com concessionário de serviço público pode também dispensar a licitação desde que o objeto do contrato seja pertinente ao da concessão e só haja um concessionário em condições de contratar. Se houver mais de um concessionário interessado, ou terceiro que também possa participar do certame, é necessária a licitação. A lei não diz, mas é de entender-se que a dispensa é viável não só entre o concedente e seu concessionário como o de qualquer outra entidade. Não se confunda concessionário com permissionário ou autorizatário, pois o Estatuto só admite a dispensa de licitação no contrato com aquele, e não com estes.

VIII - Intervenção no domínio econômico também autoriza a União - e somente a União - a dispensar licitação, para regular preços ou normalizar o abastecimento. Em tais casos não se fará licitação mas, sim, aquisição amigável ou mediante desapropriação, bem como requisição de serviços para atendimento público.

IX - Propostas com preços excessivos podem ser rejeitadas na licitação, para contratação direta do mesmo objeto, produto ou serviço com quem os venda por preço inferior. Essa disposição legal é altamente moralizadora das aquisições da Administração, pois evita conchavos de fornecedores para elevar, acima do mercado ou do preço tabelado, suas ofertas em licitação.

X - Entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais. É dispensável a licitação quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas estatais, autárquicas ou paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao controle majoritário estatal, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas a licitação. E compreende-se esta restrição porque, havendo possibilidade de competição entre empresas, deverá haver, obrigatoriamente, licitação, na modalidade cabível.

XI - Produtos padronizados. A licitação também é dispensável para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros padronizados ou uniformizados por órgão oficial, desde que não seja possível a fixação de critério objetivo para o julgamento das propostas.

Vejam os casos em que a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

Esses casos serão examinados a seguir, na ordem em que a lei os enuncia.

O Estatuto considera inexigível a licitação para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor ou vendedor exclusivo, porque seria inútil licitar o que não é passível de competição de preço ou de qualidade.

Há que distinguir, todavia, a exclusividade industrial da exclusividade comercial. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de produtor, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da

licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor.

Para a Administração, a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de tomada de preços; no País, na hipótese de concorrência. Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país.

Ao cuidar da exclusividade do produtor ou vendedor, o Estatuto veda, agora, a preferência de marca.

A aquisição de produto de marca determinada, com exclusão de similares, é possível em três hipóteses: para continuidade de utilização da marca já existente no serviço público; para adoção de nova marca mais conveniente que as existentes; para padronização de marca ou tipo no serviço público. O essencial é que a Administração demonstre a efetiva vantagem de determinada marca ou tipo para continuidade, adoção ou padronização em seus órgãos e serviços, com exclusividade.

Serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional exigida para os serviços técnicos profissionais em geral - aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento.

Sobre a contratação de artistas, a nova lei, endossando a doutrina, que equipara os trabalhos artísticos aos serviços técnicos profissionais especializados, prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de seu empresário. O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A compra ou locação de imóvel para o serviço público inexige licitação desde que as necessidades de instalação ou localização condicionem sua escolha pela Administração.

O serviço público tem exigências para seus edifícios e terrenos, principalmente a área construída de que necessita e sua localização, pelo que o Poder Público dispõe da faculdade de escolher livremente o imóvel, para alugá-lo ou adquiri-lo por compra civil ou desapropriação. Quando, porém, as necessidades do serviço não obrigarem a Administração a se fixar num determinado imóvel, a compra ou a locação devem ser precedidas do procedimento licitatório cabível, como dispõe agora, a contrario sensu, o inc. IV do art. 23 do Estatuto.

A aquisição e a restauração de obras de arte e objetos históricos não exigem licitação quando contratadas por órgão ou entidade cujas atividades se relacionem com o setor artístico ou histórico (museus, escolas de belas-artes, fundações culturais ou artísticas).

Justifica-se a inexigibilidade de licitação para a aquisição por se tratar de objetos certos e determinados, valiosos por sua originalidade e, por isso mesmo, não sujeitos a substituição por cópias ou similares. Daí por que a lei exige certificado de autenticidade para legitimar a aquisição direta.

Quanto à restauração, que só pode ter por objeto bens artísticos ou históricos igualmente autênticos, a justificativa para a contratação direta assenta-se na natureza do trabalho dos restauradores, que equipara-se aos serviços técnicos profissionais especializados.

O Estatuto veda a licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, a juízo do Presidente da República (art. 23, § 1º). Ocorrendo tal caso, a Administração deverá obter, previamente, a autorização presidencial para a

contratação direta. E o contrato há que atender ao disposto nos arts. 93 a 98 do Dec. 79.099, de 6.1.77, que aprova o Regulamento para Salvaguarda de Assuntos Sigilosos.

O § 2º do art. 23 do Estatuto permite que, em caso de rescisão do ajuste, as partes remanescentes da obra, serviço ou fornecimento sejam contratadas diretamente com participante da mesma licitação, desde que atendida a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. Este dispositivo guarda simetria com a dispensa de licitação prevista no art. 22, V, do Estatuto, mas com ele não se confunde, pois aquele caso é de dispensa de licitação e este é de inexistência (art. 23, § 2º) e as hipóteses são diferentes.

O procedimento da licitação inicia-se na repartição interessada com a abertura de processo em que a autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa. Essa é a fase interna da licitação, à qual se segue a fase externa, que se desenvolve através dos seguintes atos, nesta seqüência: edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e propostas; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; adjudicação e homologação.

Edital é o instrumento pelo qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura de concorrência ou de tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Como lei interna da concorrência e da tomada de preços, vincula inteiramente a Administração e os proponentes. Todavia, o edital não é exaustivo, porque normas superiores e anteriores do órgão licitante o complementam, embora não reproduzidas em seu texto.

A divulgação do edital é obrigatória pela imprensa oficial e particular, no caso de concorrência, e por simples afixação na repartição interessada e comunicação às entidades de classe dos interessados, na hipótese de tomada de preços.

O prazo mínimo para convocação de licitantes está agora fixado pelo Estatuto em trinta dias para concorrência e concurso; em quinze dias para tomada de preços e leilão; e em três dias para convite.

Feitas essas considerações gerais sobre o edital, vejamos seu conteúdo e requisitos.

O edital, à semelhança da lei, tem preâmbulo, texto e fecho. O preâmbulo é a parte introdutória, destinada a apresentar a licitação e a identificar o órgão que a promove, devendo conter o nome da repartição interessada; o número do edital; a finalidade da licitação; o processo em que foi autorizada; a indicação da legislação que a rege; o local, dia e hora para o recebimento das propostas e abertura dos envelopes com a documentação. O texto é o corpo e a parte fundamental do edital, por definir o objeto da licitação e estabelecer as condições de participação, o critério para o julgamento das propostas e os requisitos para a formalização do contrato. O fecho é o encerramento do edital, com as determinações finais sobre sua divulgação, data e assinatura da autoridade responsável pela licitação.

O texto, que é a parte mais importante do edital, deve ser articulado, contendo todos os elementos que o constituem e que podemos considerar o "decálogo" de todo edital, a saber: 1) objeto da licitação; 2) prazo e condições; 3) garantias; 4) pagamento e reajustamento de preços; 5) recebimento do objeto da licitação; 6) condições para participar da licitação; 7) critério de julgamento; 8) recursos admissíveis; 9) informações sobre a licitação; 10) outras indicações, que examinaremos a seguir, nesta ordem.

O objeto da licitação deve ser descrito sucinta e claramente, de modo que os interessados possam entender de imediato o que a Administração deseja contratar. As minúcias constarão do projeto ou anteprojeto, memoriais, especificações, plantas, planilhas e demais elementos complementares, conforme o caso.

O prazo e as condições de execução, de entrega e de recebimento do objeto da licitação devem ser estabelecidos com clareza e precisão técnica e jurídica, para orientação dos interessados na formulação de suas propostas e na formalização do contrato com o vencedor. Sendo o edital um instrumento vinculante para as partes, não se pode, a seu arripio, ampliar ou reduzir prazos, nem inovar condições ou termos contratuais.

As garantias para a execução do contrato hão de constar do edital, pena de se tornarem inexigíveis do vencedor da licitação.

As condições de pagamento e, quando for o caso, de reajustamento de preços devem constar necessariamente do edital, para serem reproduzidas no contrato. Não é a concordância das partes que legitima as majorações de preços, mas sim o contrato que há de autorizá-las, quando previstas no edital, na conformidade da legislação permissiva dos reajustes.

As condições de recebimento do objeto da licitação, que se confunde com o objeto do contrato, devem também ser estabelecidas no edital para valerem no ajuste.

São condições para participar da licitação as que a Administração, tendo em vista a natureza, o vulto e a complexidade do objeto do certame, estabelecer como mínimos necessários à habilitação dos proponentes. Equipara-se às condições de participação a forma de apresentação das propostas, porque, embora as ofertas só sejam conhecidas após a fase de habilitação, sua desconformidade formal com o exigido no edital pode impedir a apreciação de seu conteúdo, ensejando desclassificação. Assim, o edital deve especificar com clareza os documentos necessários à comprovação das condições de participação e a forma de apresentação das propostas, p. ex.: em duas vias; datilografadas etc.

O edital deverá indicar, necessariamente, o critério de julgamento das propostas e os fatores que serão considerados na avaliação das vantagens para a Administração, tais como qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, de interesse do serviço público. O essencial é que aponte os fatores que irão predominar no julgamento, para que a Comissão julgadora os considere.

O edital deve trazer em seu texto a indicação do local e horário em que podem ser obtidos os elementos esclarecedores da licitação e demais informações a ela relativas. Essa indicação precisa constar também - e principalmente - dos avisos e comunicações sobre a instauração do certame, a fim de não se restringir a divulgação, dificultando a procura dos dados necessários pelos interessados.

Além das mencionadas nos nove itens precedentes, que são genéricos, o edital deve conter as indicações específicas ou peculiares da licitação a que se refere.

Com todos esses esclarecimentos do edital, a Administração fixará corretamente seu desejo e ampliará o número de competidores, possibilitando a seleção da melhor proposta, que é a finalidade precípua da licitação. Sem essas indicações a Administração poderá sujeitar-se a invalidação do procedimento licitatório, por falta de elementos essenciais ao texto do edital ou do convite.

O edital discriminatório ou omissivo em pontos essenciais pode ser impugnado pelos interessados em participar da licitação, desde que adquiram a pasta respectiva e façam o protesto antes da entrega da documentação e da proposta. O que não se admite é a impugnação pelo licitante que, tendo-o aceito sem objeção, vem, após o julgamento desfavorável, argüir sua invalidade.

A carta-convite é o instrumento convocatório dos interessados na modalidade de licitação denominada convite. É uma forma simplificada de edital que, por lei, dispensa a publicidade deste, pois é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada. À carta-convite aplicam-se, no que for cabível, as regras do edital, dentro da singularidade que caracteriza o procedimento do convite. O essencial é que

identifique o objeto da licitação, expresse com clareza as condições estabelecidas pela Administração, fixe o critério de julgamento e indique os recursos cabíveis.

O recebimento da documentação e propostas é o segundo ato externo da licitação, com que se inicia a fase de habilitação dos licitantes. Esse ato, que é sempre público, caracteriza-se pela abertura dos envelopes que contêm a documentação e pelo exame da regularidade formal dos documentos de habilitação, lavrando-se as atas e os termos respectivos.

Documentação é o conjunto dos comprovantes da personalidade jurídica, da capacidade técnica e da idoneidade financeira que se exigem dos interessados para habilitarem-se na licitação. Deve ser apresentada em envelope fechado, distinto do das propostas e sem qualquer referência a estas, cuja abertura há de anteceder, necessariamente, o conhecimento das ofertas. Se houver Inversão ou concomitância na abertura dos envelopes-documentação e envelopes-propostas, a licitação torna-se passível de invalidação.

A Administração não pode tomar conhecimento de papel ou documento não solicitado, exigir mais do que foi solicitado, considerar completa a documentação falha, nem conceder prazo para a apresentação dos faltantes, porque isso criaria desigualdade entre os licitantes, invalidando o procedimento licitatório.

A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados. Daí por que o Estatuto (art. 25) limitou a documentação, exclusivamente, aos comprovantes de capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira. Nada mais se pode exigir dos licitantes na fase de habilitação.

Propostas são as ofertas feitas pelos licitantes para a execução do objeto da licitação, indicando cada qual seu modo de realização e preço, na forma e condições pedidas no edital ou convite. A proposta é, em licitação, oferta de contrato, identificando-se com a proposta de contrato de que cuida o Código Civil (arts. 1.080 e ss.), porque obriga o proponente, quanto a seus termos, desde o momento em que é conhecida pela Administração até a expiração do prazo de sua validade. A sua peculiaridade está em que vincula o proponente mas não obriga a Administração a contratar, mesmo que aceita a oferta.

O proponente não pode modificar sua proposta desde que entregue à Administração, mas pode retirá-la. A retirada da proposta antes da abertura do respectivo envelope é admitida sem sanção alguma para o desistente; depois de conhecido o seu conteúdo, ou após o julgamento, sendo o vencedor, sujeitar-se-á às sanções administrativas e responderá por eventuais perdas e danos; não sendo o vencedor, ficará liberado da proposta desde a homologação, salvo se houver compromisso de manutenção da oferta por prazo determinado, para substituição de vencedor desistente.

As propostas hão de ser apresentadas em envelope ou invólucro diverso do da documentação, opaco, fechado e rubricado pelo apresentante, para assegurar a indevassabilidade das ofertas. É de boa cautela pedir-se no edital a apresentação das propostas em duas vias, a fim de que uma delas fique sempre à disposição dos interessados, para exame e fornecimento de certidões, sem prejudicar os trabalhos de julgamento, que se realizam com a original.

Tanto a apreciação da documentação quanto o julgamento das propostas poderão ser feitos imediatamente após a abertura dos respectivos envelopes, mas nem sempre isso é possível, diante do volume de papéis e demonstrações técnicas e financeiras a examinar e, muitas vezes, em razão das impugnações e recursos a serem decididos previamente. Em tal situação, encerra-se o recebimento com a lavratura da respectiva ata que consigne todas as ocorrências, impugnações, recursos e decisões relativas ao ato, marcando-se dia, hora e local em que se dará conhecimento do julgamento adiado.

Atas e termos, sempre necessários no procedimento licitatório e nos contratos, são instrumentos para o registro das ocorrências e consignação formal das decisões e ajustes da Administração.

Ata é o registro escrito e formal que se faz de reuniões, atos, decisões ou ocorrências, em livro próprio ou folhas avulsas autenticadas. Nas licitações é obrigatório consignar-se em ata o recebimento, abertura e apreciação da documentação, a abertura e julgamento das propostas. A ata deve registrar fielmente o ocorrido, notadamente as impugnações dos licitantes, os recursos oferecidos no momento, as deliberações da Comissão e os votos divergentes de seus membros, sendo subscrita pelo presidente e por quem a lavrou, facultando-se a sua assinatura a todos os presentes. Os licitantes não são obrigados a assinar a ata, mas, se, presentes, recusarem-se a fazê-lo, essa circunstância deve ser, em tempo, consignada na mesma.

Termo é o instrumento de atos, contratos e declarações que devam ser formalizados por escrito. Termo administrativo é o que se lavra nas repartições da Administração, centralizada ou descentralizada, em livro próprio, em processo ou em folhas avulsas autenticadas pela autoridade competente. Nas licitações os termos são usuais para o contrato, seus aditamentos e rescisões, sendo de rigor nos contratos decorrentes de concorrência e nos que importem transferência de domínio de bem imóvel (muitas vezes substituídos pela escritura pública), constituindo documentos públicos que devem constar do processo licitatório, como as atas.

Habilitação ou qualificação dos licitantes é o ato pelo qual o órgão competente (geralmente, o julgador da licitação, mas pode ser também a Comissão de julgamento do registro cadastral, quando existente na repartição interessada), examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os. Habilitado ou qualificado é o proponente que demonstrou possuir os requisitos mínimos de capacidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira pedidos no edital; inabilitado ou desqualificado é o que, ao contrário, não logrou fazê-lo.

O licitante inabilitado não poderá participar dos atos subsequentes da licitação, pois a inabilitação o exclui do certame.

A habilitação é realizada em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação: na concorrência faz-se após a abertura da licitação, em fase preliminar à do julgamento; na tomada de preços é anterior à instauração do procedimento licitatório e genérica, porque depende da inscrição do interessado no registro cadastral; no convite é feita a priori pelo próprio órgão licitante, que escolhe e convoca aqueles que julga capacitados e idôneos para executar o objeto da licitação; no concurso é facultativa; no leilão é desnecessária, por se tratar de alienação de bens móveis de entrega imediata e pagamento à vista. Mas em todas as modalidades de licitação a habilitação consistirá na verificação e reconhecimento da capacidade jurídica, da regularidade fiscal, da capacidade técnica e da idoneidade financeira, levando-se em consideração, ainda, em casos especiais, a real disponibilidade financeira e a real capacidade operativa dos proponentes.

Capacidade jurídica é a aptidão efetiva para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos. A capacidade jurídica é decorrência da personalidade jurídica, que é a qualidade inerente a todo ser humano (pessoa física) e atribuída a certas criaturas da lei (pessoas jurídicas) para exercer direitos e contrair obrigações. Essa capacidade, para fins de habilitação em licitação pública, "deverá ser plena, do ponto de vista administrativo, isto é, ainda que regulada por normas do Direito Privado, há que atender também às do Direito Público".

Regularidade fiscal, como indica o próprio nome, é o atendimento das exigências do Fisco (quitação ou discussão dos tributos pelo contribuinte).

Capacidade técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Pode ser genérica, específica e operativa.

Comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; e a operativa pela demonstração da disponibilidade desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução.

É lícito à Administração verificar não só a capacidade técnica teórica do licitante como a sua capacidade técnica efetiva de execução, que se convencionou chamar capacidade operativa real. Grande parte dos insucessos na execução dos contratos administrativos decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase de habilitação dos proponentes.

Idoneidade financeira é a capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato.

Comprova-se a idoneidade financeira, geralmente, pelo capital realizado da empresa e pela demonstração da sua real situação econômico-financeira, diante dos compromissos assumidos e dos créditos e débitos existentes.

O julgamento das propostas é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se as propostas e escolhe-se o vencedor a que deverá ser adjudicado o objeto da licitação. O julgamento regular das propostas gera para o vencedor o direito subjetivo à adjudicação e o coloca em condições de firmar o contrato com a Administração. Julgamento regular é o que se faz em estrita consonância com as normas legais pertinentes e os termos do edital, pois não é ato discricionário, mas vinculado.

Abertas, rubricadas e lidas as propostas em ato público, passa-se ao seu exame, que pode ser feito em seguida, mas normalmente é realizado reservadamente em outro local e data, para que os julgadores tenham a tranqüilidade necessária à análise de todos os seus aspectos e à apreciação de todos os fatores a serem considerados no julgamento.

Desclassificação das propostas é sua eliminação pela desconformidade com o pedido no edital ou no convite. Realmente, como já vimos acima, as propostas deverão satisfazer na forma e no conteúdo às exigências do edital, de modo que sua desconformidade com o edital enseja a rejeição liminar na fase de julgamento.

A desconformidade com o edital é de fácil verificação, pois basta o confronto da proposta com o pedido pela Administração para se evidenciarem as divergências, tanto na forma de apresentação, que deve atender aos requisitos estabelecidos, como no conteúdo da oferta, que deve conter-se nos limites fixados.

A inexecuibilidade manifesta da proposta, evidenciada, comumente, nos preços excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega, na inviabilidade técnica da oferta e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes, mas até então desconhecidos, ou supervenientes, verificados pela Administração, equipara-se à desconformidade com o edital. Assim, desde que o órgão julgador a demonstre, a inexecuibilidade legitima a desclassificação, porque a Administração não deseja o impossível, mas o exequível, nas condições mais vantajosas para o serviço público (Estatuto, art. 38, II).

Classificação das propostas é a ordenação das ofertas pelas conveniências que apresentam para o serviço público, colocando-se em primeiro lugar a mais vantajosa, segundo os termos do edital.

Proposta mais vantajosa é a que melhor atende ao interesse da Administração, que nem sempre é o menor preço. Realmente, o menor preço, que fora decisivo no sistema anterior, cedeu lugar para as vantagens de qualidade e rendimento.



As vantagens da proposta serão aferidas em cada licitação segundo o fator ou fatores predominantes indicados no edital, de acordo com os fins almejados pela Administração. Em certas licitações prepondera o interesse econômico, noutras o técnico, e noutras, ainda, conjugam-se a técnica e o preço. Daí resultam quatro tipos básicos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de preço-base, tipos, esses, que admitem combinações e variantes.

A licitação de menor preço é a mais comum; os demais tipos atendem a casos especiais da Administração. É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos, o que a Administração procura é simplesmente a vantagem econômica. Daí por que, nesse tipo, o fator decisivo é o menor preço, por mínima que seja a diferença.

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo.

Para facilidade de julgamento nesse tipo de licitação recomenda-se a utilização de três envelopes: um para a documentação, outro para a proposta técnica e o terceiro para a proposta de preço e condições de pagamento. Com isso, só se examinará o preço do selecionado em primeiro lugar em técnica, devolvendo-se aos demais os respectivos envelopes ou mantendo-os intactos até a celebração do contrato com o vencedor.

Na licitação de técnica e preço combinam-se estes dois fatores para a escolha final da proposta que apresente técnica satisfatória e o preço mais vantajoso. Por isso mesmo, devem ser usados também três envelopes para a documentação, proposta técnica e preço, respectivamente. Selecionadas as propostas que apresentem técnicas satisfatórias, de acordo com o especificado no edital, abrem-se os envelopes contendo as propostas de preço e se decide, a final, pela de menor preço. As propostas não aceitáveis em técnica são desclassificadas, sem que se tome conhecimento dos preços ofertados.

Na licitação de preço-base fixa-se um preço inicial e se estabelecem os percentuais admissíveis de variação, para mais ou para menos, dentro dos quais poderão oscilar as propostas. As que se contiverem dentro desses limites serão julgadas pelas vantagens pertinentes, previstas no edital; as que os excederem serão desclassificadas.

Em qualquer modalidade ou tipo de licitação, salvo na de menor preço, a classificação das propostas deve ser claramente justificada na ata de julgamento, indicando-se os fatores considerados e as vantagens de cada oferta, apontadas objetivamente, de modo a permitir a verificação da legitimidade e da exatidão do julgamento, que não é ato discricionário, mas vinculado ao critério estabelecido no edital. Além do mais, nenhuma escolha se justifica sem que haja real interesse para a Administração, traduzido na proposta mais vantajosa. É o que compete ao órgão julgador demonstrar, porque a escolha de proposta sem interesse ou contra o interesse público é ato apartado de sua finalidade e, como tal, nulo, por desvio de poder.

Não se pode fixar em doutrina um critério único para o julgamento das propostas, visto que os interesses predominantes da Administração variam em cada licitação. Numa, poderá ser a qualidade, noutra, o rendimento, noutra, a combinação de dois ou mais fatores, e noutra, ainda, simplesmente o menor prazo ou o menor preço. A escolha desse critério fica, portanto, ao juízo da Administração. O essencial é que se estabeleçam as bases do julgamento, apontando qual o fator ou fatores preponderantes, e, quando possível, se lhes atribuam valores ou pesos que permitam a quantificação matemática das vantagens ofertadas, de modo a afastar ao máximo o subjetivismo da decisão. O que não se permite são as condições

discriminatórias ou de favoritismo, ou a ausência de critério, a ensejar um julgamento inteiramente subjetivo.

O que a norma federal impõe quanto ao julgamento é: 1º) a obrigatoriedade da indicação de um critério de julgamento; 2º) o atendimento do interesse público; 3º) a existência de fator ou fatores a serem necessariamente considerados e justificados no julgamento das propostas.

Os fatores que, na fixação do critério de julgamento das propostas, podem ser levados em conta, no interesse do serviço público, são: qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital (Estatuto, art. 36).

Qualidade é a aptidão do objeto para a satisfação de seus fins. Pode ser superior, média ou inferior, mas o que interessa na licitação é a aptidão do objeto para sua desatinação específica, ou seja, para realizar a finalidade pretendida pela Administração. É desse ponto de vista que se há de considerar o fator qualidade em cada licitação, pois em certos casos é imprescindível a qualidade superior (equipamento de alta precisão, p. ex.), noutros, a qualidade média é satisfatória (tijolos para uma construção comum), e em determinadas hipóteses a qualidade inferior atende plenamente aos objetivos do serviço público (madeira para a construção de um cercado temporário). Diante dessa realidade, pode a Administração pedir a qualidade desejada e dar a esse fator, para critério de julgamento, o peso que reputar conveniente.

Observe-se, ainda, que, para fins de licitação, a qualidade compreende a segurança, a confiabilidade e a durabilidade do objeto solicitado.

Daí por que o Estatuto (art. 11) determinou que nos projetos de obras e serviços sejam considerados principalmente os seguintes requisitos: I - segurança; II - funcionalidade e adequação ao interesse público; III - economia na execução, conservação e operação; IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da obra ou do serviço; VI - adoção das normas técnicas adequadas. Essas indicações servem também para o julgamento das propostas, em busca da mais vantajosa para a Administração.

Rendimento, para fins de licitação, é produtividade. O seu conceito é o mais amplo possível, abrangendo a capacidade, a potência, a dimensão, a operatividade, a manutenção, a eficiência e demais elementos de que depende a produtividade. Na realização das licitações o que se procura, em última análise, é essa produtividade, que se traduz na utilidade. Daí por que não se admite que, em qualquer licitação, se despreze o fator rendimento, que é sempre relevante, pois a produtividade ou utilidade é essencial em todo negócio administrativo.

Preço é a contraprestação pecuniária do objeto da licitação. Pode ser global ou unitário, fixo ou reajustável, único ou com aditamento de parcelas variáveis, tudo dependendo do que constar do instrumento convocatório da licitação.

A regra é a aceitação do menor preço; a exceção é a escolha da proposta de preço mais elevado. Portanto, quando se aceita a proposta mais barata não há necessidade de justificação da escolha; quando se prefere outra proposta que não a de menor preço torna-se obrigatória a justificação escrita dessa preferência.

Na apreciação do preço deverão ser considerados todos os fatores e circunstâncias que acarretem sua redução ou aumento, tais como modo e prazos de pagamento, financiamento, descontos, carências, juros, impostos e outros de repercussões econômicas efetivas e mensuráveis, pois é do confronto dessas vantagens e desvantagens que se extrai o menor preço e se conhece a proposta mais barata.

Condições de pagamento são as que se referem a prazos, descontos, parcelamentos, financiamento, carência e outras vantagens correntes no comércio. São, pois,

fatores altamente influenciáveis no preço e, conseqüentemente, ponderáveis no julgamento das propostas.

O adiantamento de parte do preço nos contratos de longa e dispendiosa execução parece-nos perfeitamente admissível desde que o edital consigne essa condição de pagamento. Aliás, essa condição é freqüente nos contratos internacionais de aquisição de equipamentos fabricados no Exterior, mas nada impede que tal praxe seja adotada nos ajustes internos realizados pela Administração.

Os prazos que podem constituir fatores ponderáveis no julgamento das propostas, consoante especificar o edital, são os de execução, de pagamento, de financiamento, de adiantamento, de carência e outros pertinentes ao objeto da licitação, cuja valoração é da exclusiva alçada da Administração, em face do interesse do serviço público. Por exemplo: normalmente, o menor prazo de entrega constitui vantagem econômica, mas para uma determinada contratação o prazo de pagamento pode representar vantagem maior, e assim por diante.

Outras vantagens, além dos fatores acima considerados, podem ser levadas em conta no julgamento. Tais vantagens são as peculiares a cada licitação e pertinentes ao seu objeto, podendo ser de natureza técnica, econômica e administrativa. Como geralmente refogem da rotina, devem ser claramente estabelecidas no edital ou convite, salvo se já constarem de normas superiores.

O julgamento, nas concorrências e tomadas de preços, é privativo de uma Comissão de Julgamento de pelo menos três membros (Estatuto, art. 41), de modo que as autoridades superiores poderão apenas anulá-lo, se irregular ou ilegal, determinando sua renovação pelo órgão competente. Já, nos convites, o julgamento compete ao responsável pelo convite, o que permite à autoridade superior, através de recurso ou ex officio, conhecer do mérito da decisão e, se for o caso, reformá-la.

A divisibilidade do julgamento é possível desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos e a proposta possa ser aceita por partes, caracterizando objeto divisível. Nesse caso, a adjudicação ou a homologação e a anulação do julgamento podem ser parciais, mantendo-se o que está correto e invalidando-se apenas o que está irregular ou ilegal.

O empate de propostas leva a Administração a decidir pelos fatores de preferência indicados no edital, e, se este for omissivo, caberá à Comissão de Julgamento efetivar o desempate, justificando os motivos da escolha do vencedor com base na proposta e no interesse público, podendo até mesmo desempatar por sorteio em ato público. O que não se lhe permite é desempatar o certame valendo-se de fatores de preferência que caracterizem discriminação entre os licitantes, ou utilizando-se de elementos ou documentos da habilitação. Do julgamento das propostas caberá o recurso previsto no art. 75, I, "b", do Estatuto.

O Estatuto, mudando a sistemática anterior do julgamento, estabeleceu que a Comissão, após a classificação das propostas, deve enviar o resultado à autoridade superior, para homologação e adjudicação do objeto da licitação ao vencedor, convocando-o para assinar o contrato. Havendo irregularidade no julgamento, a autoridade superior não o homologará, devolvendo o processo à Comissão, para novo julgamento em forma legal.

Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato. São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; e) a liberação dos licitantes vencidos de

todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal.

Homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade superior confirma o julgamento das propostas e, conseqüentemente, confere eficácia à adjudicação. A homologação é feita, geralmente, pela autoridade competente para autorizar a despesa, mas poderá sê-lo por qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei, após o transcurso do prazo para recurso (contra a adjudicação ou a classificação) e a decisão dos que forem interpostos.

A autoridade incumbida da homologação terá diante de si três alternativas: confirmar o julgamento, homologando-o; ordenar a retificação da classificação, no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível; anular o julgamento ou todo o procedimento licitatório, se deparar ilegalidade insanável e prejudicial a licitante ou à Administração, em qualquer fase da licitação. Daí por que o recurso administrativo contra o julgamento deve ser recebido sempre com efeito suspensivo, evitando-se homologações apressadas e sujeitas a invalidação pelo provimento do apelo hierárquico.

Com a homologação a autoridade homologante passa a responder por todos os efeitos e conseqüências da adjudicação, isto porque a decisão inferior é superada pela superior, elevando-se, assim, a instância administrativa. Havendo, p. ex., mandado de segurança contra a adjudicação homologada, a autoridade impetrada há de ser a que homologou o ato impugnado.

O despacho homologatório, sendo de efeitos externos, deve ser obrigatoriamente publicado na imprensa oficial, com a convocação do adjudicatário para firmar o contrato nas condições e prazos estabelecidos. Com este ato encerra-se o procedimento da licitação, passando-se ao contrato com o vencedor e, na sua recusa ou impedimento, com o segundo classificado, e assim por diante, se a Administração o desejar.

A licitação, como todo ato administrativo, é suscetível de anulação e de revogação (Estatuto, art. 39).

Anulação é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade; revogação é a invalidação da licitação por interesse público. Anula-se o que é ilegítimo; revoga-se o que é legítimo mas inoportuno e inconveniente à Administração. Em ambos os casos a decisão deve ser justificada, para demonstrar a ocorrência do motivo e a lisura do Poder Público, sem o quê o ato anulatório ou revocatório será inoperante.

A competência para anular ou revogar é, em princípio, da autoridade superior que autorizou ou determinou a licitação, mas, tratando-se de ilegalidade no julgamento, a Comissão que o proferiu poderá anulá-lo no recurso próprio, ao reexaminar sua decisão.

A anulação da licitação, por basear-se em ilegalidade no seu procedimento, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital. O essencial é que seja claramente demonstrada a ilegalidade, pois anulação sem justa causa é absolutamente inválida.

A anulação opera efeitos ex tunc, isto é, retroage às origens do ato anulado.

Observamos que a anulação da licitação acarreta a nulidade do contrato (Estatuto, art. 39, § 2º).

A revogação da licitação assenta em motivos de oportunidade e conveniência administrativa. Por essa razão, ao contrário da anulação, que pode ser decretada pelo Judiciário, a revogação é privativa da Administração. São as conveniências do serviço que comandam a revogação e constituem a justa causa da decisão revocatória, que, por isso mesmo, precisa ser motivada, sob pena de se converter em ato arbitrário. E o arbitrário é incompatível com o Direito.

A revogação da licitação opera efeitos ex nunc, isto é, a partir da decisão revocatória, porque até então o ato ou procedimento revogado era eficaz e válido. Daí por que da revogação resulta para o Poder Público a obrigação de indenizar o adjudicatário prejudicado.

A licitação compreende as seguintes modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Licitação, portanto, é o gênero, do qual as modalidades são espécies. Por isso mesmo, os preceitos genéricos acima estudados aplicam-se a todas as modalidades e os específicos regem cada uma delas em particular. As nossas espécies de licitação têm características próprias e se destinam a determinados tipos de contratação, como veremos a seguir.

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com antecedência mínima de trinta dias, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.

A concorrência é obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras, dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente, que são diversos para obras e serviços de Engenharia e para outros serviços e compras.

É também obrigatória a concorrência na compra ou alienação de bens imóveis, na concessão de obra ou serviço público e na concessão de direito real de uso, qualquer que seja o valor do contrato.

Os requisitos peculiares da concorrência são a universalidade, a ampla publicidade, a habilitação preliminar e o julgamento por Comissão. Admite a participação internacional de concorrentes, o consórcio de firmas e a pré-qualificação dos licitantes.

Universalidade é a possibilidade que se oferece à participação de quaisquer interessados na concorrência, independentemente de registro cadastral na Administração que a realiza ou em qualquer outro órgão público.

A ampla publicidade da convocação para a concorrência é requisito essencial, por relacionar-se com o princípio da universalidade. O que a lei exige é a divulgação da abertura da concorrência com a maior amplitude possível e desejável, tendo em vista o vulto e a complexidade do seu objeto.

A habilitação preliminar, na concorrência, constitui fase inicial do procedimento licitatório, realizada após sua abertura, enquanto que na tomada de preços e no convite é anterior.

O julgamento dos requisitos pessoais dos interessados, sob o aspecto da capacidade jurídica, da regularidade fiscal, da capacidade técnica e da idoneidade financeira, compete sempre a uma Comissão de pelo menos três membros, que pode ser a mesma que irá julgar as propostas, como ocorre comumente. Nada impede, entretanto, a designação de Comissão Especial para essa fase ou que a habilitação seja deferida à Comissão Julgadora do registro cadastral.

A Comissão de Julgamento é necessária em qualquer tipo de concorrência, formada, no mínimo, por três membros. Essa Comissão poderá ser integrada por funcionários ou estranhos à Administração como, também, por membros dos colegiados dirigentes das autarquias e entidades paraestatais, sendo recomendável a constituição mista. Pode ser permanente, para o julgamento de todas as concorrências da repartição, ou especial para cada caso.

A Comissão é o órgão julgador da concorrência e, por isso mesmo, nenhuma autoridade pode substituí-la na sua função decisória, estabelecida por lei federal. Se ocorrer irregularidade ou erro no julgamento, a autoridade competente poderá apenas anular a decisão, através de recurso ou ex officio, determinando que a Comissão corrija o erro ou proceda a novo julgamento em forma regular.

A Comissão de Julgamento é geralmente incumbida de apreciar a qualificação dos concorrentes, na fase de habilitação preliminar, e de julgar as propostas, na fase de julgamento.

Concorrência internacional é aquela em que se permite a participação de firmas nacionais e estrangeiras, isoladamente ou em consórcio com empresas nacionais. O seu procedimento é o mesmo de qualquer concorrência, apenas com sujeição às diretrizes estabelecidas pelos órgãos federais responsáveis pela política monetária e de comércio exterior, ou seja, às normas expedidas pelo Banco Central do Brasil e pelo Ministério da Fazenda. Quando o contrato versar sobre importações, empréstimos, financiamentos e quaisquer outras operações externas de interesse dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, dependerá de autorização do Senado Federal, ouvido o Presidente da República.

Para participar de concorrência internacional as firmas estrangeiras deverão comprovar que estão autorizadas a funcionar ou operar no Brasil e demonstrar a regularidade de sua constituição no país de origem e a plenitude de sua capacidade jurídica como empresas técnicas, industriais ou comerciais, sem prejuízo do atendimento aos requisitos de capacitação técnica e financeira exigidos no edital.

O Estatuto estabeleceu que as empresas estrangeiras que não funcionem no País só poderão participar de licitação internacional se consorciadas com empresas nacionais. Quanto às estrangeiras que funcionem regularmente no Brasil, poderão participar isoladamente ou em consórcio em qualquer licitação nacional ou internacional.

Consórcio de empresas ou firmas é a associação de dois ou mais interessados na concorrência (empresas ou profissionais), de modo que, somando técnica, capital, trabalho e know how, possam executar um empreendimento que, isoladamente, não teriam condições de realizar.

A firma-líder apenas representa o consórcio no trato com o Poder Público, responsabilizando-se pelas demais sob o triplice aspecto técnico, econômico e administrativo, inclusive quanto a multas e eventuais indenizações, mas nada impede que a Administração exija a responsabilidade solidária das consorciadas. A firma-líder não representa juridicamente as demais integrantes do consórcio, porque este não possui personalidade própria; se a tivesse, deixaria de ser consórcio para apresentar-se como nova entidade jurídica.

Para participar da licitação, basta a apresentação do compromisso de consórcio, por instrumento público ou particular, subscrito pelos interessados e independente de qualquer registro. Somente o licitante vencedor é obrigado a promover o registro do consórcio para a assinatura do contrato.

É vedada a participação da empresa ou profissional, na mesma licitação, em mais de um consórcio, ou isoladamente.

Pré-qualificação é a verificação prévia da idoneidade jurídica, técnica e financeira de firmas ou consórcios para participarem de determinadas e futuras concorrências de um mesmo empreendimento. Não se confunde com a habilitação preliminar, porque esta se faz em cada concorrência e aquela se realiza para todas as concorrências de uma repartição ou de um empreendimento certo.

O procedimento para a pré-qualificação é assemelhado ao da própria concorrência, iniciando-se com a definição de seu objeto, edital com ampla publicidade e especificação dos requisitos desejados pela Administração, abertura dos envelopes-documentação em ato público e julgamento dos participantes por Comissão, com a subsequente homologação da decisão por autoridade competente. Na pré-qualificação não se apresentam propostas, mas apenas a documentação comprobatória dos requisitos de capacitação solicitados pela Administração.

Os pré-qualificados consideram-se habilitados a participar das concorrências previstas na pré-qualificação, para as quais serão convidados pessoalmente, dispensada a publicidade.

Tomada de preços é a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com antecedência mínima de quinze dias, por edital afixado na repartição e comunicação às entidades de classe que os representam.

A tomada de preços é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos no ato administrativo competente.

O procedimento da tomada de preços, inclusive quanto ao julgamento por Comissão de três membros no mínimo, é o mesmo da concorrência. O que a caracteriza e distingue da concorrência é a existência da habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados e, se for o caso, se estes possuem a real capacidade operativa e financeira exigida no edital.

Registros cadastrais são assentamentos que se fazem nas repartições administrativas que realizam licitações, para fins de qualificação dos interessados em contratar com a Administração, no ramo de suas atividades.

A grande vantagem do registro cadastral é substituir toda a documentação comprobatória da personalidade jurídica, da capacidade técnica e da idoneidade financeira dos licitantes em qualquer modalidade de licitação. Consequentemente, para a inscrição no registro cadastral os interessados deverão comprovar, perante a Comissão competente, a capacidade jurídica, a regularidade fiscal, a capacidade técnica e a idoneidade financeira.

O certificado de registro cadastral, por sua vez, deve refletir fielmente a situação do inscrito, trazendo, além dos dados identificadores do profissional ou empresa e do prazo de validade do registro, a categoria ou grupo a que pertence; a quantidade e qualidade do aparelhamento técnico; o nível da equipe técnica e administrativa; o montante do capital realizado; o faturamento do exercício anterior e o lucro líquido; a indicação do desempenho em contratos anteriores; e demais elementos esclarecedores que propiciem o pleno conhecimento do pretendente à contratação licitada.

Pelo Dec. 84.701, de 13.5.80, o Governo federal instituiu um registro simplificado, a que denominou Certificado de Regularidade Jurídico-Fiscal (CRJF), destinado a comprovar a capacidade jurídica e a situação fiscal regular dos interessados em licitações da União, de suas autarquias e entes paraestatais. Este Certificado substitui qualquer outra documentação relativa à capacidade jurídica e à quitação de tributos federais, estaduais e municipais e pode ser expedido por qualquer órgão ou entidade federal que mantenha serviço regular de cadastramento para fins de licitação. Embora instituído para a União, é de toda conveniência que os Estados e Municípios aceitem tal Certificado em suas licitações e de suas autarquias e entidades paraestatais, ficando dispensada a documentação básica para o cadastramento.

Convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de três dias.

O convite não exige publicação, porque é feito diretamente aos escolhidos pela Administração através de carta-convite. Dada sua singeleza, dispensa a apresentação de documentos, mas, quando estes forem exigidos, a documentação, como nas demais modalidades de licitação, deverá ser apresentada em envelope distinto do da proposta.

O seu julgamento compete ao responsável pelo convite, mas nada impede que seja atribuído a uma Comissão, mormente nos órgãos que possuam Comissão permanente

para o julgamento de todas as suas licitações. Julgadas as propostas, adjudica-se o objeto do convite ao vencedor, formalizando-se o ajuste por simples ordem de execução de serviço, nota de empenho da despesa, autorização de compra ou carta-contrato, e fazendo-se as publicações devidas no órgão oficial, em resumo ou na íntegra, para possibilitar os recursos cabíveis e tornar os ajustes executáveis.

Concurso é a modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico ou artístico, predominantemente de criação intelectual. Normalmente, não há oferta de preço, mas a atribuição de prêmio aos classificados.

É modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade, e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.

Leilão é espécie de licitação utilizável na venda de bens móveis e semoventes da Administração.

A Administração poderá valer-se de dois tipos de leilão: o comum, privativo de leiloeiro oficial, onde houver; e o administrativo propriamente dito. O leilão comum é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições de sua realização poderão ser estabelecidas pela Administração interessada; o leilão administrativo é o instituído para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral, observadas as normas regulamentares da Administração interessada.

A legislação federal permite o leilão de semoventes pela própria Administração, onde não houver leiloeiro oficial, pelo que se conclui, analogicamente, que ela também poderá utilizar o leilão administrativo para a venda de bens desnecessários, inservíveis ou imprestáveis para o serviço público, sempre que não houver leiloeiro oficial na localidade.

No leilão, o bem é apregoado, os lances são verbais, a venda é feita à vista ou a curto prazo e a entrega só se dará quando estiver completo o pagamento.

## **5. Domínio Público**

### **(Administração, utilização e alienação dos bens públicos; Imprescritibilidade; impenhorabilidade; Não oneração dos bens públicos)**

O Estado, como Nação politicamente organizada, exerce poderes de Soberania sobre todas as coisas que se encontram em seu território. Alguns bens pertencem ao próprio Estado; outros, embora pertencentes a particulares, ficam sujeitos às limitações administrativas impostas pelo Estado; outros, finalmente, não pertencem a ninguém, por inapropriáveis, mas sua utilização subordina-se às normas estabelecidas pelo Estado. Este conjunto de bens sujeitos ou pertencentes ao Estado constitui o domínio público, em seus vários desdobramentos, como veremos a seguir.

O domínio público em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (res nullius). Neste sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional.

Exterioriza-se, assim, o domínio público em poderes de soberania e em direitos de propriedade. Aqueles se exercem sobre todas as coisas de interesse público, sob a



forma de domínio eminente; estes só incidem sobre os bens pertencentes às entidades públicas, sob a forma de domínio patrimonial.

Em suma, o domínio eminente não constitui um direito de propriedade; é o poder que o Estado exerce potencialmente sobre as pessoas e os bens que se encontram no seu território. Tem-se dito que esse poder não admite restrições. Todavia, o absoluto dessa potestas está condicionado à ordem jurídico-constitucional e aos princípios, direitos e garantias da Lei Fundamental. O domínio eminente é um poder sujeito ao direito; não é um poder arbitrário.

Em nome do domínio eminente é que são estabelecidas as limitações ao uso da propriedade privada, as servidões administrativas, a desapropriação, as medidas de polícia e o regime jurídico especial de certos bens particulares de interesse público.

Esse poder superior (eminente) que o Estado mantém sobre todas as coisas existentes em seu território não se confunde com o direito de propriedade que o mesmo Estado exerce sobre as coisas que lhe pertencem, por aquisição civil ou administrativa. Aquele é um domínio geral e potencial sobre bens alheios; este é um domínio específico e efetivo sobre bens próprios do Estado, o que o caracteriza como um domínio patrimonial, no sentido de incidir sobre os bens que lhe pertencem.

O domínio patrimonial do Estado sobre seus bens é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial. A esse regime subordinam-se todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados bens públicos e, como tais, regidos pelo Direito Público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada. Mas advirta-se que as normas civis não regem o domínio público; suprem, apenas, as omissões das leis administrativas.

O patrimônio público é formado por bens de toda natureza e espécie que tenham interesse para a Administração e para a comunidade administrada. Esses bens recebem conceituação, classificação e destinação legal para sua correta administração, utilização e alienação, como veremos no decorrer deste item, em que, a final, trataremos da aquisição de bens que passarão a integrar o patrimônio público.

Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Conceituando os bens em geral, o Código Civil os reparte inicialmente em públicos e particulares, esclarecendo que são públicos os do domínio nacional, pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios, e, por exclusão, declara que são particulares todos os outros, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Quanto aos bens das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços autônomos etc.), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários.

A despeito de serem bens públicos, dada sua destinação especial a organizações de personalidade privada e sua administração em moldes particulares, os bens das entidades paraestatais prestam-se a oneração como garantia real e sujeitam-se a penhora por dívidas da entidade, como, também, podem ser alienados na forma estatutária, independentemente de lei autorizativa. No mais, regem-se pelas normas do Direito Público, inclusive quanto à imprescritibilidade por usucapião, uma vez que, se desviados dos fins especiais a que foram destinados, retornam à sua condição originária do patrimônio de que se destacaram.

Quanto à classificação, no nosso sistema administrativo os bens públicos podem ser federais, estaduais ou municipais, conforme a entidade política a que pertençam ou o serviço autárquico, fundacional ou paraestatal a que se vinculem.

Todos os bens públicos são bens nacionais, por integrantes do patrimônio da Nação, na sua unicidade estatal, mas, embora politicamente componham o acervo nacional, civil e administrativamente pertencem a cada uma das entidades públicas que os adquiriram.

Segundo a destinação, o Código Civil reparte os bens públicos em três categorias: I - os de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas e praças); II - os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; III - os dominiais, isto é, os que constituem o patrimônio disponível, como objeto de direito pessoal ou real (art. 66).

Todos os bens vinculados ao Poder Público por relações de domínio ou de serviço ficam sujeitos à sua administração. Daí o dizer-se que uns são bens do domínio público, e outros, bens do patrimônio administrativo. Com mais rigor técnico, tais bens são reclassificados, para efeitos administrativos, em bens do domínio público (os da primeira categoria: de uso comum do povo), bens patrimoniais indisponíveis (os da segunda categoria: de uso especial) e bens patrimoniais disponíveis (os da terceira e última categoria: dominiais), segundo se lê no Regulamento da Contabilidade Pública.

Bens de uso comum do povo ou do domínio público, como exemplifica a própria lei, são os mares, praias, rios, estradas, ruas e praças. Enfim, todos os locais abertos à utilização pública adquirem esse caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo. Sob esse aspecto pode o domínio público definir-se como a forma mais completa da participação de um bem na atividade de administração pública. São os bens de uso comum, ou do domínio público, o serviço mesmo prestado ao público pela administração, assim como as estradas, ruas e praças.

Bens de uso especial ou do patrimônio administrativo são os que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços; não integram propriamente a Administração, mas constituem o aparelhamento administrativo, tais como os edifícios das repartições públicas, os terrenos aplicados aos serviços públicos, os veículos da Administração, os matadouros, os mercados e outras serventias que o Estado põe à disposição do público, mas com destinação especial. Tais bens, como têm uma finalidade pública permanente, são também chamados bens patrimoniais indisponíveis.

Bens dominiais ou do patrimônio disponível são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Daí por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce poderes de proprietário, segundo os preceitos de direitos constitucional e administrativo.

Todas as entidades públicas podem ter bens patrimoniais disponíveis, isto é, bens não destinados ao povo em geral, nem empregados no serviço público, os quais permanecem à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.

No conceito de administração de bens compreende-se, normalmente, o poder de utilização e conservação das coisas administradas, diversamente da idéia de propriedade, que contém, além desse, o poder de oneração e disponibilidade e a faculdade de aquisição. Daí por que os atos triviais de administração, ou seja, de utilização e conservação do patrimônio

público, independentem de autorização especial, ao passo que os de alienação, oneração e aquisição exigem, em regra, lei autorizadora e licitação para o contrato respectivo.

A administração dos bens públicos rege-se pelas normas do Direito Público, aplicando-se supletivamente os preceitos do Direito Privado no que aquelas forem falhas ou omissas. Observe-se, desde logo, que a transferência da propriedade dos bens imóveis se opera segundo as normas e instrumentos civis (escritura e registro), sendo os atos e procedimentos administrativos que a antecedem meras formalidades internas que não afetam a substância negocial do contrato civil realizado entre a Administração e o particular. Por essa razão é que, uma vez feita a transcrição, ou simplesmente assinadas a escritura, tornam-se irretroatáveis os atos ou procedimentos administrativos precedentes e a transferência do domínio só poderá ser modificada ou invalidada por via judicial ou por acordo entre as partes.

Observamos que a utilização indevida de bens públicos por particulares, notadamente a ocupação de imóveis, pode - e deve - ser repelida por meios administrativos, independentemente de ordem judicial, pois o ato de defesa do patrimônio público, pela Administração, é auto-executável, como o são, em regra, os atos de polícia administrativa, que exigem execução imediata, amparada pela força pública, quando isto for necessário.

Os bens públicos ou se destinam ao uso comum do povo ou a uso especial. Em qualquer desses casos o Estado interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar sua normal utilização, tanto pela coletividade, quanto pelos indivíduos como, ainda, pelas repartições administrativas.

Uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite freqüência limitada ou remunerada, pois isto importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais. Qualquer restrição ao direito subjetivo de livre fruição, como a cobrança de pedágio nas rodovias, acarreta a especialização do uso e, quando se tratar de bem realmente necessário a coletividade, só pode ser feita em caráter excepcional.

No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade - *uti universi* - razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes.

Uso especial é todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. É também uso especial aquele a que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento, bem como o que ela mesma faz de seus bens para a execução dos serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições, mas aqui só nos interessa a utilização do domínio público por particulares com privatividade.

Todos os bens públicos, qualquer que seja sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares, desde que a utilização consentida pela Administração não os leve a inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação.

Ninguém tem direito natural a uso especial de bem público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato ou ato unilateral da Administração, na

forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente. Assim sendo, o uso especial do bem público será sempre uma utilização individual - *uti singuli* - a ser exercida privativamente pelo adquirente desse direito. O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público. Esse uso pode ser consentido gratuita ou remuneradamente, por tempo certo ou indeterminado, consoante o ato ou contrato administrativo que o autorizar, permitir ou conceder.

As formas administrativas para o uso especial de bem público por particulares variam desde as simples e unilaterais autorização de uso e permissão de uso até os formais contratos de concessão de uso e concessão de uso como direito real solúvel, além da imprópria e obsoleta adoção dos institutos civis do comodato, da locação e da enfiteuse, como veremos a seguir.

Autorização de uso é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Não tem forma nem requisitos especiais para sua efetivação, pois visa apenas a atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público, bastando que se consubstancie em ato escrito, revogável sumariamente a qualquer tempo e sem ônus para a Administração. Essas autorizações são comuns para a ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade nem embaracem o serviço público. Tais autorizações não geram privilégios contra a Administração ainda que remuneradas e fruídas por muito tempo, e, por isso mesmo, dispensam lei autorizativa e licitação para seu deferimento.

Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato da revogação deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas.

A permissão, enquanto vigente, assegura ao permissionário o uso especial e individual do bem público, conforme fixado pela Administração, e gera direitos subjetivos defensáveis pelas vias judiciais, inclusive ações possessórias para proteger a utilização na forma permitida. Via de regra, a permissão não confere exclusividade de uso, que é apanágio da concessão, mas, excepcionalmente, pode ser deferida com privatividade sobre outros interessados, desde que tal privilégio conste de cláusula expressa e encontre justificativa legal.

Qualquer bem público admite permissão de uso especial a particular, desde que a utilização seja também de interesse da coletividade que irá fruir certas vantagens desse uso, que se assemelha a um serviço de utilidade pública, tal como ocorre com as bancas de jornais, os vestiários em praias e outras instalações particulares convenientes em logradouros públicos. Se não houver interesse para a comunidade, mas tão-somente para o particular, o uso especial não deve ser permitido nem concedido, mas simplesmente autorizado, em caráter precaríssimo. Vê-se, portanto, que a permissão de uso é um meio-termo entre a informal autorização e a contratual concessão, pois é menos precária que aquela, sem atingir a estabilidade desta. A diferença é de grau na atribuição do uso especial e na vinculação do usuário com a Administração.

Cessão de uso é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições

estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado. É ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando.

A cessão de uso entre órgãos da mesma entidade não exige autorização legislativa e se faz por simples termo e anotação cadastral, pois é ato ordinário de administração através do qual o Executivo distribui seus bens entre suas repartições para melhor atendimento do serviço. Quando, porém, a cessão é para outra entidade, necessário se torna autorização legal para essa transferência de posse, nas condições ajustadas entre as Administrações interessadas. Em qualquer hipótese, a cessão de uso é ato de administração interna que não opera a transferência da propriedade e, por isso, dispensa registros externos.

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados - autorização e permissão de uso - é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a Administração.

A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de concorrência para o contrato. Sua outorga não é nem discricionária nem precária, pois obedece a normas regulamentares e tem a estabilidade relativa dos contratos administrativos, gerando direitos individuais e subjetivos para o concessionário, nos termos do ajuste. Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração, pois é realizado intuitu personae, embora admita fins lucrativos. É o que ocorre com a concessão de uso remunerado de um hotel municipal, de áreas em mercado ou de locais para bares e restaurantes em edifícios ou logradouros públicos.

Há, ainda, à disposição da Administração a concessão de direito real de uso, que veremos a seguir.

A concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. É o conceito que se extrai do art. 7º do Dec. lei federal 271, de 28.2.67, que criou o instituto, entre nós.

A concessão de uso, como direito real, é transferível por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, a título gratuito ou remunerado, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, com a só diferença de que o imóvel reverterá à Administração concedente se o concessionário ou seus sucessores não lhe derem o uso prometido ou o desviarem de sua finalidade contratual. Desse modo, o Poder Público garante-se quanto à fiel execução do contrato, assegurando o uso a que o terreno é destinado e evitando prejudiciais especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização vegetativa, em detrimento da coletividade.

A concessão de direito real de uso pode ser outorgada por escritura pública ou termo administrativo, cujo instrumento ficará sujeito a inscrição no livro próprio do registro imobiliário competente. Desde a inscrição o concessionário fruirá plenamente o terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

Essa concessão, embora erigida em direito real, não se confunde com a enfiteuse ou aforamento, que é instituição civil bem diversa e menos adequada ao uso especial de bem público por particulares, como veremos a seguir.

Enfiteuse ou aforamento é o instituto civil que permite ao proprietário atribuir a outrem o domínio útil de imóvel, pagando a pessoa que o adquire (enfiteuta) ao senhorio direto uma pensão ou foro, anual, certo e invariável (CC, art. 678). Consiste, pois, na transferência do domínio útil de imóvel público a posse, uso e gozo perpétuos da pessoa que irá utilizá-lo daí por diante.

Em linguagem técnica, aforamento ou enfiteuse é o direito real de posse, uso e gozo pleno da coisa alheia que o titular (foreiro ou enfiteuta) pode alienar e transmitir hereditariamente, porém, com a obrigação de pagar perpetuamente uma pensão anual (foro) ao senhorio direto.

Característico do aforamento ou enfiteuse é, pois, o exercício simultâneo de direitos dominiais sobre o mesmo imóvel por duas pessoas: uma, sobre o domínio direto - o Estado; outra, sobre o domínio útil - o particular foreiro, no caso de bens públicos.

Domínio útil consiste no direito de usufruir o imóvel do modo mais completo possível e de transmiti-lo a outrem, por ato entre vivos ou de última vontade (testamento).

Domínio direto, também chamado domínio eminente, é o direito à substância mesma do imóvel, sem as suas utilidades.

Foro, cânon ou pensão é a contribuição anual e fixa que o foreiro ou enfiteuta paga ao senhorio direto, em caráter perpétuo, para o exercício de seus direitos sobre o domínio útil do imóvel.

Laudêmio é a importância que o foreiro ou enfiteuta paga ao senhorio direto quando ele, senhorio, renuncia seu direito de reaver esse domínio útil, nas mesmas condições em que o terceiro o adquire. Sempre que houver pretendente à aquisição do domínio útil, o foreiro é obrigado a comunicar a existência desse pretendente e as condições da alienação, para que o senhorio direto - no caso, o Estado - exerça seu direito de opção dentro de trinta dias, ou renuncie a ele, concordando com a transferência a outrem, caso em que terá direito ao laudêmio (CC, art. 683) na base legal ou contratual (CC, art. 686).

A extinção do aforamento pode dar-se, segundo a lei civil, pelo perecimento de seu objeto, pelo comisso e pelo falecimento do enfiteuta, se não tiver herdeiros, e ressalvado o direito dos credores (art. 692), podendo, ainda, as leis administrativas e o contrato estabelecer outras modalidades extintivas da enfiteuse, desde que não desnaturem o instituto.

Comisso é uma pena legal, prevista como forma extintiva do aforamento para o caso de o foreiro deixar de pagar o foro ou pensão por três anos consecutivos, caso em que o senhorio direto reaverá o domínio útil, pagando ao enfiteuta o valor das benfeitorias necessárias (CC, art. 692, II).

A administração dos bens públicos compreende normalmente a utilização e conservação do patrimônio público, mas, excepcionalmente, pode a Administração ter necessidade ou interesse na alienação de alguns de seus bens, caso em que deverá atender às exigências especiais impostas por normas superiores. É o que veremos a seguir.

Alienação é toda transferência de propriedade, remunerada ou gratuita, sob a forma de venda, permuta, doação, dação em pagamento, investidura, legitimação de posse ou concessão de domínio. Qualquer dessas formas de alienação pode ser utilizada pela Administração, desde que satisfaça as exigências administrativas para o contrato alienador e atenda aos requisitos do instituto específico. Em princípio, toda alienação de bem público depende de lei autorizadora, de licitação e de avaliação da coisa a ser alienada, mas casos há de

inexigibilidade dessas formalidades, por incompatíveis com a própria natureza do contrato. Há, ainda, uma forma excepcional de alienação de bem público, restrita a terras devolutas, que é a denominada legitimação de posse.

A alienação de bens imóveis está disciplinada, em geral, na legislação própria das entidades estatais, a qual, comumente, exige autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência, inexigível esta nos casos de doação, permuta, legitimação de posse e investidura, cujos contratos, por visarem a pessoas ou imóvel certo, são incompatíveis com o procedimento licitatório. Cumpridas as exigências legais e administrativas, a alienação de imóvel público a particular formaliza-se pelos instrumentos e com os requisitos da legislação civil (escritura pública e transcrição no registro imobiliário), e qualquer modificação ou invalidação do contrato translativo da propriedade só poderá ser feita por acordo entre as partes ou por via judicial. Ilegal é a anulação ou revogação unilateral dos atos administrativos que precederam a alienação, com pretensos efeitos modificativos ou invalidatórios do contrato de transferência do domínio imobiliário, que é contrato civil em que, apenas, uma das partes é a Administração.

A alienação de bens móveis e semoventes não tem normas rígidas para sua realização, salvo, em princípio, a exigência de avaliação prévia, autorização legal e licitação, podendo a Administração interessada dispor a esse respeito como melhor lhe convier. As vendas são geralmente feitas em leilão administrativo, sem maiores formalidades, e entregando-se no ato a coisa ao licitante que oferecer o melhor preço acima da avaliação, em lance verbal, para pagamento à vista.

Feitas essas considerações gerais, vejamos as várias formas de alienação.

Venda, ou, mais propriamente, venda e compra, é o contrato civil ou comercial pelo qual uma das partes (vendedor) transfere a propriedade de um bem à outra (comprador), mediante preço certo em dinheiro (CC, art. 1.122, e C Comercial, art. 191). Toda venda, ainda que de bem público, é contrato de Direito Privado. Não há venda administrativa; há, tão-somente, venda e compra civil ou comercial em que o vendedor é a Administração, mas isto não transforma a operação em contrato administrativo. É, e será sempre, contrato de Direito Privado, apenas realizado pelo Poder Público com formalidades administrativas prévias, exigidas para a regularidade da alienação do bem público.

As formalidades administrativas para a venda de bem público imóvel são, como já vimos, a autorização competente, a avaliação prévia e a concorrência, nos termos da legislação pertinente. Tratando-se de bem de uso comum do povo ou de uso especial, haveria necessidade de desafetação legal, que poderá constar da mesma norma que autorize a alienação. A avaliação deverá ser feita por perito habilitado ou órgão competente da entidade estatal, responsável por seu patrimônio. A concorrência obedecerá às normas gerais do Dec.-lei federal 2.300/86, no que couber, e às especiais do Estado ou do Município, se as tiver, aplicáveis à espécie.

Quanto à venda de bens móveis e semoventes, exigem-se também, em princípio, autorização legal, avaliação e Licitação prévia. A autorização, entretanto, poderá ser genérica, isto é, dirigir-se a bens indiscriminados, como ocorre com os materiais inservíveis. O procedimento licitatório poderá ser qualquer um dos legalmente previstos, inclusive o leilão administrativo, que é o mais simples e recomendável.

Doação é o contrato pelo qual uma pessoa (doador), por liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o de outra (donatário), que o aceita (CC, art. 1.165). É contrato civil, e não administrativo, fundado na liberalidade do doador, embora possa ser com encargos para o donatário. A doação só se aperfeiçoa com a aceitação do donatário, seja pura ou com encargo.

A Administração pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de lei autorizadora, que estabeleça as condições para sua efetivação, e de prévia avaliação do bem a ser doado, não sendo exigível licitação para o contrato alienativo. Só excepcionalmente poder-se-á promover concorrência para doações com encargos, a fim de escolher-se o donatário que proponha cumpri-los em melhores condições para a Administração ou para a comunidade. Em toda doação com encargo é necessária a cláusula de reversão para a eventualidade do seu descumprimento.

Dação em pagamento é a entrega de um bem que não seja dinheiro para solver dívida anterior. A coisa dada em pagamento pode ser de qualquer espécie e natureza, desde que o credor consinta no recebimento em substituição da prestação que lhe era devida (CC, art. 995).

A Administração pode utilizar-se da dação em pagamento, com prévia autorização legislativa e avaliação do bem a ser empregado no resgate da dívida. Fixado o valor da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes reger-se-ão pelas normas da compra e venda, e, se aquela for título de crédito, a transferência importará cessão, sujeitando-se, então, aos preceitos deste instituto (CC, arts. 1.065 e ss.).

Permuta, troca ou escambo é o contrato pelo qual as partes transferem e recebem um bem, uma da outra, bens, esses, que se substituem reciprocamente no patrimônio dos permutantes. Há sempre na permuta uma alienação e uma aquisição de coisa, da mesma espécie ou não. A permuta pressupõe igualdade de valor entre os bens permutáveis, mas é admissível a troca de coisa de valores desiguais com reposição ou torna em dinheiro do faltante. Essa complementação em pecúnia, para igualarem-se os valores das coisas trocadas, não desnatura a permuta, desde que a intenção precípua de cada parte é obter o bem da outra.

A permuta de bem público, como as demais alienações, exige autorização legal e avaliação prévia das coisas a serem trocadas, mas não exige licitação, pela impossibilidade mesma de sua realização, uma vez que a determinação dos objetos da troca não admite substituição ou competição licitatória.

Qualquer bem público, desde que desafetado do uso comum do povo ou de destinação pública especial, pode ser permutado com outro bem público ou particular, da mesma espécie ou de outra. O essencial é que a lei autorizadora da permuta identifique os bens a serem permutados e a avaliação previa atribua-lhes corretamente os valores, para a efetivação da troca sem lesão ao patrimônio público.

Investidura é a incorporação de uma área pública, isoladamente inconstruível, ao terreno particular confinante que ficou afastado do novo alinhamento em razão de alteração do traçado urbano. Esse clássico conceito doutrinário merece, atualmente, ampliação, no sentido de abranger qualquer área inaproveitável isoladamente, remanescente ou resultante de obra pública (art. 15, § 2º, do Dec.-lei 2.300/86) uma vez que esta pode afetar também os terrenos rurais. Assim sendo, área inaproveitável isoladamente é aquela que não se enquadra nos módulos estabelecidos por lei para edificação urbana ou aproveitamento para fins agropecuários, concluindo que a inaproveitabilidade da área, isoladamente, é justificativa suficiente para a alienação e também para a dispensa de licitação, pois não poderia ser usada por outrem que não o proprietário do imóvel lindeiro.

Realmente, essa situação cria para o proprietário confinante o direito de adquirir por investidura a área pública remanescente e inaproveitável segundo sua destinação natural, visto que só ele pode incorporá-la ao seu lote e utilizá-la com o todo a que ficou integrada. Por isso mesmo, a investidura, embora seja forma de alienação e aquisição de imóvel



público, exige autorização legislativa, dispensando a concorrência, uma vez que a transferência de propriedade só se pode fazer ao particular lindeiro e pelo preço apurado em avaliação prévia, segundo os valores correntes no local. Esse caráter de incorporação compulsória permite aos beneficiários da investidura a plena utilização da área a ser investida, desde o momento da retração do alinhamento ou da conclusão das obras, de que resultaram sobras inaproveitáveis de terrenos públicos na divisa ou no meio das propriedades particulares.

A formalização da investidura se faz por escritura pública ou termo administrativo, sempre sujeitos a transcrição no registro imobiliário.

Concessão de domínio é forma de alienação de terras públicas que teve sua origem nas concessões de sesmaria da Coroa e foi largamente usada nas concessões de datas das Municipalidades da Colônia e do Império. Atualmente, só é utilizada nas concessões de terras devolutas da União, dos Estados e dos Municípios, consoante prevê a Constituição da República (art. 188, § 1º). Tais concessões não passam de vendas ou doações dessas terras públicas, sempre precedidas de lei autorizadora e avaliação das glebas a serem concedidas a título oneroso ou gratuito, além da aprovação do Congresso Nacional quando excedentes de dois mil e quinhentos hectares. Quando feita por uma entidade estatal a outra, a concessão de domínio formaliza-se por lei e independe de transcrição; quando feita a particulares exige termo administrativo ou escritura pública e o título deve ser transcrito no registro imobiliário competente, para a transferência do domínio.

A concessão de domínio de terras públicas não deve ser confundida com a concessão administrativa de uso de bem público, nem com a concessão de direito real de uso de terrenos públicos, que já estudamos precedentemente, porque importa alienação do imóvel, enquanto estas - concessões de uso como direito pessoal ou real - possibilitam apenas a utilização do bem concedido, sem a transferência de sua propriedade.

Legitimação de posse é modo excepcional de transferência de domínio de terra devoluta ou área pública sem utilização, ocupada por longo tempo por particular que nela se instala, cultivando-a ou levantando edificação para seu uso. A legitimação da posse há que ser feita na forma da legislação pertinente, sendo que, para as terras da União, o Estatuto da Terra (Lei 4.504/ 64) já disciplina seu procedimento e a expedição do título (arts. 11 e 97 a 102), para o devido registro do imóvel em nome do legitimado. Quanto às terras estaduais e municipais, são igualmente passíveis de legitimação de posse para transferência do domínio público ao particular ocupante, na forma administrativa estabelecida na legislação pertinente.

Expedido o título de legitimação de posse - que, na verdade, é título de transferência de domínio - seu destinatário, ou sucessor, deverá levá-lo a registro. No registro de imóveis podem apresentar-se quatro situações distintas: a) o imóvel não estar registrado; b) o imóvel estar registrado em nome do próprio legitimado; c) o imóvel estar registrado em nome do antecessor do legitimado; d) o imóvel estar registrado em nome de terceiro estranho ao legitimado. No primeiro caso ("a"), registra-se normalmente o título de legitimação; no segundo e no terceiro casos ("b" e "c") o registro do título de legitimação de posse substituirá os registros anteriores; no quarto caso ("d"), registra-se o título de legitimação de posse, ficando sem efeito o registro existente. Em qualquer dos casos prevalecerão as metragens e a descrição do imóvel constantes do título de legitimação de posse, pois a finalidade precípua deste ato é a regularização da propriedade pública e das aquisições particulares por essa forma anômala, mas de alto sentido social.

Observe-se, finalmente, que não há nestes casos usucapião do bem público como direito do posseiro mas, sim, reconhecimento do Poder Público da conveniência de legitimar determinadas ocupações, convertendo-as em propriedade em favor dos ocupantes que atendam às condições estabelecidas na legislação da entidade legitimante. Essa providência

harmoniza-se com o preceito constitucional da função social da propriedade (art. 170, III) e resolve as tão frequentes tensões resultantes da indefinição da ocupação, por particulares, de terras devolutas e de áreas públicas não utilizadas pela Administração.

Os bens públicos são, em regra, imprescritíveis, impenhoráveis e não sujeitos a oneração. Vejamos a razão de ser desses atributos, que tem fundamentos constitucionais e legais, além de encontrarem plena justificação na prática administrativa.

A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito.

A impenhorabilidade dos bens públicos decorre de preceito constitucional que dispõe sobre a forma pela qual serão executadas as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública, sem permitir a penhora de seus bens. Admite, entretanto, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, desde que ocorram certas condições processuais (CF, art. 100).

O Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11.1.73, retificada pela Lei 5.925, de 1.10.73) contém seção especial para a execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731), estabelecendo as regras para o pagamento das requisições judiciais, na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Isto significa que caberá ao Poder Público providenciar os recursos necessários à execução, que se realiza sem penhora de qualquer bem público.

A impossibilidade de oneração dos bens públicos (das entidades estatais, autárquicas e fundacionais) parece-nos questão indiscutível, diante da sua inalienabilidade e impenhorabilidade.

Penhor, anticrese e hipoteca são, por definição legal, direitos reais de garantia sobre coisa alheia (CC, art. 755). Como tais, tipificam-se pelo poder de seqüela, isto é, de acompanhar a coisa em todas as suas mutações, mantendo-a como garantia da execução. O que caracteriza esta classe de direitos reais é a íntima conexão em que se acham com as obrigações cujo cumprimento asseguram. É por vincularem a coisa, diretamente, à ação do credor, para a satisfação de seu crédito, que lhes cabe, adequadamente, a denominação de direitos reais de garantia.

O mesmo diz a lei civil: "Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação" (CC, art. 755). E no artigo seguinte a lei esclarece: "Só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca" (CC, art. 756).

Por essa conceituação, ficam afastados, desde logo, os bens de uso comum do povo e os de uso especial, que são, por natureza, inalienáveis.

Restam, portanto, os dominiais e as rendas públicas. Mas quanto a estes há o obstáculo constitucional da impenhorabilidade em execução judicial. Se tais bens, embora alienáveis, são impenhoráveis por lei, não se prestam a execução direta, que é consectário lógico de vínculo real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético.

Exige o interesse público - e, por isso mesmo, a Constituição da República o resguardou - que o patrimônio das pessoas públicas fique a salvo de apreensões judiciais por créditos de particulares. Para a execução de sentenças condenatórias da Fazenda Pública, a Lei Magna e o Código de Processo Civil instituíram modalidade menos drástica que a penhora,

porém não menos eficaz que esta, ou seja, a da requisição de pagamentos, à conta dos créditos respectivos, e o subsequente seqüestro de dinheiro, se desatendida a requisição. Ressalvaram-se, assim, os interesses da Administração, sem se descuidar dos direitos de seus credores.

O Estado, no desempenho normal de sua administração, adquire bens de toda espécie e os incorpora ao patrimônio público para a realização de seus fins. Essas aquisições ou são feitas contratualmente, pelos instrumentos comuns do Direito Privado, sob a forma de compra, permuta, doação, dação em pagamento, ou se realizam compulsoriamente, por desapropriação ou adjudicação em execução de sentença, ou, ainda, se efetivam por força da lei, na destinação de áreas públicas nos loteamentos e na concessão de domínio de terras devolutas. Essas modalidades de aquisição e alienação já foram vistas nos tópicos anteriores, restando apenas advertir que cada modalidade de aquisição tem forma e requisitos específicos para sua efetivação, segundo se trate de móvel ou imóvel e de acordo com o valor do bem a ser adquirido.

Toda aquisição de bens pela Administração deverá constar de processo regular no qual se especifiquem as coisas a serem adquiridas e sua destinação, a forma e as condições de aquisição e as dotações próprias para a despesa a ser feita com prévio empenho (Lei federal 4.320/64, art. 60), nos termos do contrato aquisitivo, precedido de licitação, quando for o caso (Lei 4.320/64, art. 70, e legislação estadual e municipal pertinentes). O desatendimento das exigências legais na aquisição de bens para o patrimônio público poderá dar causa a invalidação do contrato, até mesmo por ação popular (Lei 4.717/65, arts. 1º e 4º), e a responsabilização do infrator por emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, art. 315; no caso de Prefeito Municipal, Dec.-lei 201/67, art. 1º, I e III), além do ressarcimento do dano, se houver lesão aos cofres públicos.

Os bens imóveis de uso especial e os dominiais adquiridos por qualquer forma pelo Poder Público ficam sujeitos a registro no registro imobiliário competente; os bens de uso comum do povo (vias e logradouros públicos) estão dispensados de registro enquanto mantiverem essa destinação. A Lei 5.972, de 11.12.73, regula o procedimento para o registro da propriedade de bens imóveis discriminados administrativamente ou possuídos pela União.

## **6. Desapropriação**

### **( Servidão administrativa; Ocupação temporária e limitação administrativa)**

A multiplicidade das exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas impõem ao Poder Público a diversificação dos meios de intervenção na propriedade e de atuação no domínio econômico, variando desde o apoderamento de bens e serviços particulares através da desapropriação ou da requisição até as medidas mais atenuadas da servidão administrativa, da limitação administrativa e da ocupação temporária, além da repressão ao abuso do poder econômico e das medidas de controle de abastecimento e de fixação de preços.

Entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.

A intervenção na propriedade particular pode ter fundamento na necessidade ou na utilidade pública, ou no interesse social, mas esse fundamento há de vir expresso em lei federal para autorizar o ato interventivo, que tanto pode ser praticado pela União como pelos Estados-membros e Municípios, nos limites de sua competência territorial e institucional.

Examinaremos os meios específicos de intervenção na propriedade privada, a saber: a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) requisição; d) ocupação temporária; e) limitação administrativa.

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade destaca-se a desapropriação, que é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional.

Mas o poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal.

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III) e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (CF, art. 184).

A desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada.

As características da desapropriação, no plano teórico e prático, são muitas e diversificadas, pelo quê só nos ateremos às mais relevantes para a Administração e para os administrados.

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, porque não provém de nenhum título anterior, e, por isso, o bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação e libera-se de quaisquer ônus que sobre ele incidissem precedentemente, ficando os eventuais credores sub-rogados no preço.

A desapropriação é um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: a primeira, de natureza declaratória, consubstanciada na indicação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social; a segunda, de caráter executório, compreendendo a estimativa da justa indenização e a transferência do bem expropriado para o domínio do expropriante. É um procedimento administrativo (e não um ato), porque se efetiva através de uma sucessão ordenada de atos intermediários (declaração de utilidade, avaliação, indenização), visando à obtenção de um ato final, que é a adjudicação do bem ao Poder Público ou ao seu delegado beneficiário da expropriação.

Toda desapropriação deve ser precedida de declaração expropriatória regular, na qual se indique o bem a ser desapropriado e se especifique sua destinação pública ou de interesse social. Não há, nem pode haver, desapropriação de fato, ou indireta.

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.

Todos os bens e direitos patrimoniais prestam-se a desapropriação, inclusive o espaço aéreo e o subsolo. Excluem-se desse despojamento compulsório os direitos personalíssimos, indescritíveis do indivíduo ou irretiráveis de sua condição cívica. Também não se desapropria a moeda corrente do País, porque ela constitui o próprio meio de pagamento da indenização, mas podem ser expropriadas moedas raras, nacionais ou estrangeiras. Como se vê, as restrições à desapropriação constituem exceção à regra da liberdade expropriatória.

A desapropriação da propriedade é a regra, mas a posse legítima ou de boa-fé também é expropriável, por ter valor econômico para o possuidor, principalmente quando se trata de imóvel utilizado ou cultivado pelo posseiro. Certamente, a posse vale menos que a propriedade, mas nem por isso deixa de ser indenizável, como têm reconhecido e proclamado os nossos Tribunais.

Os bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades.

Os bens de autarquias, de fundações públicas, entidades paraestatais, concessionários e demais delegados do serviço público são expropriáveis, independentemente de autorização legislativa.

As áreas de jazidas com autorização, concessão ou licenciamento de pesquisa ou lavra não podem ser desapropriadas pelas entidades menores, para dar-lhes outra destinação, sem prévia e expressa concordância da União, porque isto importaria suprimir a atividade minerária, cuja ordenação é da exclusiva competência federal, e, por outro lado, o Código de Mineração (Dec.-lei 227/67) proíbe que se impeça por ação judicial "o prosseguimento da pesquisa ou lavra" (art. 87).

Os destinatários dos bens expropriados são, em princípio, o Poder Público e seus delegados, como detentores do interesse público justificador da desapropriação. Mas casos há em que os bens desapropriados podem ser traspassados a particulares, por ter sido essa, precisamente, a finalidade expropriatória, como ocorre na desapropriação por zona, na desapropriação para urbanização e nas desapropriações por interesse social, em que se visa à distribuição da propriedade com o adequado condicionamento para melhor desempenho de sua função social, erigida em princípio constitucional propulsor da ordem econômica, do desenvolvimento nacional e da justiça social (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III).

A desapropriação por zona está autorizada pelo Dec.-lei 3.365/41 (art. 4º) e consiste na ampliação da expropriação às áreas que se valorizem extraordinariamente em consequência da realização da obra ou do serviço público. Estas áreas ou zonas excedentes e desnecessárias ao Poder Público podem ser vendidas a terceiros, para obtenção de recursos financeiros. A desapropriação por zona é um sucedâneo da contribuição de melhoria. Para essa modalidade de expropriação, a declaração de utilidade pública deverá indicar expressamente qual a área necessária às obras ou serviços a realizar e qual a zona excedente a ser abrangida pela desapropriação, para futura alienação.

Outra hipótese de permissibilidade de alienação de áreas desapropriadas ocorre nas expropriações para formação de distritos industriais, desde que a Administração expropriante planeje a área e promova a urbanização necessária à sua desativação. Nem seria viável a implantação de qualquer núcleo industrial, em área desapropriada para esse fim, se não se reconhecesse ao Poder Público a possibilidade de alienação de glebas aos empresários que satisfaçam as exigências da Administração expropriante. O que se nega é a legitimidade de desapropriações de áreas individualizadas e a subsequente transferência a interessados certos para eventual instalação de indústrias, sem qualquer planejamento e urbanização do local para zona industrial.

A desapropriação para observância do Plano Diretor do Município está prevista no art. 182, § 4º, III, da atual CF como a mais drástica forma de intervenção na propriedade quando a área não for edificada, estiver sendo subutilizada ou não utilizada.

A desapropriação por interesse social é aquela que se decreta para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar seu uso ao bem-estar social (Lei 4.132/62, art. 1º). A primeira hipótese é privativa da União e específica da reforma agrária; a segunda é permitida a todas as entidades constitucionais - União, Estados membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios - que têm a incumbência de adequar o uso da propriedade em geral às exigências da coletividade.

Interesse social não é interesse da Administração, mas sim da coletividade administrada. Daí por que os bens expropriados por interesse social, na maioria das vezes, o são para traspasse aos particulares que lhes possam dar melhor aproveitamento ou utilização em prol da comunidade.

A desapropriação para reforma agrária, privativa da União, é realizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA (Dec. 97.886, de 28.6.89, que restabeleceu e reestruturou suas funções) e está regulamentada pelo Dec. 95.715, de 10.2.88. Quanto ao pagamento dessas desapropriações, será feito em títulos da dívida agrária, com prazo de resgate de até vinte anos (CF, art. 184), na forma do art. 205 da Lei 4.504/64, alterado pela Lei 7.647, de 19.1.88, salvo quanto às benfeitorias úteis e necessárias, que serão indenizadas em dinheiro (CF, art. 184, § 1º).

A finalidade pública ou o interesse social é, pois, exigência constitucional para legitimar a desapropriação. Não pode haver expropriação por interesse privado de pessoa física ou organização particular. O interesse há de ser do Poder Público ou da coletividade: quando o interesse for do Poder Público, o fundamento da desapropriação será necessidade ou utilidade pública; quando for da coletividade, será interesse social.

Os requisitos constitucionais exigidos para a desapropriação resumem-se na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social e no pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), ou em títulos especiais da dívida pública (no caso de desapropriação para observância do Plano Diretor do Município, art. 182, § 4º, III) ou da dívida agrária (no caso de desapropriação para fins de reforma agrária, art. 184).

A necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato.

A utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível. A lei geral das desapropriações (Dec.-lei 3.365/41) consubstanciou as duas hipóteses em utilidade pública, pois só emprega essa expressão em seu texto.

O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. Esse interesse social justificativo de desapropriação está indicado na norma própria (Lei 4.132/62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente.

As normas básicas da desapropriação acham-se expressas no Dec.-lei 3.365, de 21.6.41, complementado pela legislação subsequente.

Esse decreto-lei, após esclarecer que todas as entidades constitucionais - União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios Federais - podem desapropriar em seu próprio benefício (art. 2º), permite que também o façam em favor de suas autarquias, fundações públicas, entidades paraestatais e concessionários de serviços públicos, os quais, depois de decretada a expropriação pelo Poder Público, podem promovê-la em seu nome, desde que estejam para isso expressamente autorizados por lei ou contrato (art. 3º).

Assim, às entidades estatais menores só cabe declarar a necessidade ou a utilidade pública ou o interesse social do bem a ser expropriado e promover, diretamente ou por seus delegados, a respectiva desapropriação, sem expedir qualquer norma de natureza substantiva ou adjetiva sobre o instituto, os casos de expropriação ou o processo expropriatório, porque isto é da alçada exclusiva da lei federal.

Os casos ensejadores de desapropriação acham-se taxativamente relacionados, por lei, em dois grupos: o primeiro com fundamento em necessidade ou utilidade pública; o segundo, em interesse social. Todos, porém, definidos pelas leis federais que os enumeram e sem possibilidade de ampliação por norma estadual ou municipal. Inicialmente, o Código Civil relacionou os casos de necessidade pública (art. 590, § 1º) e os de utilidade pública (art. 590, § 2º), mas essa relação foi absorvida pelo elenco mais completo do art. 5º do Dec.-lei 3.365/41, sob a denominação única e genérica de utilidade pública, e leis especiais aditaram outras hipóteses específicas.

Os casos de utilidade pública enumerados no art. 5º do Dec.-lei 3.365/41 são os seguintes: a) segurança nacional; b) defesa do Estado; c) socorro público em caso de calamidade; d) salubridade pública; e) criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) assistência pública, obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; h) exploração ou conservação dos serviços públicos; i) abertura, conservação ou melhoramento de vias ou logradouros públicos; loteamento de terrenos, edificadas ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; construção ou ampliação de distritos industriais (redação dada pela Lei 6.602/78); j) funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) preservação e conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; m) construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; o) reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais.

Observamos que a exigência de decreto autorizativo do Presidente da República para desapropriação de gleba rural necessária à formação de distrito industrial só se apresenta quando a gleba exproprianda se situa em zona rural e o imóvel não esteja cumprindo sua função social, nos termos dos arts. 184 e 186 da CF de 1988. Nos demais casos, o Governador ou Prefeito é livre para decretar e promover a desapropriação com base na letra "i" do art. 5º do Dec.-lei 3.365/41, com a nova redação dada pela Lei 6.602/78 e parágrafos acrescentados ao mesmo artigo.

Os casos de interesse social estão enumerados pelo art. 2º da Lei 4.132/62, nesta ordem: I - 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; 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 dez famílias; V - a construção de casas populares; VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente 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 (este inciso foi acrescentado pelo art. 31 da Lei 6.513, de 20.12.77). A mesma lei autoriza a venda dos bens expropriados, ou sua locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista no ato expropriatório (art. 4º). Essa desapropriação compete a qualquer das entidades estatais em que o caso se apresente com as características do interesse social.

Outros casos de interesse social foram acrescentados pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), para fins da reforma agrária, visando a: a) condicionar o uso da terra à sua função social; b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade; c) obrigar à exploração racional da terra; d) permitir a recuperação social e econômica de regiões; e) estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica; f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; g) incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural; h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias (art. 18). A desapropriação, nestes casos, só se aplica a imóveis rurais, nos termos e para os fins do art. 184 da CF, seguindo os trâmites do Dec.-lei 554, de 25.4.69, sendo que o ato expropriatório deve ser expedido pelo Presidente da República ou por autoridade a quem forem delegados poderes especiais para praticá-lo.

A declaração expropriatória pode ser feita por lei ou decreto em que se identifique o bem, se indique seu destino e se aponte o dispositivo legal que a autorize. Como se trata, entretanto, de ato tipicamente administrativo, consistente na especificação do bem a ser transferido compulsoriamente para o domínio da Administração, é mais próprio do Executivo, que é o Poder administrador por excelência.

A atribuição de competência expropriatória ao Legislativo, concorrentemente com o Executivo, é uma anomalia de nossa legislação, porque o ato de desapropriar é caracteristicamente de administração. A lei que declara a utilidade pública de um bem não é normativa; é específica e de caráter individual. É lei de efeito concreto equiparável ao ato administrativo, razão pela qual pode ser atacada e invalidada pelo Judiciário desde sua promulgação e independentemente de qualquer atividade de execução, porque ela já traz em si as consequências administrativas do decreto expropriatório.

Qualquer entidade estatal pode expropriar bens particulares, a União pode desapropriar os dos Estados-membros e dos Municípios e o Estado-membro só pode expropriar os dos seus Municípios, não cabendo a estes a desapropriação de bens de outros Municípios ou de entidades políticas maiores.

Os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetivação de transferência do bem para o domínio do expropriante. Só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito. Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou sua



disponibilidade. Lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir mesmo após a declaração expropriatória, enquanto o expropriante não realizar concretamente a desapropriação, sendo ilegal a denegação de alvará de construção: o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco.

Desde a declaração expropriatória ficam as autoridades expropriantes autorizadas a penetrar nos prédios atingidos, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio da força policial. Tal direito, entretanto, não significa imissão na posse, a qual só se dará por ordem judicial, após o pagamento da justa indenização ou do depósito provisório nos casos e forma admitidos em lei.

Essa admissibilidade legal de penetrar nos prédios (art. 7º) é limitada ao trânsito pelos imóveis necessário aos levantamentos topográficos, aos atos avaliatórios e outros de identificação dos bens, mas que não prejudiquem sua normal utilização pelos proprietários ou possuidores. Se nesse trânsito a Administração causar dano ao imóvel, responderá pelos prejuízos e seu agente poderá ser responsabilizado por ação penal.

A caducidade da declaração expropriatória ocorre ao fim de cinco ou de dois anos, conforme se trate, respectivamente, de manifestação de utilidade ou necessidade pública (Dec.-lei 3.365/41, art. 10) ou de interesse social (Lei 4.132/62, art 3º), só podendo ser renovada, em qualquer das hipóteses, depois de um ano da decadência.

Quanto ao processo expropriatório, a desapropriação poderá ser efetivada por via administrativa ou por processo judicial, sendo, mesmo, recomendável o acordo na órbita interna da Administração, após a declaração expropriatória.

A via administrativa consubstancia-se no acordo entre as partes quanto ao preço, reduzido a termo para a transferência do bem expropriado, o qual, se imóvel, exige escritura pública para a subsequente transcrição no registro imobiliário competente, salvo para as desapropriações do Nordeste, que a Lei 6.160, de 6.12.74, simplificou para instrumento particular.

O processo judicial segue o rito especial estabelecido na lei geral das desapropriações (Dec.-lei 3.365/41), admitindo, supletivamente, a aplicação dos preceitos do Código de Processo Civil. O foro para a ação, inclusive na desapropriação indireta, é o da situação do bem expropriado, salvo quando houver interesse da União, que torna competente a justiça Federal com sede na Capital do Estado correspondente (CF, art. 109, I; Lei 5.010/66, art. 13, I; Dec.-lei 3.365/41, art. 11, e STF, Súmula 218).

No processo de desapropriação o Poder Judiciário limitar-se-á ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório e, se conforme à lei, dará prosseguimento à ação para admitir o depósito provisório dentro dos critérios legais, conceder a imissão na posse quando for caso e, a final, fixar a justa indenização e adjudicar o bem ao expropriante. Neste processo é vedado ao juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade ou interesse social declarado como fundamento da expropriação (art. 9º), ou decidir questões de domínio ou posse. Nada impede, entretanto, que, por via autônoma, que a lei denomina "ação direta" (art. 20), o expropriado peça e obtenha do Judiciário o controle de legalidade do ato expropriatório. Mas é óbvio que, no próprio processo de desapropriação, o juiz pode e deve decidir sobre a regularidade extrínseca do ato expropriatório (competência, forma, caducidade etc.), assim como sobre as nulidades processuais.

A imissão provisória na posse é admitida até mesmo antes da citação do expropriado, desde que o expropriante declare a urgência e efetue em juízo o depósito prévio, segundo o critério legal do § 1º do art. 15 do Dec.-lei 3.365/41, que estabelece a seguinte gradação: a) do preço oferecido, se este for superior a vinte vezes o valor (agora valor venal),

caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; b) da quantia correspondente a vinte vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; c) do valor cadastral para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso "c", o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização do imóvel.

Feito o depósito provisório, o expropriado poderá levantar 80% do seu montante, ainda que discorde do preço ofertado ou arbitrado, atendidas as exigências do art. 34 do Dec.-lei 3.365/41, ou seja, a comprovação da propriedade e da quitação de débitos fiscais incidentes sobre o bem até a data da Imissão na posse, assim como a publicação dos editais para conhecimento de terceiros.

A imissão provisória na posse de prédios residenciais urbanos tem rito próprio, estabelecido no Dec.-lei 1.075, de 22.1.70, que só a admite após intimação da oferta ao expropriado, e, se este a impugnar, deverá ser arbitrada por perito avaliador do juízo, para as providências subsequentes e depósito da metade do valor estimado, até o limite legal.

A imissão definitiva na posse, em qualquer hipótese, só se dará após o integral pagamento do preço, conforme o fixado no acordo ou na decisão judicial final, que adjudicará o bem ao expropriante, transferindo-lhe o domínio com todos os seus consectários. Mas é de observar-se que desde a imissão provisória na posse o expropriante auferirá todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais.

A alegação de urgência, para fins de imissão provisória na posse, poderá ser feita no ato expropriatório ou subsequentemente, mas a imissão deve ser requerida dentro de cento e vinte dias da alegação, sob pena de caducidade, com impossibilidade de renovação (art. 15, § 2º).

O direito de extensão é o que assiste ao proprietário de exigir que na desapropriação se inclua a parte restante do bem expropriado, que se tornou inútil ou de difícil utilização.

É de observar-se que, para fins de reforma agrária, a Lei 4.504/64 consignou expressamente o direito de extensão aos que tiverem terras parcialmente expropriadas em condições que prejudiquem substancialmente a exploração econômica do remanescente (art. 19, § 1º).

Em qualquer das hipóteses, o expropriado que desejar exercer o direito de extensão deverá manifestar seu desejo no acordo administrativo ou na ação judicial que se instaurar para a fixação da indenização. Não o fazendo nessas oportunidades, entende-se que renunciou seu direito, não sendo admissível que o pleiteie após o término da desapropriação.

A indenização do bem desapropriado deve ser justa, prévia e em dinheiro (CF, arts. 5º, XXIV, e 182, § 3º). Somente para os imóveis rurais sujeitos a reforma agrária (CF, art. 184) e para os urbanos que não atendam ao Plano Diretor (CF, art. 182, § 4º, III) é que se admite a exceção do pagamento em títulos, respectivamente, da dívida agrária e da dívida pública.

A indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. A justa indenização inclui, o valor do bem, suas rendas,

danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.

Os juros compensatórios, na base de 12% ao ano, conforme a recente jurisprudência do STF, são devidos desde a ocupação do bem.

Os juros moratórios, na base de 6% ao ano (arts. 1.062 do CC e 293 do CPC), são devidos desde que haja atraso no pagamento da condenação e não se confundem com os juros compensatórios (12% ao ano), que correm desde a data da efetiva ocupação do bem. Por isso mesmo, esses juros são cumuláveis, porque se destinam a indenizações diferentes: os compensatórios cobrem lucros cessantes pela ocupação do bem; os moratórios destinam-se a cobrir a renda do dinheiro não pago no devido tempo.

Quanto às benfeitorias, esclarece a própria lei, serão sempre indenizadas as necessárias, feitas após a desapropriação, e as úteis, se realizadas com autorização do expropriante (§ 1º do art. 26). Repita-se que só se considera efetivada a desapropriação após o acordo ou a instauração do processo judicial.

A indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel.

Indenização em dinheiro quer dizer que o expropriante há de pagar o expropriado em moeda corrente. Esta é a regra (CF, art. 5º, XXIV). Por exceção constitucional permite-se o pagamento em títulos especiais da dívida pública e da dívida agrária, respectivamente, para os imóveis urbanos que não atendam ao Plano Diretor municipal e para os imóveis rurais (CF, arts. 182, § 4º, III, e 184). Por acordo pode-se estabelecer qualquer outro modo ou forma de pagamento.

A fixação da indenização pode ser feita por acordo administrativo ou por avaliação judicial. De toda conveniência é que a Administração acerte amigavelmente com o expropriado o quantum da justa indenização, mas, se houver divergência entre a oferta do Poder Público e a pretensão do particular, a controvérsia se resolverá em juízo, mediante avaliação por perito técnico de livre escolha do juiz, conforme dispõe o art. 14 do Dec.lei 3.365/41, com as modificações subsequentes.

Os terrenos marginais dos rios públicos, na faixa denominada reservada pelo Código de Águas (art. 14), vêm sendo considerados não indenizáveis nas desapropriações, nos termos da Súmula 479 do STF, que os exclui do domínio do expropriado.

O pagamento da indenização expropriatória faz-se na forma do acordo, ou nos termos do julgado em execução. Nesta última hipótese, a Constituição determina que o pagamento há de ser feito na ordem de apresentação da requisição (precatório) e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias ou nos créditos especiais abertos para esse fim, e, se houver preterição do exequente, caberá seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito. Estabelece, ainda, a Lei Magna que as Administrações deverão incluir nos seus orçamentos dotações bastantes para o pagamento dos débitos constantes dos precatórios apresentados até 1º de julho, abrindo-se créditos adicionais para as requisições posteriores (art. 100). Essas disposições endereçam-se, evidentemente, às pessoas públicas (entidades estatais e autarquias), que só podem efetuar pagamentos com verbas orçamentárias ou com créditos legalmente abertos e cujos bens não se sujeitam a penhora.

Quanto ao pagamento das desapropriações promovidas por entidades de personalidade privada, ainda que paraestatais, a execução do julgado faz-se na forma processual comum, inclusive com penhora de bens do devedor que não atender ao mandado executório.

A finalidade pública, consubstanciada na necessidade ou utilidade do bem para fins administrativos ou no interesse social da propriedade para ser explorada ou utilizada em prol da comunidade, é o fundamento legitimador da desapropriação. Não pode haver

expropriação por interesse privado de pessoa física ou de entidade particular sem utilidade pública ou interesse social. O interesse há que ser ou do Poder Público ou da coletividade beneficiada com o bem expropriado, sob pena de nulidade da desapropriação.

O desvio de finalidade está conceituado no parágrafo único, "e", do art. 2º da Lei 4.717/65 como causa de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, através de ação popular.

O desvio de finalidade ocorre, na desapropriação, quando o bem expropriado para um fim é empregado noutra sem utilidade pública ou interesse social. Daí o chamar-se, vulgarmente, a essa mudança de destinação, *tredestinação* (o correto seria *tresdestinação*, no sentido de desvio de destinação), para indicar o mau emprego pelo bem expropriado. Mas deve-se entender que a finalidade pública é sempre genérica e, por isso, o bem desapropriado para um fim público pode ser usado em outro fim público sem que ocorra desvio de finalidade. Exemplificando: um terreno desapropriado para escola pública poderá, legitimamente, ser utilizado para construção de um pronto-socorro público sem que isto importe desvio de finalidade, mas não poderá ser alienado a uma organização privada para nele edificar uma escola ou um hospital particular, porque a estes faltaria a finalidade pública justificadora do ato expropriatório.

Por outro lado, se o poder Público ou seus delegados não derem ao bem expropriado sua destinação legal, ficará o ato expropriatório sujeito a anulação e a retrocessão, como veremos a seguir.

A anulação da desapropriação, ou, mais precisamente, do ato expropriatório, é obtida por "ação direta", nas mesmas condições em que a Justiça invalida os demais atos administrativos ilegais. O Dec.-lei 3.365/41 refere-se a "ação direta" em sentido amplo (art. 20), abrangendo as vias judiciais comuns e especiais, inclusive o mandado de segurança, tal seja a ofensa a direito líquido e certo do expropriado.

A ilegalidade da desapropriação tanto pode ser formal quanto substancial, pois em certos casos resulta da incompetência da autoridade ou da forma do ato, e noutros provém do desvio de finalidade ou da ausência de utilidade pública ou de interesse social, caracterizadora do abuso de poder. Esta, aliás, é a ilegalidade mais comum nas desapropriações. Assim, se, ao invés de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social, se deparar na desapropriação motivo de favoritismo ou de perseguição pessoal, interesse particular sobrepondo-se ao interesse da coletividade e qualquer outro desvio de finalidade ou imoralidade administrativa, o ato expropriatório é nulo e deverá ser invalidado pelo Judiciário, por divorciado dos pressupostos constitucionais e legais vinculadores de sua prática. Realmente, a autoridade expropriante só é livre na valoração dos motivos de interesse público, mas fica sempre vinculada à existência e à realidade desses motivos, assim como ao atendimento dos requisitos de legitimidade condicionadores da desapropriação.

A ação anulatória da desapropriação, como as demais de natureza pessoal contra a Fazenda Pública, prescreve em cinco anos, mas, se, ajuizada temporaneamente, vier a ser julgada posteriormente à incorporação do bem ao patrimônio do expropriante, resolve-se em perdas e danos, nos expressos termos do art. 35 do Dec.-lei 3.365/41.

Retrocessão é a obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório (CC, art. 1.150). Se o expropriante não cumprir essa obrigação, o direito do expropriado resolve-se em perdas e danos, uma vez que os bens incorporados ao patrimônio público não são objeto de reivindicação [Dec.-lei 3.385/41, art. 35).

A retrocessão é, pois, uma obrigação pessoal de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao

bem. Dai o conseqüente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários.

A desistência da desapropriação é possível até a incorporação do bem ao patrimônio do expropriante, ou seja, para o móvel, até a tradição, e, para o imóvel, até o trânsito em julgado da sentença ou a transcrição do título resultante do acordo. Dai por diante o que pode haver é retrocessão do bem (CC, art. 1.150), e não mais desistência da desapropriação, porque seus efeitos já se exauriram com a transferência do domínio.

Opera-se a desistência da desapropriação pela revogação do ato expropriatório (decreto ou lei) e devolução do bem expropriado, o que acarreta a invalidação do acordo ou a extinção do processo, se já houver ação ajuizada. Em princípio, não caberá ao expropriado opor-se à desistência, mas poderá exigir o ressarcimento dos prejuízos suportados com a expropriação iniciada e não concluída.

Observamos, todavia, que a desistência da desapropriação pressupõe a devolução do bem expropriado nas mesmas condições em que o expropriante o recebeu do proprietário. Devolver é restituir. E restituir é fazer a coisa retornar ao primitivo dono com as mesmas características de seu estado anterior. Se houve alteração no bem é inadmissível a desistência da desapropriação. Assim já decidiu a Justiça de São Paulo.

Servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário.

As servidões administrativas ou públicas não se confundem com as servidões civis de Direito Privado, nem com as limitações administrativas de Direito Público, nem com as desapropriações. Vejamos os caracteres distintivos desses institutos. A servidão civil é direito real de um prédio particular sobre outro, com finalidade de serventia privada *uti singuli*; a servidão administrativa é ônus real do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública - *publicae utilitatis*. A limitação administrativa é uma restrição pessoal, geral e gratuita, imposta genericamente pelo Poder Público ao exercício de direitos individuais, em benefício da coletividade; a servidão administrativa é um ônus real de uso, imposto especificamente pela Administração a determinados imóveis particulares, para possibilitar a realização de obras e serviços públicos. Assim, a restrição à edificação além de certa altura é uma limitação administrativa ao direito de construir, ao passo que a obrigação de suportar a passagem de fios de energia elétrica sobre determinadas propriedades privadas, como serviço público, é uma servidão administrativa, porque onera diretamente os imóveis particulares com uma serventia pública. A limitação administrativa impõe uma obrigação de não fazer; enquanto que a servidão administrativa impõe um ônus de suportar que se faça. Aquela incide sobre o proprietário (obrigação pessoal); esta incide sobre a propriedade (ônus real).

Também não se confunde a servidão administrativa com a desapropriação, porque esta retira a propriedade do particular, ao passo que aquela conserva a propriedade com o particular, mas lhe impõe o ônus de suportar um uso público. Na desapropriação despoja-se o proprietário do domínio e, por isso mesmo, indeniza-se a propriedade, enquanto que na servidão administrativa mantém-se a propriedade com o particular, mas onera-se essa propriedade com um uso público e, por esta razão, indeniza-se o prejuízo (não a propriedade) que este uso, pelo Poder Público, venha a causar ao titular do domínio privado. Se este uso público acarretar dano à propriedade serviente, indeniza-se este dano; se não acarretar, nada há que indenizar. Vê-se, portanto, que na desapropriação indeniza-se sempre; na servidão administrativa, nem sempre.

A desapropriação impõe-se quando há necessidade de retirar a propriedade do particular para uma obra ou serviço público, ou para uma destinação de interesse social; a

servidão justifica-se quando essas mesmas obras ou serviços públicos ou essa atividade de interesse social puderem ser feitos sem se retirar a propriedade do particular. Assim, p. ex., para instalar-se uma estação de tratamento de água em terreno particular há necessidade de desapropriação da área a ser ocupada com esse equipamento público, mas para a passagem de aqueduto subterrâneo pela mesma propriedade pode não haver necessidade de desapropriação, bastando a simples instituição da servidão administrativa, com a indenização dos danos que a construção do aqueduto causar, momentaneamente, à mesma propriedade. Idêntica situação pode ocorrer com a passagem de fios elétricos ou telefônicos e com outros serviços públicos que não inutilizam a propriedade particular, nem impedem sua normal fruição pelo titular do domínio, o que aconselha a servidão administrativa (menos onerosa para o Poder Público) em lugar da desapropriação.

A instituição da servidão administrativa ou pública faz-se por acordo administrativo ou por sentença judicial, precedida sempre de ato declaratório da servidão, à semelhança do decreto de utilidade pública para desapropriação. A indenização não será da propriedade, mas sim dos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel serviente. Se desse uso público não resultar prejuízo ou dano à propriedade particular, a Administração nada terá que indenizar.

Para a exploração das riquezas minerais em geral e para o petróleo em especial, o Código de mineração (Dec.-lei 227, de 28.2.67) e o Código do Petróleo (Dec.-lei 3.236, de 7.5.41, complementado pela Lei 2.004, de 3.10.53) admitem expressa ou implicitamente a servidão administrativa, paralelamente à desapropriação para exploração dessas riquezas do subsolo.

Finalmente, merece menção a servidão administrativa das faixas marginais das águas públicas internas - rios e lagos - denominadas terrenos reservados. Essa servidão, como as demais, não retira a propriedade do particular, nem lhe tolhe a normal utilização das terras e dos produtos do subsolo nas faixas marginais reservadas; veda, apenas, as construções que possam impedir o trânsito das autoridades incumbidas da fiscalização dos rios e lagos. Em caso de a Administração precisar desses terrenos marginais para obras ou serviços públicos que impeçam sua utilização pelos proprietários particulares, impõe-se sua desapropriação, pois que a simples servidão administrativa de trânsito não autoriza o Poder Público ou seus delegados a impedir totalmente o uso dessas terras ribeirinhas, que são do domínio privado. Quem adquire terras banhadas por cursos d'água adquire a propriedade até o limite das águas, embora gravada com uma servidão administrativa de passagem, nas faixas marginais de quinze ou de dez metros, conforme se trate, respectivamente, de correntes navegáveis ou não navegáveis.

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 pretendem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a utilização do bem, nada há que indenizar; se o prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando, mesmo, a transformar-se em desapropriação indireta com indenização total da propriedade, se a inutilizou para sua exploração econômica normal.

Requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias. O fundamento do instituto da requisição encontra-se no art. 5º, XXV, da CF, que autoriza o uso da propriedade particular, na iminência de perigo público, pelas autoridades competentes (civis ou militares).

A requisição tem origens bélicas, mas se transformou em instrumento civil, ou, mais propriamente, administrativo, como meio de intervenção estatal na propriedade particular. Coexistem, assim, em nossos dias, a requisição civil e a requisição militar, ambas com conceituação jurídica idêntica e com os mesmos fundamentos, mas com objetivos diversos. A requisição civil visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade; a requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da Soberania Nacional. Ambas são cabíveis em tempo de paz, independentemente de qualquer regulamentação legal, desde que se apresente uma real situação de perigo público iminente (inundação, incêndio, sonegação de gêneros de primeira necessidade, conflito armado, comoção interna). Em tempo de guerra, as requisições, tanto civis como militares, devem atender aos preceitos da lei federal específica (CF, art. 22, III)

A requisição não depende de intervenção prévia do Poder Judiciário para sua execução, porque, como ato de urgência, não se compatibiliza com o controle judicial a priori. É sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado à existência de perigo público iminente (CF, arts. 5º, XXV, e 22, III) e vinculado à lei quanto à competência da autoridade requisitante, à finalidade do ato e, quando for o caso, ao procedimento adequado. Esses quatro últimos aspectos são passíveis de apreciação judicial, notadamente para a fixação do justo valor da indenização.

A requisição pode abranger bens móveis, imóveis e serviços. A requisição de coisas móveis e fungíveis assemelha-se à desapropriação, mas com ela não se confunde, primeiro porque a indenização é a posteriori; segundo porque é executada diretamente pela Administração, independentemente de ordem judicial para imissão na posse. A requisição de imóveis tem por objetivo, em regra, sua ocupação temporária, mas pode visar também à sua destruição, total ou parcial, para debelar o perigo, como ocorre nos casos de incêndio e inundação. Esse uso impróprio da propriedade particular pelo Poder Público justifica-se plenamente pelo estado de necessidade.

Observe-se que, quanto à requisição de serviços, não existem óbices constitucionais, mas, no tocante à de bens, a atividade da SUNAB está condicionada à existência de perigo público iminente, como ocorre, p. ex., com a sonegação de gêneros de primeira necessidade (leite, carne etc.), que, comprometendo a subsistência da população, põe em risco a saúde e até mesmo a vida, podendo, ainda, ser a causa e a origem de sublevações e conflitos armados que afetem a segurança interna. Não havendo perigo público iminente, não se legitima a requisição de bens, razão pela qual a Lei Delegada 4/62 apenas admite sua compra ou desapropriação quando necessários ao atendimento de seus objetivos (art. 2º, I e II).

A Lei 6.439, de 1.9.77, autoriza requisições em caso de calamidade pública, perigo público iminente ou ameaça de paralisação das atividades de interesse da população, a cargo de entidades da Previdência e Assistência Social (art. 25).

As requisições civis e militares, em tempo de guerra, estão reguladas pelo Dec.-lei 4.812, de 8.10.42, que indica os bens requisitáveis e disciplina o poder de requisitar, poder, este, que é próprio dos Ministros e Comandos Militares e do Ministro da justiça, sendo extensível, por ato do Presidente da República, a outros Ministros, Interventores e Governadores de Estado.

Ocupação provisória ou temporária é a utilização transitória, remunerada ou gratuita, de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público (CF, art. 5º, XXV).

O fundamento da ocupação temporária é, normalmente, a necessidade de local para depósito de equipamentos e materiais destinados à realização de obras e serviços públicos nas vizinhanças da propriedade particular.

O direito de ocupação temporária é uma prerrogativa do executor de serviços públicos, que lhe permite utilizar transitoriamente um terreno pertencente ao particular, seja para depositar os instrumentos de trabalho, seja para extrair materiais necessários ao serviço.

Essa prerrogativa estatal pode ser transferida a concessionários e empreiteiros, desde que autorizados pela Administração a ocupar terrenos baldios ou propriedades inexploradas, nas proximidades das obras ou serviços públicos a realizar. A ocupação temporária não admite demolições ou alterações prejudiciais à propriedade particular utilizada; permite, apenas, seu uso momentâneo e inofensivo, compatível com a natureza e destinação do bem ocupado.

Para essa ocupação deverá a Administração interessada expedir a competente ordem, fixando desde logo a justa indenização devida ao proprietário do terreno ocupado.

A ocupação provisória foi estendida especificamente aos imóveis necessários à pesquisa e lavra de petróleo (Dec.-lei 1.864/81) e de minérios nucleares (Dec.-lei 1.865/81). Essas normas visam a obviar os inconvenientes da desapropriação inicial de áreas a serem pesquisadas e que, se infrutíferas, tornam-se ociosas no domínio do expropriante, além de agravar as indenizações e de despojar inutilmente seus antigos proprietários.

As limitações administrativas representam modalidades de expressão da supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território, decorrendo do condicionamento da propriedade privada e das atividades individuais ao bem-estar da comunidade.

O conceito de limitação administrativa não tem sido convenientemente difundido pela doutrina, resultando daí deploráveis indistinções na legislação e na jurisprudência pátrias, que ora a confundem com restrição de vizinhança, ora com servidão predial, ora com servidão pública e até mesmo com desapropriação. Impõe-se, por isso, que, fixado o conceito de limitação administrativa, se apreciem os caracteres distintivos de todos estes institutos assemelhados, mas inconfundíveis na sua natureza e efeitos jurídicos.

Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.

As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.

Para que sejam admissíveis as limitações administrativas sem indenização, como é de sua índole, não de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação. Para situações particulares que conflitam com o interesse público a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade.

Na defesa desses interesses coletivos é que atua o Poder Público, coarctando direitos individuais, condicionando o uso da propriedade privada e regulamentando atividades particulares que afetem diretamente a comunidade.

Essas limitações, conquanto possam atingir quaisquer direitos ou atividades individuais, incidem preferentemente sobre a propriedade imóvel, para condicionar seu uso ao bem-estar da coletividade, o que justifica se alinhem maiores considerações sobre as restrições



administrativas ao domínio particular. Com tais limitações o Estado moderno intenta transformar a propriedade-direito na propriedade- função, para o pleno atendimento de sua destinação social, através de imposições urbanísticas, sanitárias, de segurança e outras.

As limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das três entidades estatais, por se tratar de matéria de Direito Público (e não de Direito Civil, privativo da União), da competência concorrente federal, estadual e municipal.

Agora vamos falar sobre as limitações administrativas como fonte de direito subjetivo. As limitações administrativas ao uso da propriedade, conquanto sejam imposições de ordem pública, podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, interessados na sua fiel observância por parte de todos os proprietários sujeitos às suas exigências.

Basta relermos o art. 572 do CC brasileiro para verificarmos que nosso Direito não se afasta dessa orientação, ao estabelecer que: "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos". Em outros dispositivos nossa lei civil reforça essa orientação quando determina que as construções incômodas ou prejudiciais à vizinhança guardem a distância "fixada nas posturas municipais e nos regulamentos de higiene" (art. 578) e, finalmente, quando ordena que os tapumes observem as dimensões "estabelecidas em posturas municipais" (art. 588, § 2º).

Acolhendo a boa doutrina, o TJSP modificou sua orientação anterior, para decidir que "o proprietário lesado por obra vizinha, erguida com infração de normas edilícias, tem ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou ilegalmente", acórdão, este, confirmado integralmente pelo STF.

Assentada está, assim, a tese de que as limitações administrativas ao direito de construir - e, conseqüentemente, aos demais direitos - geram direitos subjetivos aos particulares interessados na sua observância, habilitando-os a impedir obras ou atividades vedadas por lei, mas toleradas ilegalmente pela Administração.

É inegável que a inobservância das limitações administrativas de proteção à funcionalidade urbana prejudica não só o conjunto da cidade ou do bairro como afeta patrimonialmente as propriedades vizinhas, desvalorizando-as com a supressão das vantagens urbanísticas que resultam das imposições de zoneamento, recuo, afastamento, altura e natureza das edificações. Essa dupla proteção ao indivíduo e à comunidade se obtém pela concessão de ação aos vizinhos e pelas medidas administrativas do Poder Público, as quais, conjugadas, preservam os fins urbanísticos visados pelas normas edilícias da construção e almejados pelos particulares que procuram os bairros sujeitos a limitações dessa natureza.

O mesmo dever de observância das limitações administrativas da construção cabe ao Poder Público quando realiza suas edificações em zonas ou bairros sujeitos a imposições urbanísticas, pois a Administração iguala-se aos particulares na subordinação à lei e no respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

Observe-se, finalmente, que as limitações administrativas podem atingir não só a propriedade imóvel e seu uso como quaisquer outros bens e atividades particulares que tenham implicações com o bem-estar social, notadamente com a ordem pública, com os bons costumes, com a segurança e a saúde da coletividade, com o sossego e a higiene da cidade e até mesmo com a estética urbana.

As limitações administrativas têm sido confundidas muitas vezes com restrições de vizinhança, com servidão predial, com servidão pública e até mesmo com desapropriação, mas são marcantes as diferenças entre estes institutos.

As limitações administrativas distinguem-se substancialmente das restrições de vizinhança, porque estas são estabelecidas nas leis Civis para proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que a habitam (CC, arts. 554 e 558) e aquelas são editadas em normas de ordem pública - leis e regulamentos - em benefício do bem-estar social (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III). Ambas incidem sobre o mesmo objeto - a propriedade privada - mas com finalidades diversas: as restrições civis protegem especificamente os vizinhos - *uti singuli*; as limitações administrativas protegem genericamente a coletividade - *uti universi*.

Dessa distinção entre os objetivos das duas categorias de normas resulta que a limitação administrativa, como medida geral de ordem pública, protege e obriga indistintamente todos os indivíduos, como membros da coletividade administrada, ao passo que a restrição de vizinhança, como medida de interesse particular dos vizinhos, só alcança os proprietários e inquilinos sujeitos aos efeitos da vizinhança.

Não há confundir, também, limitação administrativa com servidão. Servidão predial é direito real sobre coisa alheia (CC, art. 674, II); é ônus que grava o prédio particular em benefício de outro ou outros, mediante convenção ou usucapião, sendo o Poder Público estranho à sua constituição e desinteressado de sua utilização.

Do mesmo modo, não se confunde limitação administrativa com servidão administrativa ou pública. Enquanto a limitação administrativa é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade, a servidão administrativa ou pública é um ônus especial imposto a determinada propriedade, mediante indenização do Poder Público, para propiciar a execução de algum serviço público. Assim, o recuo dos edifícios é tipicamente, uma limitação administrativa, ao passo que o atravessamento de um terreno com aqueduto para abastecimento de uma cidade é caracteristicamente uma servidão administrativa.

Por fim, importa distinguir a limitação administrativa da desapropriação. Nesta há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante, com integral indenização; naquela há, apenas, restrição ao uso da propriedade, imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização.

Vê-se, pois, que a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização; a servidão administrativa ou pública, como ônus especial a uma ou algumas propriedades, exige indenização dos prejuízos que a restrição acarretar aos particulares; a desapropriação, por retirar do particular sua propriedade ou parte dela, impõe cabal indenização do que foi expropriado e dos conseqüentes prejuízos.

Do exposto resulta que a limitação administrativa não constitui restrição especial nem despojamento da propriedade, casos em que, se o interesse público o exigir, impõe-se a servidão administrativa ou a desapropriação, conforme a amplitude do impedimento imposto ao proprietário.

Limitações administrativas são, p. ex., o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como, também, nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo sua destinação normal. Se o Poder Público retira

do bem particular seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra, que deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, em favor de todos, não tem exceção no Direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras.

## **7. Serviço público**

### **( Formas e meios de prestação; Entidades estatais da administração direta e indireta; Serviços delegados, concedidos, autorizados e permitidos)**

A Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos. Dessa forma, a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado e as reclamações relativas à prestação (arts. 175, parágrafo único, e 37, § 3º). A Constituição insere, ainda, o conceito de serviço relevante, como o de saúde (art. 197). Atendendo a essa orientação, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) considera como direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º) e, em complemento, obriga o Poder Público ou seus delegados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento daquelas obrigações e a reparação dos danos (art. 22 e parágrafo único).

A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade. Esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública; mas, em sentido amplo e genérico, quando aludimos a serviço público, abrangemos ambas as categorias.

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços, podemos classificá-los em: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; "uti universi" e "uti singuli", como veremos a seguir.

Serviços públicos propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

Serviços próprios do Estado são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta

razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade.

Serviços impróprios do Estado são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários. Esses serviços, normalmente, são rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégio (não confundir com monopólio), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.

Serviços administrativos são os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza.

Serviços industriais são os que produzem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração, esta, que, tecnicamente, se denomina tarifa ou preço público, por ser sempre fixada pelo Poder Público, quer quando o serviço é prestado por seus órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários. Os serviços industriais são impróprios do Estado, por consubstanciarem atividade econômica que só poderá ser explorada diretamente pelo Poder Público quando "necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei" (CF, art. 173).

Serviços "uti universi" ou gerais são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços uti universi devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.

Serviços "uti singuli" ou individuais são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto.

A regulamentação e controle do serviço público e de utilidade pública caberão sempre e sempre ao Poder Público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público. qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação.

Em todos os atos ou contratos administrativos, como são os que cometem a exploração de serviços públicos a particulares, está sempre presente a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija.

O Estado deve ter sempre em vista que serviço público e de utilidade pública são serviços para o público e que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços são “public servants”, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora. Daí decorre o dever indeclinável de o concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado.

Os requisitos do serviço público ou de utilidade pública são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que a Administração deve ter sempre presentes, para exigí-los de quem os preste: o princípio da permanência impõe continuidade no serviço; o da generalidade impõe serviço igual para todos; o da eficiência exige atualização do serviço; o da modicidade exige tarifas razoáveis; e o da cortesia traduz-se em bom tratamento para com o público. Faltando qualquer desses requisitos em um serviço público ou de utilidade pública, é dever da Administração intervir para restabelecer seu regular funcionamento ou retomar sua prestação.

Os direitos do usuário são, hoje, reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais utentes. São direitos cívicos, de conteúdo positivo, consistentes no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários. São direitos públicos subjetivos de exercício pessoal quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação. Tais direitos rendem ensejo às ações correspondentes, inclusive mandado de segurança, conforme seja a prestação a exigir ou a lesão a reparar judicialmente.

A via adequada para o usuário exigir o serviço que lhe for negado pelo Poder Público ou por seus delegados, sob qualquer modalidade, é a cominatória, com base no art. 287 do CPC. O essencial é que a prestação objetivada se consubstancie num direito de fruição individual do serviço pelo autor, ainda que extensivo a toda uma categoria de beneficiários. Assim, um serviço de interesse geral e de utilização coletiva *uti universi*, como a pavimentação e a iluminação das vias públicas, não é suscetível de ser exigido por via cominatória, mas os serviços domiciliares, como água encanada, telefone, eletricidade e demais utilidades de prestação *uti singuli*, podem ser exigidos judicialmente pelo interessado que esteja na área de sua prestação e atenda às exigências regulamentares para sua obtenção.

Além da via cominatória, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em título próprio, outros instrumentos para a tutela dos interesses individuais, coletivos ou difusos em juízo, tratando, inclusive, da legitimação ordinária e extraordinária para a propositura da ação (arts. 81 a 104).

A Constituição Federal, ao assegurar o direito de greve, estabeleceu que a lei definirá os serviços essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º). A Lei 7.783, de 28.6.89, define como serviços essenciais: o de água, de energia elétrica, gás e combustíveis; o de saúde; o de distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; o funerário; o de transporte coletivo; o de captação e tratamento de esgoto e lixo; o de telecomunicações; o relacionado com substâncias radioativas; o de tráfego aéreo; o de compensação bancária e o de processamentos de dados ligados a esses serviços (art. 10). Os sindicatos, os empregados e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação desses serviços, desde que a greve coloque em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (art. 11 e parágrafo único).

A repartição das competências para a prestação de serviço público ou de utilidade pública pelas três entidades estatais - União, Estado-membro, Município - opera-se

segundo critérios técnicos e jurídicos, tendo-se em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente para a Administração e para os administrados.

A Constituição de 1988 manteve a mesma linha básica de repartição de competências advinda das Constituições anteriores: poderes reservados ou enumerados da União (arts. 21 e 22), poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes indicativos para o Município (art. 30). Não obstante, procurou distinguir a competência executiva da competência legislativa. A primeira é a competência material para a execução dos serviços, que pode ser privativa (art. 21) ou comum (art. 23). A segunda refere-se à capacidade de editar leis e pode ser também privativa (art. 22), concorrente (art. 24) e suplementar (arts. 22, § 2º, e 30, II).

A competência da União limita-se a estabelecer normas gerais (§ 1º); estas, porém, não excluem a legislação complementar dos Estados (§ 2º); inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (§ 3º); mas a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§ 4º).

A competência legislativa suplementar foi deferida aos Estados (art. 24, § 2º), mas estendida também aos Municípios, aos quais compete "suplementar a legislação federal e estadual no que couber" (art. 30, II).

A competência da União em matéria de serviços públicos abrange os que lhe são privativos, enumerados no art. 21, e os que são comuns, relacionados no art. 23, que permitem atuação paralela dos Estados-membros e Municípios. Dentre os primeiros cabe destacar a defesa nacional (inc. III); a polícia marítima, aérea e de fronteiras (inc. XXII); a emissão de moeda (inc. VII); o serviço postal (inc. X); os serviços de telecomunicações em geral (incs. XI e XII); de energia elétrica (inc. XII, "b"); de navegação aérea, aeroespacial e de infra-estrutura portuária (inc. XII, "c"); os de transporte interestadual e internacional (inc. XII, "d" e "e"); de instalação e produção de energia nuclear (inc. XXIII); e a defesa contra calamidades públicas (inc. XVIII). Alguns desses serviços só podem ser prestados pela União; outros admitem execução indireta, através de delegação a pessoas de Direito Público ou Privado e a pessoas físicas.

Quanto aos serviços comuns, relacionados no art. 23, lei complementar deverá fixar normas para a cooperação entre as três entidades estatais, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (parágrafo único). Para alguns desses serviços, porém, como o de saúde, a Constituição já determinou que sua prestação seja feita através de um "sistema único", envolvendo todas as entidades estatais (art. 198).

A competência do Estado-membro para a prestação de serviços públicos não está discriminada constitucionalmente, pela razão de que, no nosso sistema federativo, o constituinte enunciou as matérias reservadas à União e as de competência comum entre as entidades estatais (arts. 21 e 23), deixando as remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º). A única exceção feita diz respeito à exploração e distribuição dos serviços de gás canalizado, que afasta inclusive a competência do Município para sua distribuição local (art. 25, § 2º).

Não se podem relacionar exhaustivamente os serviços da alçada estadual, porque variam segundo as possibilidades do Governo e as necessidades de suas populações. Por exclusão, pertencem ao Estado-membro todos os serviços públicos não reservados à União nem atribuídos ao Município pelo critério de interesse local. Nesse sentido, cabem ao Estado os serviços e obras que ultrapassam as divisas de um Município ou afetam interesses regionais. Pela mesma razão, compete ao Estado-membro a realização de serviços de interesse geral, ou de grupos ou categorias de habitantes disseminados pelo seu território, e em relação aos quais não haja predominância do interesse local sobre o estadual.

A competência do Município para organizar e manter serviços públicos locais está reconhecida constitucionalmente como um dos princípios asseguradores de sua autonomia administrativa (art. 30). A única restrição é a de que tais serviços sejam de seu interesse local. O interesse local, já definimos, não é o interesse exclusivo do Município, porque não há interesse municipal que o não seja, reflexamente, do Estado-membro e da União. O que caracteriza o interesse local é a predominância desse interesse para o Município em relação ao eventual interesse estadual ou federal acerca do mesmo assunto.

Não obstante, a Constituição de 1988 inovou em alguns aspectos ao eleger determinados serviços de interesse local em dever expresso do Município. É o que ocorre com o transporte coletivo, com caráter de essencialidade (art. 30, V); com a obrigação de manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (inc. VI); com os serviços de atendimento à saúde da população (inc. VII); com o ordenamento territorial e o controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (inc. VIII); e com a proteção ao patrimônio histórico-cultural local (inc. IX). A indicação expressa de tais serviços pelo texto constitucional torna-os prioritários em relação aos demais, constituindo sua falta grave omissão dos governantes municipais (Prefeito e Vereadores).

A Constituição outorga, ainda, ao Município a competência expressa para "criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual" (art. 30, IV).

Concluindo, podemos afirmar que serviços da competência municipal são todos aqueles que se enquadrem na atividade social reconhecida ao Município, segundo o critério da predominância de seu interesse em relação às outras entidades estatais.

A prestação do serviço público ou de utilidade pública pode ser centralizada, descentralizada e desconcentrada, e sua execução, direta e indireta (não se confunda com Administração direta e indireta).

Serviço centralizado é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço, que permanece integrado na agora denominada Administração direta (Dec.-lei 200/67, art. 4º, I)

Serviço descentralizado é todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, entidades paraestatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.

A distinção entre serviço outorgado e serviço delegado é fundamental, porque aquele é transferido por lei e só por lei pode ser retirado ou modificado, e este tem apenas sua execução transpassada a terceiro, por ato administrativo (bilateral ou unilateral), pelo que pode ser revogado, modificado e anulado, como o são os atos dessa natureza. A delegação é menos que outorga, porque esta traz uma presunção de definitividade e aquela de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por tempo indeterminado e os delegados por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante. Mas em ambas as hipóteses o serviço continua sendo público ou de utilidade pública, apenas descentralizado, contudo, sempre sujeito aos requisitos originários e sob regulamentação e controle do Poder Público que os descentralizou.

A descentralização pode ser territorial ou geográfica (da União aos Estados-membros e destes aos Municípios) ou institucional, que é a que se opera com a

transferência do serviço ou simplesmente de sua execução da entidade estatal para suas autarquias, entes paraestatais e delegados particulares.

Serviço desconcentrado é todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é uma técnica de especialização, consistente na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia.

Os serviços centralizados, descentralizados ou desconcentrados admitem execução direta ou indireta, porque isto diz respeito a sua implantação e operação, e não a quem tem a responsabilidade pela sua prestação ao usuário. Impõe, portanto, distinguir prestação centralizada, descentralizada ou desconcentrada do serviço, de execução direta ou indireta desse mesmo serviço.

Execução direta do serviço é a realizada pelos próprios meios da pessoa responsável pela sua prestação ao público, seja esta pessoa estatal, autárquica, paraestatal, empresa privada ou particular. Considera-se serviço em execução direta sempre que o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratantes). Para essa execução não há normas especiais, senão aquelas mesmas constantes da lei instituidora do serviço, ou consubstanciadora da outorga, ou autorizadora da delegação a quem vai prestá-lo aos usuários.

Execução indireta do serviço é a que o responsável pela sua prestação aos usuários comete a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares. Serviço próprio ou delegado, feito por outrem, é execução indireta. Portanto, quer a Administração direta, quer a Administração indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) como, também, os entes de cooperação (fundações, serviços sociais autônomos etc.), ou as empresas privadas e particulares que receberem serviços públicos ou de utilidade pública para prestar aos destinatários, podem, em certos casos, executar indiretamente o serviço, contratando-o (não delegando) com terceiros.

A possibilidade de execução indireta depende, entretanto, da natureza do serviço, pois alguns existem que não admitem substituição do executor, como, p. ex., os de polícia, e para outros a própria outorga ou delegação proíbe o traspasse da execução. Mas o que se deseja acentuar é que a execução indireta é meio de realização do serviço, que tanto pode ser empregado pelo Estado como por aqueles a quem ele transferiu o serviço ou sua prestação aos usuários, observando-se, ainda, que execução indireta não se confunde com prestação descentralizada, desconcentrada e centralizada de serviço, que se referem à forma de prestação desse mesmo serviço, e não ao meio de sua execução.

Feitas essas considerações de ordem geral, vejamos, agora, as formas descentralizadas de prestação de serviços públicos e de utilidade pública, que se outorgam às autarquias e entidades paraestatais, ou se delegam a concessionários, permissionários e autorizatários, ou se executam por acordos sob a modalidade de convênios e consórcios administrativos.

Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.

O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que



pertencem, enquanto as autonomias permanecem livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias), em relação aos Estados-membros e à União.

A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. Por essa razão, à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo. Para estas, a solução correta é a delegação a organizações particulares ou a entidades paraestatais (empresa pública, sociedade de economia mista e outras). Por isso, importa distinguir autarquia de entidade paraestatal.

Autarquia é pessoa jurídica de Direito Público, com função pública própria e típica, outorgada pelo Estado; entidade paraestatal é pessoa jurídica de Direito Privado, com função pública atípica, delegada pelo Estado. A autarquia integra o organismo estatal; a entidade paraestatal justapõe-se ao Estado, sem com ele se identificar. Aquela é intra-estatal; esta é extra-estatal. A autarquia está no Estado; o ente paraestatal situa-se fora do Estado, ao lado do Estado, paralelamente ao Estado, como indica o próprio étimo da palavra paraestatal. Isto explica por que os privilégios administrativos (não os políticos) do Estado se transmitem natural e institucionalmente às autarquias, sem beneficiar as entidades paraestatais, senão quando lhes são atribuídos por lei especial. E, por fim, assinale-se esta diferença: a personalidade da autarquia, por ser de Direito Público, nasce com a lei que a institui, independentemente de registro; a personalidade do ente paraestatal, por ser de Direito Privado, nasce com o registro de seu estatuto, elaborado segundo a lei que autoriza sua criação.

A doutrina moderna é concorde no assinalar as características das entidades autárquicas, ou seja, a sua criação por lei específica com personalidade de Direito Público, patrimônio próprio, capacidade de auto-administração sob controle estatal e desempenho de atribuições públicas típicas. Sem a conjunção desses elementos não há autarquia. Pode haver ente paraestatal, com maior ou menor delegação do Estado, para a realização de obras, atividades ou serviços de interesse coletivo. Não, porém, autarquia.

A autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do jus imperii que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público Interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.

A autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma longa manus do Estado, deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais de seus serviços, mais especializados e mais flexíveis que os da Administração centralizada.

Embora identificada com o Estado, a autarquia não é entidade estatal; é simples desmembramento administrativo do Poder Público. E, assim sendo, pode diversificar-se das repartições públicas para adaptar-se às exigências específicas dos serviços que lhe são cometidos. Para tanto, assume as mais variadas formas e rege-se por estatutos peculiares à sua desatinação. Essa necessidade de adaptação dos meios aos fins é que justifica a criação de autarquias, com estrutura adequada à prestação de determinados serviços públicos especializados.

A instituição das autarquias, ou seja, sua criação, faz-se por lei específica (art. 37, XIX), mas a organização se opera por decreto, que aprova o regulamento ou estatuto da

entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos.

O patrimônio inicial das autarquias é formado com a transferência de bens móveis e imóveis da entidade matriz, os quais se incorporam ao ativo da nova pessoa jurídica. A transferência de imóveis ou é feita diretamente pela lei instituidora, caso em que dispensa transcrição, ou a lei apenas autoriza a incorporação, a qual se efetivará por termo administrativo ou por escritura pública, para a necessária transcrição no registro imobiliário competente. O que não se admite é a transferência de bens imóveis por decreto ou qualquer outro ato administrativo unilateral.

Os bens e rendas das autarquias são considerados patrimônio público, mas com destinação especial e administração própria da entidade a que foram incorporados, para realização dos objetivos legais e estatutários. Daí por que podem ser utilizados, onerados e alienados, para os fins da instituição, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque essa autorização está implícita na lei que a criou e outorgou-lhe os serviços com os conseqüentes poderes para bem executá-los. Por essa razão, os atos lesivos ao patrimônio autárquico são passíveis de anulação por ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º). Por idêntico motivo, extinguindo-se a autarquia, todo o seu patrimônio reincorpora-se no da entidade estatal que a criou (v. cap. VIII, item I).

O orçamento das autarquias é formalmente idêntico ao das entidades estatais, com as peculiaridades indicadas nos arts. 107 a 110 da Lei 4.320/64 e adequação ao disposto no art. 165, § 5º, da CF.

Os dirigentes das autarquias são investidos nos respectivos cargos na forma que a lei ou seu estatuto estabelecer.

Os atos dos dirigentes das autarquias equiparam-se aos atos administrativos e, por isso, devem observar os mesmos requisitos para sua expedição, com atendimento específico das normas regulamentares e estatutárias da instituição, sujeitando-se aos controles internos e ao exame de legalidade pelo Judiciário, pelas vias comuns (ações ordinárias) ou especiais (mandado de segurança e ação popular).

Os contratos das autarquias estão sujeitos a licitação por expressa determinação do art. 1º do Dec.-lei 2.300/86 e do art. 37, XXI, da CF, sendo nulos os que não a realizarem ou fraudarem o procedimento licitatório (Lei 4.717/65, arts. 1º e 4º, III, IV e V). Tratando-se de obras ou serviços de Engenharia de interesse de autarquia federal, a licitação e o contrato deverão atender, também, ao regulamento aprovado pelo Dec. 73.140/73 no que não contrariar o Dec.-lei 2.300/86.

O pessoal das autarquias está sujeito ao regime jurídico único da entidade-matriz, como dispõe o art. 39, caput, da CF. As proibições de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções atingem também os servidores das autarquias, nos expressos termos dos incs. XVI e XVII do art. 37 da CF. Por outro lado, para efeitos criminais (CP, art. 327), os servidores e dirigentes de autarquias igualam-se a funcionários públicos, na terminologia dessa norma, que ainda se refere a "funcionários públicos" quando, hoje, são todos "servidores públicos". Para as sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, são agentes públicos (Lei 8.429/92, art. 2º).

Se, não obstante, a autarquia dedicar-se à exploração de atividade econômica, impõe-se-lhe, por força do art. 173, § 1º, da CF, nas relações de trabalho com os seus empregados, o mesmo regime das empresas privadas (cf. STF, Pleno, ADIn 83-7-DF, DJU 18.10.92).

As autarquias brasileiras nascem com os privilégios administrativos (não políticos) da entidade estatal que as institui, auferindo também as vantagens tributárias e as

prerrogativas processuais da Fazenda Pública, além dos que lhe forem outorgados por lei especial, como necessários ao bom desempenho das atribuições da instituição.

Os privilégios das autarquias em geral são os seguintes: imunidade de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (CF, art. 150, § 2º); prescrição quinquenal de suas dívidas passivas (Dec.-lei 4.597, de 19.8.42); execução fiscal de seus créditos inscritos (CPC, art. 578); ação regressiva contra seus servidores culpados por danos a terceiros (CF, art. 37, § 6º); impenhorabilidade de seus bens e rendas (CF, art. 100 e §§); impossibilidade de usucapião de seus bens imóveis (Dec.-lei 9.760, de 5.9.46, art. 200); recurso de ofício nas sentenças que julgarem improcedente a execução de seus créditos fiscais (CPC, art. 475, III - STF Súmula 620); prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (CPC, art. 188, e Dec.-lei 7.659, de 21.6.45); pagamento de custas só a final, quando vencidas (CPC, art. 27); juízo privativo da entidade estatal a que pertencem (CF, art. 109, I); ampliação do prazo para desocupação de prédio locado para seus serviços, quando decretado o despejo (Lei 8.245, de 18.10.91, art. 63, § 3º); não sujeição a concurso de credores ou a habilitação de crédito em falência, concordata ou inventário, para cobrança de seus créditos, salvo para o estabelecimento de preferência entre as três Fazendas Públicas (CC, art. 1.571); retomada dos bens havidos ilicitamente por seus servidores (Lei 8.429/92); impedimento de acumulação de cargos, empregos e funções para seus servidores (CF, art. 37, XVI e XVII); dispensa de exibição de instrumento de mandato em juízo, pelos procuradores de seu quadro, para os atos ad judícia.

As autarquias não se igualam às entidades estatais, nem se sobrepõem a qualquer delas em direitos ou poderes públicos, ainda que pertençam a uma entidade político-administrativa de grau superior.

Entre as autarquias deve ser observada a mesma precedência federal, estadual ou municipal caso concorram seus interesses sobre o mesmo objeto, mas entre autarquias e entidades estatais não de prevalecer sempre as prerrogativas destas sobre as daquelas, por superior na ordem constitucional a posição das entidades político-administrativas (União, Estados-membros e Municípios) em relação à das entidades meramente administrativas (autarquias). Essa realidade jurídica impede que qualquer autarquia dispute preferência com as entidades estatais ou a elas se sobreponha em direitos e vantagens, ainda que o ente autárquico pertença a uma esfera estatal de grau superior.

Controle autárquico é a vigilância, orientação e correção que a entidade estatal exerce sobre os atos e a conduta dos dirigentes de suas autarquias. Mas esse controle não é pleno, nem ilimitado. É restrito aos atos da administração superior e limitado aos termos da lei que o estabelece, para não suprimir a autonomia administrativa dessas entidades.

Sendo as autarquias serviços públicos descentralizados, personalizados e autônomos, não se acham integradas na estrutura orgânica do Executivo, nem hierarquizadas a qualquer chefia, mas tão-somente vinculadas à Administração direta, compondo, separadamente, a Administração indireta do Estado com outras entidades autônomas (fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista). Por esse motivo não se sujeitam ao controle hierárquico mas, sim, a um controle diverso, finalístico, atenuado, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito, visando unicamente a mantê-las dentro de suas finalidades institucionais, enquadradas no plano global da Administração a que se vinculam e fiéis às suas normas regulamentares. É um controle de orientação e correção superiores, só apreciando os atos internos e a conduta funcional de seus dirigentes em condições especialíssimas, autorizadas por lei.

O inegável é que a autonomia administrativa da autarquia é um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado quando o infringir. Diante disto, o controle autárquico só é admissível nos estritos limites e para os fins que a lei o estabelecer.

Entre nós, o controle das autarquias realiza-se na tríplice linha política, administrativa e financeira, mas todos esses controles adstritos aos termos da lei que os estabelece. O controle político normalmente se faz pela nomeação de seus dirigentes pelo Executivo; o controle administrativo se exerce através da supervisão ministerial (Dec.-lei 200/67, art. 26) ou de órgão equivalente no âmbito estadual e municipal, bem como por meio de recursos administrativos internos e externos, na forma regulamentar; o controle financeiro opera nos moldes da Administração direta, inclusive prestação de contas ao tribunal competente, por expressa determinação constitucional (art. 71, II).

O afastamento dos dirigentes de autarquia é admissível nos casos regulamentares ou, na omissão, quando sua conduta configurar infração penal, ilícito administrativo previsto para os servidores públicos ou desmandos na Administração, mas, ainda aqui, a intervenção estatal deve ser acompanhada de processo adequado à apuração das responsabilidades funcionais.

Pela Lei 8.429, de 2.6.92, a posse e o exercício de agente público autárquico, de fundação pública e de paraestatal ficam condicionados à apresentação de declaração de bens, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente (art. 13).

Algumas leis, a exemplo da Lei 5.540/68, que dispõe sobre a organização do ensino superior, referem-se a autarquias de regime especial, sem definir seu conteúdo. Diante dessa imprecisão conceitual, é de se dizer que autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

O que posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais. Assim, são consideradas autarquias de regime especial o Banco Central do Brasil (Lei 4.595/64), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei 4.118/62), a Universidade de São Paulo (Dec.-lei 13.855/44 e Decs. 52.326/69 e 52.906/72), dentre outras que ostentam características próprias na sua organização, direção, operacionalidade e gestão de seus bens e serviços.

As fundações, como "universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade", ou como "um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado", sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado.

Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo, educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. - com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de "fundação pública" (arts. 37, XIX, e 19 das "Disposições Transitórias"), ora "fundações mantidas pelo Poder Público" (art. 37, XVII), ora, simplesmente, "fundação" (art. 163, II).

Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais.

As fundações públicas prestam-se, principalmente, à realização de atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como a educação, cultura, pesquisa, sempre merecedoras do amparo estatal.

São criadas por lei específica (CF, art. 37, XIX) da entidade matriz e estruturadas por decreto, independentemente de qualquer registro.

Os contratos celebrados pelas fundações públicas devem ser precedidos de licitação, nos termos do art. 37, XXI, da CF de 1988.

O orçamento das fundações públicas é formalmente idêntico ao das entidades estatais (Lei 4.320/64), devendo-se atender ao disposto no art. 165, § 5º, da CF.

Os dirigentes das fundações públicas, quando de Direito Público, são investidos nos respectivos cargos na forma que a lei ou o estatuto estabelecer e seu pessoal fica sujeito ao regime jurídico único e planos de carreira instituídos pela entidade-matriz (CF, art. 39).

As proibições de acumulação remunerada de cargo, emprego ou função atingem os servidores das fundações públicas, nos expressos termos dos incs. XVI e XVII do art. 37 da CF. Também para fins criminais, mandado de segurança e ação popular, são eles considerados, respectivamente, "funcionários públicos" (CP, art. 327) e seus dirigentes, "autoridades", no que concerne ao desempenho das funções delegadas (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º, e Lei 4.717/65, art. 1º).

Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica (CF, art. 37, XIX e XX), com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado. Não se confundem com as autarquias nem com as fundações públicas, e também não se identificam com as entidades estatais.

O paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio-termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar, como o autárquico, ou alhear-se, como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso mesmo, os atos de seus dirigentes, revestindo-se de certa autoridade, sujeitam-se a mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º) e a ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º).

Como pessoa jurídica de Direito Privado, a entidade paraestatal exerce direitos e contrai obrigações em seu próprio nome, responde por seus débitos, enquanto tiver recursos para saldá-los. Isto, porém, não impede a intervenção estatal quando ocorra desvirtuamento de seus fins, improbidade de sua administração ou impossibilidade financeira para o atingimento dos objetivos da entidade paraestatal, na forma estatutária.

Não sendo um desmembramento do Estado, como não é, o ente paraestatal não goza dos privilégios estatais (imunidade tributária, foro privativo, prazos judiciais dilatados etc.), salvo quando concedidos expressamente em lei. Em tal caso, o que ocorre não é uma prerrogativa institucional, mas uma regalia legal deste ou daquele ente paraestatal, diversamente das autarquias, que se beneficiam dos privilégios da Fazenda Pública pela própria natureza da instituição. Na autarquia a prerrogativa estatal é a regra, por inerente à sua condição de Poder Público; na entidade paraestatal é a exceção, por impresumível nas pessoas jurídicas de Direito Privado.

Certo é que às entidades paraestatais podem ser conferidas determinadas prerrogativas estatais, como, p. ex., a arrecadação de taxas ou contribuições parafiscais, destinadas à manutenção de seus serviços. Tais vantagens não desfiguram o ente paraestatal, nem o convertem em autárquico ou fundacional, porque só as exercita por ordem do Estado, e não por direito próprio. É sabido que os poderes públicos delegados não transmudam o ente privado em órgão público: facultam apenas exercê-lo enquanto vigente a delegação.

A competência para instituir entidades paraestatais é ampla, cabendo tanto à União, como aos Estados-membros e Municípios criar esses instrumentos de descentralização de serviços de interesse coletivo. A criação de tais entidades é matéria de Direito Administrativo e não interfere com a forma civil ou comercial com que se personifique a instituição. Esta, sim, é de Direito Privado, cujas normas pertencem exclusivamente à União, por expressa reserva constitucional. Mas a criação e a organização da entidade, como instrumento administrativo de descentralização de serviço, são do titular do serviço a ser descentralizado. Agora, a Constituição de 1988 exige lei específica para a criação de "empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública" (art. 37, XIX).

Embora comumente se adotem as formas tradicionais do Direito Civil e Comercial, nada impede que o Poder Público crie entidades paraestatais com formas próprias e adequadas às suas finalidades. Exemplos dessas formas peculiares têm-los nos serviços sociais autônomos (SENAI, SENAC, SESI e SESC), e no campo das atividades econômicas podemos indicar a Rede Ferroviária Federal, a Casa da Moeda do Brasil e a Empresa Municipal de Urbanização EMURB (do Município da Capital de São Paulo), todas elas empresas públicas, mas cada uma com forma, estrutura e organização diferentes, adaptadas pelas entidades criadoras aos seus objetivos.

O objeto das entidades paraestatais é, normalmente, a execução de uma atividade econômica empresarial, mas pode ser também uma atividade não econômica de interesse coletivo ou, mesmo, um serviço público ou de utilidade pública delegado pelo Estado. No primeiro caso (atividade econômica) a entidade paraestatal há que revestir a forma de empresa pública ou de sociedade de economia mista criada em caráter suplementar da iniciativa privada, devendo operar sob as mesmas normas e condições das empresas particulares congêneres, para não lhes fazer concorrência, como dispõe expressamente a Constituição da República (art. 173 e seus §§); nos outros casos (atividade não econômica, serviço público ou utilidade pública) o Estado é livre para escolher a forma e estrutura da entidade e operá-la como lhe convier, porque em tais hipóteses não está intervindo no domínio econômico reservado à iniciativa privada.

O patrimônio dessas entidades pode ser constituído com recursos particulares ou contribuição pública, ou por ambas as formas conjugadas. Tais empreendimentos, quando de natureza empresarial, admitem lucros e devem mesmo produzi-los, para desenvolvimento da instituição e atrativo do capital privado.

Quanto aos bens públicos recebidos para formação de seu patrimônio e os adquiridos no desempenho de suas atividades, entendemos que passam a formar uma outra categoria de bens públicos, com destinação especial, sob administração particular da entidade paraestatal a que foram incorporados, para a consecução de seus fins estatutários. Com essa qualificação, tais bens podem ser utilizados, onerados ou alienados, sempre na forma estatutária e independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da entidade e outorgou-lhe os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços que constituem os objetivos da organização. Na extinção, seu patrimônio - deduzida a parte dos particulares nas empresas de capital misto - reincorpora-se à entidade estatal matriz, como consequência natural da dominialidade pública de tais bens.

Por essa mesma razão, os atos lesivos do patrimônio de entidade paraestatal sujeitam-se a anulação por ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º), nos termos do art. 5º, LXXIII, da nova CF.

A administração de tais entidades varia segundo o tipo e modalidade que a lei determinar, sendo admissível desde a direção unipessoal até a gerência colegiada, com ou sem elementos do Estado. Igualmente variável é a forma de controle que a entidade-matriz se reserva para exercer sobre o ente paraestatal. Mas o controle será sempre necessário.

Os dirigentes das entidades paraestatais são investidos em seus cargos na forma que a lei ou seus estatutos estabelecerem, mas a destituição da diretoria pode ser feita no curso do mandato.

O regime de pessoal das entidades paraestatais é o dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias e à Justiça Trabalhista (art. 114 da CF); não obstante, ficam sujeitos a concurso público, salvo para os cargos ou funções de confiança (art. 37, II). Seus salários serão sempre fixados e alterados pela diretoria da entidade, na forma do contrato de trabalho e das normas salariais comuns.

Para fins criminais, entretanto, os dirigentes e empregados de entidades paraestatais - empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços sociais autônomos e outros - são considerados funcionários públicos, por expressa determinação do CP, no parágrafo único do art. 322, que assim dispõe: "Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal".

Coerentemente com essa orientação, a Lei 8.429/92 reputa agente público, para fins das sanções nela previstas, por ato de improbidade administrativa, aquele que exerce, por qualquer forma de investidura, emprego ou função em entidade paraestatal (art. 2º), condicionando a posse e o exercício, como já acentuado, à apresentação de declaração de bens (art. 13).

Em princípio, as entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e serviços sociais autônomos) têm autonomia administrativa e financeira, sendo apenas supervisionadas pelo Ministério a que estiverem vinculadas (não subordinadas), mas os desmandos e abusos na administração dessas entidades, notadamente nas empresas públicas e sociedades de economia mista, criaram tal endividamento e tantos gastos supérfluos que a União viu-se forçada a instituir rigorosos controles administrativos e financeiros, através de normas legais e regulamentos, em complemento das disposições do Dec.-lei 200, de 25.2.67, que estabelecia apenas a supervisão ministerial para essas entidades (arts. 19 e 28).

O Dec. 137, de 27.5.91, instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais - PGE, com o objetivo de promover sua eficiência e competitividade, estabelecendo, outrossim, a competência do Comitê de Controle das Empresas Estatais - CCE (criado pelo Dec. s/n publ. em 4.2.91) para fixar as diretrizes do PGE; acompanhar o desempenho dessas entidades; aprovar e supervisionar os contratos de gestão; aprovar as propostas referentes a preços e tarifas, a pessoal, ao orçamento, às operações de crédito e a outros assuntos que afetem a política econômica. Esse decreto exclui as autarquias do conceito de "empresa".

O paraestatal é o gênero, do qual são espécies distintas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos, as duas primeiras compondo (juntamente com as autarquias e fundações públicas) a Administração indireta da União e os últimos, fora dessa Administração, constituindo a categoria dos entes de cooperação.

Essas entidades tanto podem perseguir fins não lucrativos como realizar atividades econômicas, e, para tanto, receberão estrutura e organização adequada às suas finalidades.

A indevida confusão do paraestatal com o autárquico, e até mesmo com o estatal, tem ensejado as mais deploráveis conseqüências. Assim é que, identificando-se erroneamente a entidade paraestatal com a autarquia, atribuem-se àquela prerrogativas públicas que não lhe pertencem e despoja-se esta de certos privilégios que lhe são próprios. A autarquia, já o dissemos, é um alongamento do Estado; o ente paraestatal é uma instituição de personalidade privada, afetada de interesse público. Daí por que o serviço autárquico beneficia-se, automaticamente, de todos os privilégios administrativos (não políticos) do Estado e o serviço paraestatal só auferir os que lhe forem concedidos por lei especial. Além disso, as entidades

paraestatais têm sempre personalidade de Direito Privado, ao passo que as entidades autárquicas têm sempre personalidade de Direito Público. E mais: aquelas executam quaisquer atividades de interesse ou utilidade pública; estas só realizam (ou devem realizar) serviços públicos típicos, próprios do Estado, desmembrados do Estado.

Concluídas, assim, as considerações de ordem geral, aplicáveis a todo o gênero paraestatal, vejamos, destacadamente, suas espécies mais expressivas, a começar pelas empresas públicas.

Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

As empresas públicas são as mais modernas instituições paraestatais, geralmente destinadas à prestação de serviços industriais ou atividades econômicas em que o Estado tenha interesse próprio ou considere convenientes à coletividade.

O que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de Direito Privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público.

Difere da autarquia e da fundação pública por ser de personalidade privada e não ostentar qualquer parcela de poder público; distingue-se da sociedade de economia mista por não admitir a participação do capital particular.

A Constituição da República de 1988 estabelece que "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias" (art. 173, § 1º). Essa regra constitucional, dirigida a todas as entidades estatais - União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal - deixou claro que qualquer delas pode criar estabelecimentos empresariais de personalidade privada para exploração de atividade econômica, desde que o faça em caráter supletivo da iniciativa particular, nivele-se às empresas privadas congêneres, em direitos e obrigações, e se sujeite ao regime trabalhista e aos tributos devidos em suas operações.

Diante da permissão constitucional, a União legislou para as suas empresas públicas no Dec.-lei 200/67, incluindo-as na sua Administração indireta com essa conceituação: "Empresa pública - A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (art. 5º, II). Subseqüentemente, o Dec.-lei 900/69 excepcionou a exigência da exclusividade do capital da União, para permitir a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público Interno, bem como de entidades da Administração indireta da própria União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que a maioria do capital votante permaneça com a União (art. 5º).

Tal conceituação é, evidentemente, de caráter administrativo e só impositiva para a União, sabido que provém de diplomas norteadores da reforma da Administração federal. Livres, pois, continuam os Estados-membros e Municípios para criar, organizar e operar suas empresas públicas desvinculadas dessas disposições federais, de alcance restrito aos serviços da União. E tanto é assim que estas empresas vem sendo instituídas a cada dia pelos Estados-membros e Municípios, sem que se tenha levantado dúvida aceitável de inconstitucionalidade.



Qualquer das entidades políticas pode criar empresa pública, desde que o faça por lei específica (CF, art. 37, IX); a empresa pública pode ter forma societária econômica convencional ou especial; tanto é apta para realizar atividade econômica como qualquer outra da competência da entidade estatal instituidora; quando explorar atividade econômica, deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais; em qualquer hipótese, o regime de seu pessoal é o da legislação do trabalho.

O patrimônio da empresa pública, embora público por origem, pode ser utilizado, onerado ou alienado na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei instituidora da entidade. Daí decorre que todo o seu patrimônio bens e rendas - serve para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se a execução pelos débitos da empresa, no mesmo plano dos negócios da iniciativa privada, pois, sem essa igualdade obrigacional e executiva, seus contratos e títulos de crédito não teriam aceitação e liquidez na área empresarial, nem cumpririam o preceito igualizador do § 1º do art. 173 da CF.

A transferência inicial de bens públicos imóveis, para formação do patrimônio da empresa e subsequentes aumentos de seu capital, tem sido feita por decreto, com avaliação prévia e posterior recebimento pela diretoria, a título de integralização, transcrevendo-se, após, a respectiva ata no registro imobiliário competente.

Quanto à contratação de obras, serviços e compras bem como à alienação de seus bens, a empresa pública fica sujeita a licitação, nos termos do Dec.-lei 2.300/86, enquanto não tiver regulamento próprio e devidamente publicado que estabeleça um procedimento licitatório adequado às suas finalidades, com observância dos princípios básicos da licitação (art. 86).

Os dirigentes de empresa pública são investidos em seus cargos ou funções na forma que a lei ou seu estatuto estabelecer, mas podem ser destituídos a qualquer tempo, à semelhança do que ocorre com os dirigentes de sociedade de economia mista.

O pessoal da empresa pública - dirigentes e empregados - embora não seja servidor público, incorre sempre na vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVII).

Para fins criminais relacionados com o trabalho, os empregados e dirigentes de empresa pública são considerados funcionários públicos, por expressa equiparação do Código Penal (art. 327, parágrafo único). Para os demais efeitos serão simplesmente empregados, regidos pela legislação trabalhista, previdenciária e acidentária comum, competindo à Justiça do Trabalho dirimir os litígios resultantes de suas atividades funcionais (CF, art. 114).

Os atos dos dirigentes de empresas públicas, no que concerne às funções outorgadas ou delegadas pelo Poder Público, são equiparados a atos de autoridade para fins de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º), e, quando lesivos do patrimônio da entidade, sujeitam-se a anulação por ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º).

É de se lembrar, ainda, que as empresas públicas não possuem, por natureza, qualquer privilégio administrativo, tributário ou processual, só auferindo aqueles que a lei instituidora ou norma especial expressamente lhes conceder. Todavia, a Constituição da República já indicou a Justiça Federal como competente para as causas em que as empresas públicas da União forem interessadas (art. 109, I) e a Justiça do Trabalho para os litígios trabalhistas (art. 114).

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das

sociedades mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizarem sua criação e funcionamento. São espécie do gênero paraestatal, porque dependem do Estado para sua criação, e ao lado do Estado e sob seu controle desempenham as atribuições de interesse público que lhes forem cometidas. Integram a Administração indireta como instrumentos de descentralização de serviços (em sentido amplo: serviços, obras, atividades) que antes competiam ao Poder público.

Como pessoa jurídica privada, a sociedade de economia mista deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica, industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o Estado tem interesse na sua execução mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar e, por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa, tornando-a mista e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento. O Poder Público incentiva e faz realizar, assim, atividades úteis aos seus próprios serviços, ou ao público em geral, nos setores em que sua atuação direta seria desaconselhável.

Sociedade de economia mista será toda aquela que contar com a participação ativa do Estado e do particular no seu capital ou na sua direção, vale dizer, na sua economia interna, na mais ampla acepção do vocábulo. Nem sempre é o capital o elemento propulsor das atividades societárias. O fomento estatal, através de incentivos oficiais ou ajuda técnica, poderá ser tão eficiente e decisivo para o sucesso de determinadas empresas como a ajuda financeira na constituição de seu capital.

Não se infira, porém, que toda participação estatal converte o empreendimento particular em sociedade de economia mista. Absolutamente, não. Pode o Estado subscrever parte do capital de uma empresa sem lhe atribuir o caráter paraestatal. O que define a sociedade de economia mista é a participação ativa do Poder Público na vida e realização da empresa. Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário; o que importa é que se lhe reserve, por lei ou convenção, o poder de atuar nos negócios sociais.

A sociedade de economia mista no Brasil ainda não recebeu a devida regulamentação legal. A Constituição da República a ela se refere apenas para estabelecer que, quando for utilizada para explorar atividade econômica, deve operar sob as mesmas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º), e sujeitar seu pessoal à proibição de acumulação de cargos, funções ou empregos que especifica (art. 37, XVII). Essas referências constitucionais reafirmam o caráter paraestatal das sociedades de economia mista, cada vez mais próximas do Estado sem, contudo, integrar sua estrutura orgânica ou adquirir personalidade pública. Permanecem ao lado do Estado, realizando serviços ou atividades por outorga ou delegação do Estado, mas guardando sempre sua personalidade de Direito Privado.

O objeto da sociedade de economia mista tanto pode ser um serviço público ou de utilidade pública como uma atividade econômica empresarial. Quando for serviço público ou de utilidade pública, sua liberdade operacional é ampla e irrestrita; quando for atividade econômica, fica limitada aos preceitos constitucionais da subsidiariedade e da não competitividade com a iniciativa privada, sujeitando-se às normas aplicáveis às empresas congêneres particulares e ao regime tributário comum, pois é dever do Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada para o desempenho da atividade econômica (CF, art. 173 e §§).

A forma usual de sociedade de economia mista tem sido a anônima, obrigatória para a União mas não para as demais entidades estatais. Adotada essa forma, a sociedade deve organizar-se e reger-se pelas normas pertinentes (Lei 6.404, de 15.12.76, arts. 235 e 242), uma vez que é matéria comercial privativa da legislação federal (CF, art. 22, I). Mas nem por isso fica a entidade estatal instituidora impedida de estabelecer normas administrativas para a

consecução dos objetivos estatutários e para o controle finalístico da sociedade, que é entidade paraestatal, integrante da Administração indireta ou descentralizada do Estado.

Esses preceitos administrativos devem ser estabelecidos na lei que cria a sociedade, para sua reprodução no seu estatuto, a ser aprovado nos moldes societários próprios e arquivado no registro competente. Só após esse registro é que a sociedade de economia mista adquire personalidade, como as demais pessoas jurídicas de Direito Privado (CC, arts. 16, II, e 18).

O patrimônio da sociedade de economia mista é formado com bens públicos e subscrições particulares. Quanto aos bens públicos recebidos para integralização do capital inicial e os havidos no desempenho das atividades estatutárias, na parte cabente ao Poder Público, continuam sendo patrimônio público, mas com destinação especial, sob administração particular da entidade a que foram incorporados, para realização dos objetivos estatutários. A incorporação de bens públicos e particulares ao patrimônio da sociedade, para formação ou aumento de seu capital, ainda que se trate de imóveis, pode ser feita com avaliação prévia e recebimento pela diretoria, constante de ata que será oportunamente transcrita no registro imobiliário competente, como expressamente permitem a lei de sociedades por ações e o Dec.-lei 807, de 4.9.69, tudo, é claro, na conformidade da lei autorizadora e do decreto especificador dos bens a serem transferidos. Na extinção da sociedade, seu patrimônio, por ser público, reincorpora-se no da entidade estatal que a instituirá. Pela mesma razão, a lei de ação popular preserva o patrimônio das sociedades de economia mista contra qualquer lesão por ato ou contrato de seus dirigentes, possibilitando-lhes a anulação pelo respectivo processo especial (Lei 4.717/65, art. 1º).

A sociedade de economia mista não está sujeita a falência, mas seus bens são penhoráveis e executáveis e a entidade pública que a instituiu responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações (Lei 6.404/76, art. 242).

Os atos e contratos da sociedade de economia mista regem-se pelas normas do Direito Privado, especialmente na parte das obrigações, igualando-se aos das empresas particulares (CF, art. 173, § 1º), mas a entidade ficará sempre sujeita às exigências administrativas específicas que a lei instituidora ou norma especial lhe impuser. Certos atos, entretanto, podem sujeitar-se a mandado de segurança desde que, praticados no desempenho de funções delegadas do Poder Público, ofendam direito líquido e certo do impetrante (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º).

Quanto à contratação de obras, serviços e compras, bem como à alienação de seus bens, a sociedade de economia mista fica sujeita a licitação, nos termos do Dec.-lei 2.300/86, quando não tiver regulamento devidamente publicado, que estabeleça um procedimento licitatório próprio e adequado às suas finalidades, com observância dos princípios básicos da licitação (art. 86).

O dirigentes de sociedade de economia mista são investidos em seus cargos ou funções na forma que a lei ou o seu estatuto estabelecer, mas a destituição da diretoria ou do conselho pode ser feita a qualquer tempo.

O pessoal da sociedade de economia mista - dirigentes e empregados - rege-se sempre pelas normas do Direito do Trabalho, por expressa determinação constitucional (art. 173, § 1º), nestas compreendidas as disposições da CLT e das leis previdenciárias e acidentárias comuns. Todavia, embora não sendo servidores públicos, os que trabalham nessas sociedades ficam sujeitos, também, à vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVII). Somente para efeitos criminais, nos delitos relacionados com a função, é que o pessoal das sociedades de economia mista se equipara a funcionário público, por expressa determinação do parágrafo único do art. 327 do CP.

Os 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 próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras.

Essas instituições, embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições parafiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.

Assim, os serviços sociais autônomos, como entes de cooperação, do gênero paraestatal, vicejam ao lado do Estado e sob seu amparo, mas sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, ficando apenas vinculados ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção (Lei 2.613/55, arts. 11 e 13; Dec.-lei 200/67, art. 183; Decs. 74.000/74 e 74.296/74; CF, art. 70, parágrafo único).

Como as outras entidades paraestatais, os serviços sociais autônomos regem-se pelas normas do Direito Privado, com as adaptações expressas nas leis administrativas de sua instituição e organização. Seus empregados estão sujeitos à legislação do trabalho em toda sua plenitude, só sendo equiparados a funcionários públicos para responsabilização criminal dos delitos funcionais (CP, art. 327, parágrafo único).

Os dirigentes de serviços sociais autônomos, no desempenho de suas funções, podem ser passíveis de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º), e se o ato ou contrato for lesivo do patrimônio da entidade enseja ação popular com responsabilização pessoal de quem o praticou ou ordenou sua prática (Lei 4.717/65, arts. 1º e 6º).

Os serviços sociais autônomos não gozam de privilégios administrativos, nem fiscais, nem processuais, além daqueles que a lei especial expressamente lhes conceder. A propósito, é de se recordar que o STF já sumulou que o Serviço Social da Indústria - SESI está sujeito à Justiça Estadual (Súmula 516), regra que se aplica aos demais serviços congêneres.

Já vimos que o Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, por meio dos órgãos da Administração direta, ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais que integram a Administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), ou, ainda, por meio de entes paraestatais de cooperação que não compõem a administração direta nem a indireta (serviços sociais autônomos e outros) e, finalmente, por empresas privadas e particulares individualmente (concessionários, permissionários e autorizatários; CF, arts. 21, XII, e 175).

Quando a Administração Pública executa seus próprios serviços, o faz como titular dos mesmos; quando os comete a outrem, pode transferir-lhes a titularidade ou simplesmente a execução. A transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei e só por lei pode ser retirada ou modificada; a transferência da execução do serviço é delegada por ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo

apenas, em certos casos, autorização legislativa. Entre nós, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita às autarquias, fundações públicas e às entidades paraestatais, pois que a lei, quando as cria, já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços, e a delegação é utilizada para o traspasse da execução de serviços a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público. Pela Constituição vigente, os prestadores de serviços públicos respondem diretamente pelos danos que vierem a causar a terceiros (CF, art. 37, § 6º). A delegação pode ser feita sob as modalidades de: a) concessão, b) permissão ou c) autorização, resultando daí os serviços concedidos, permitidos e autorizados, que veremos a seguir.

Serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão.

Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias a formalização do ajuste, dentre as quais a autorização legal, a regulamentação e a licitação.

A lei apenas autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado; o regulamento estabelece as condições de execução do serviço; o contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao concessionário, vencedor da concorrência. O contrato há que observar os termos da lei, do regulamento e do edital da licitação, sob pena de expor-se a nulidade.

Modernamente, o Poder Público vem outorgando concessões de Serviço, por lei ou decreto, a entidades autárquicas e paraestatais (empresa pública e sociedade de economia mista), o que constitui uma inovação no sistema tradicional das concessões por contrato. Mas nada há a objetar nessa delegação legal, substitutiva da contratual.

Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente.

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente - União, Estado-membro, Município - nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e entidades paraestatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente.

A concessão pode ser conferida, com exclusividade ou sem ela, a pessoas jurídicas ou físicas, e como atividade particular será exercida, quer no tocante à prestação do serviço, quer no que entende com o seu pessoal. Somente para os fins expressamente consignados em lei ou no contrato é que se equiparam os concessionários a autoridades públicas, sujeitando-se seus atos a mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1º, 1º) e demais ações cabíveis.

Findo o prazo da concessão, devem reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, nas condições estabelecidas no contrato.

A regulamentação dos serviços concedidos compete inegavelmente ao Poder Público, consoante a doutrina pátria e estrangeira, e por determinação constitucional (art. 175, parágrafo único). Isto porque a concessão é sempre feita no interesse da coletividade, e, assim sendo, o concessionário fica no dever de prestar o serviço em condições adequadas para o público. Não o prestando eficientemente, pode e deve a Administração Pública retomá-lo, por insatisfatório. Nessa conformidade, entende-se sempre reservado ao concedente o poder de regulamentar e controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e para os usuários.

"Art. 175 da CF88: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado."

Pela Constituição de 1988, cabe à entidade concedente editar a lei regulamentar de suas concessões, o que não impede sobrevenha norma federal-nacional com preceitos gerais para todas as concessões (CF, art. 22, XXVII).

Toda concessão, portanto, fica submetida a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; Por isso, aquelas são denominadas leis do serviço, e estas, cláusulas econômicas ou financeiras. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

Consideram-se normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado; consideram-se cláusulas econômicas ou financeiras as que entendem com a retribuição pecuniária do serviço e demais vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário e que mantêm o "equilíbrio econômico e financeiro do contrato".

O poder de regulamentar as concessões é inerente e indisponível do concedente. Cabe ao Executivo aprovar o regulamento do serviço e determinar a fiscalização de sua execução, pela forma conveniente. A fixação e a alteração de tarifas são também atos administrativos, do âmbito regulamentar do Executivo, não dependendo de lei para sua expedição.

Convém se advertir que a regulamentação a que estamos nos referindo é apenas a da execução do serviço, e não a normativa das concessões em geral, a ser feita por lei, como já vimos precedentemente.

Nos poderes de regulamentação e controle se compreende a faculdade de o Poder Público modificar a qualquer tempo o funcionamento do serviço concedido, visando à sua melhoria e aperfeiçoamento técnico, assim como a de aplicar penalidades corretivas ao concessionário (multas, intervenção no serviço) e afastá-lo definitivamente da execução (cassação

da concessão e rescisão do contrato), uma vez comprovada sua incapacidade moral, financeira ou técnica para executá-lo em condições satisfatórias.

O contrato de concessão é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço.

As cláusulas principais a serem insertas no contrato de concessão, além de outras peculiares ao caso, são as que indiquem e delimitem o objeto, modo e forma da prestação do serviço; que assegurem o serviço adequado; que disponham sobre a fiscalização, reversão e encampação, fixando os critérios de indenização; que estabeleçam o início, termo ou condições de prorrogação do contrato; que delimitem as áreas de prestação do serviço, os poderes e regalias para sua execução; que estabeleçam o valor do investimento e o modo de integralização do capital; que forneçam os critérios para a determinação do custo do serviço e conseqüente fixação e revisão das tarifas, na base de uma justa e razoável retribuição do capital; que determinem a constituição de reservas para eventuais depreciações e fundo de renovação; que assegurem a expansão do serviço pela justa fixação de tarifas; que prevejam a forma de fiscalização da contabilidade e dos métodos e práticas da execução do serviço; que precisem a responsabilidade do concessionário pela inexecução ou deficiente execução do serviço e estabeleçam as sanções respectivas (advertências, multas, intervenção etc.); que estabeleçam os casos de cassação da concessão e conseqüente rescisão do contrato; que fixem o critério de indenização para o caso de encampação; que disponham sobre os direitos e deveres dos usuários para a obtenção e remuneração do serviço (prazo para a prestação dos serviços domiciliares, modo de pagamento da tarifa e adiantamentos para a instalação, forma de atendimento dos pedidos etc.); que indiquem o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais; que esclareçam o modo e forma de aplicação das penalidades contratuais e administrativas e a autoridade competente para impô-las.

Já vimos precedentemente que o contrato de concessão, como os demais contratos administrativos, pode ser alterado unilateralmente pela Administração. Mas essa alteração restringe-se às cláusulas regulamentares ou de serviço, sempre para melhor atendimento do público. Além disso, toda vez que, ao modificar a prestação do serviço, o concedente alterar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, terá que reajustar as cláusulas remuneratórias da concessão, adequando as tarifas aos novos encargos acarretados ao concessionário.

A alteração unilateral do contrato de concessão é admissível sempre, mas unicamente no tocante aos requisitos do serviço e com correlata revisão das cláusulas econômicas e financeiras afetadas pela alteração, para manter-se o equilíbrio econômico e financeiro inicial.

A fiscalização do serviço concedido cabe ao Poder Público concedente, que é o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários. Já vimos que serviços públicos e serviços de utilidade pública são sempre serviços para o público. Assim sendo, é dever do concedente exigir sua prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas. Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais.

No poder de fiscalização está implícito o de intervenção para regularizar o serviço, quando estiver sendo prestado deficientemente aos usuários ou ocorrer sua indevida paralisação. O ato interventivo, expedido previamente pelo concedente, deverá indicar os motivos da medida e o prazo de sua duração, e no início e no fim da intervenção lavrar-se-á o termo

respectivo com todas as indicações necessárias à sua regularidade. A intervenção há que ser provisória, pois, se definitiva, importaria encampação do serviço ou rescisão do contrato.

A execução do serviço concedido deve atender fielmente ao respectivo regulamento e às cláusulas contratuais específicas, para plena satisfação dos usuários, que são seus legítimos destinatários. Mas, independentemente das normas pertinentes, há cinco princípios regedores de todo serviço público ou de utilidade pública de presença obrigatória na sua prestação: generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia.

O princípio ou requisito da generalidade significa serviço para todos os usuários, indiscriminadamente; o da permanência ou continuidade impõe serviço constante, na área e período de sua prestação; o da eficiência quer dizer serviço satisfatório, qualitativa e quantitativamente; o da modicidade indica preços razoáveis, ao alcance de seus destinatários; o da cortesia significa bom tratamento ao público.

Esse conjunto de requisitos ou princípios é, modernamente, sintetizado na expressão serviço adequado, que a nossa Constituição adotou, com propriedade técnica, ao estabelecê-lo como uma das diretrizes para a lei normativa das concessões (art. 175, parágrafo único, IV).

Desatendendo a qualquer desses requisitos, o concessionário expõe-se às sanções regulamentares ou contratuais da concessão, por execução inadequada do serviço.

O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público), e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí por que impõe-se a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço, a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada.

A revisão das tarifas é ato privativo do poder concedente, em negociação com o concessionário, que deverá demonstrar a renda da empresa, as despesas do serviço e a remuneração do capital investido ou a ser investido nas ampliações necessárias.

Os direitos do usuário devem ser claramente assegurados no contrato de concessão, por ser ele o destinatário do serviço concedido. A ausência de cláusulas em favor do público tem ensejado o maior descaso das empresas concessionárias pelos direitos do usuário, o que não aconteceria se o próprio interessado no serviço dispusesse de reconhecimento expresso em seu favor, para exigir a prestação que lhe é mui comumente denegada ou retardada, sem qualquer providência punitiva do Poder Público. A atual Constituição consagrou expressamente a proteção desses direitos em seu art. 125, parágrafo único. II.

A extinção da concessão ou a retomada do serviço concedido pode ocorrer por diversos motivos e formas. O término do prazo da concessão impõe a reversão do serviço ao concedente; o interesse público superveniente à concessão muitas vezes exige a encampação ou resgate do serviço; a conveniência recíproca das partes ou a inadimplência do concessionário pode conduzir à rescisão do contrato; ou, ainda, a ilegalidade da concessão ou do contrato pode impor sua anulação. Em cada uma dessas hipóteses, a extinção da concessão ou a retomada do serviço ocorre por circunstâncias e atos diferentes e produz conseqüências distintas entre as partes, como veremos a seguir.

Reversão, como a própria palavra indica, é o retorno do serviço ao concedente ao término do prazo contratual da concessão. Segundo a doutrina dominante, acolhida pelos nossos Tribunais, a reversão só abrange os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. Os demais, não utilizados no objeto da concessão, constituem patrimônio privado do concessionário, que deles pode dispor livremente e, ao final do contrato, não está obrigado a entregá-los, sem pagamento, ao concedente. Assim é porque a reversão só atinge o



serviço concedido e os bens que asseguram sua adequada prestação. Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem, necessariamente, na reversão.

As cláusulas de reversão é que devem prever e tornar certo quais os bens que, ao término do contrato, serão transferidos ao concedente e em que condições. A reversão gratuita é a regra, por se presumir que, durante a exploração do serviço concedido, o concessionário retira não só a renda do capital como, também, o próprio capital investido no empreendimento. Se nada for estipulado a respeito, entende-se que o concedente terá o direito de receber de volta o serviço com todo o acervo aplicado na sua prestação, sem qualquer pagamento. Mas casos há de concessão de curto prazo, ou de investimentos especiais e de alto custo, que justificam se convencie a indenização total ou parcial dos bens da empresa quando da reversão do serviço.

A reversão é, assim, a forma normal de extinção da concessão. As outras são formas excepcionais.

Encampação ou resgate é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo. Não pode o concessionário, em caso algum, opor-se à encampação. Seu direito limita-se à indenização dos prejuízos que, efetivamente, o ato de império do Poder Público lhe acarretar. Nesses prejuízos incluem-se os lucros cessantes e os danos emergentes calculados na forma contratual ou, se nada estiver previsto, na conformidade da lei civil. Decretada a encampação, o Poder Público pode entrar imediatamente na posse e administração dos bens e serviços, resolvendo-se posteriormente sobre o pagamento.

Não se deve confundir encampação com rescisão, nem com anulação, ou com reversão, visto serem institutos diversos, embora todos façam volver o serviço ao concedente.

Rescisão é o desfazimento do contrato, durante sua execução, por acordo, por ato unilateral da Administração ou por decisão judicial, conforme a hipótese ocorrente. A rescisão por acordo ou amigável opera-se por distrato bilateral, havendo conveniência recíproca das partes; a rescisão unilateral, efetivada pelo concedente, é a peculiar dos contratos administrativos, quando há inadimplência por parte do particular contratado, no caso, o concessionário; a rescisão judicial é a decretada pela Justiça quando qualquer das partes descumpre o contrato. No distrato as partes convencionam o modo e forma de devolução do serviço e eventuais pagamentos; na rescisão unilateral, como resulta sempre de infração regulamentar ou contratual do concessionário, o Poder Público recupera imediatamente o serviço concedido e posteriormente cobra a indenização que lhe seja devida na rescisão judicial. A Justiça decreta a extinção do contrato por culpa de quem a tiver e condena o inadimplente à indenização cabível, fazendo retornar o serviço ao concedente. A rescisão por inadimplência do concessionário é, entre nós, também denominada caducidade.

Anulação é a invalidação do contrato por ilegalidade na concessão ou na formalização do ajuste. A anulação não se confunde com a rescisão, porque esta pressupõe um contrato válido, mas mal executado (inadimplência) ou cuja execução pelo concessionário se tenha tornado inconveniente ao interesse público, ao passo que aquela (anulação) pressupõe um contrato ilegal, embora esteja sendo regularmente executado. Daí por que a anulação não impõe indenização alguma e produz efeitos ex tunc, retroagindo às origens da concessão, e a rescisão normalmente obriga o concedente a indenizar e só atua dali para diante, ex nunc. É oportuno observar-se que a lei de ação popular considera nulo, dentre outros contratos, o de concessão de

serviço público quando celebrado sem concorrência não dispensada por lei ou com concorrência fraudada (Lei 4.717/65, art. 4º, III, "a", "b" e "c").

Sobre a proteção ao patrimônio do concessionário deve-se considerar que o patrimônio do concessionário, por vinculado a um serviço de utilidade pública que não pode sofrer paralisação ou retardamento na sua prestação, está protegido pelo Código Penal (Lei 2.848/40), que considera crime de dano qualificado (art. 163, III, com a redação dada pela Lei 5.346/67) qualquer lesão aos bens da empresa.

Além dos serviços concedidos, que vimos precedentemente, há, ainda, os serviços permitidos, que veremos agora, e os serviços autorizados, que serão vistos ao depois. Todos são modalidades de serviços delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes: a concessão é delegação contratual e, modernamente, legal; a permissão e a autorização constituem delegações por ato unilateral da Administração; aquela com maior formalidade e estabilidade para o serviço; esta com mais simplicidade e precariedade na execução.

Serviços permitidos são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para seu desempenho.

A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada. O que se afirma é que a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade são atributos da permissão, embora possam ser excepcionados em certos casos, diante do interesse administrativo ocorrente. Esses condicionamentos e adequações do instituto para delegação de serviços de utilidade pública ao particular - empresa ou pessoa física não invalidam a faculdade de o Poder Público, unilateralmente e a qualquer momento, modificar as condições iniciais do termo ou, mesmo, revogar a permissão sem possibilidade de oposição do permissionário, salvo se ocorrer abuso de poder ou desvio de finalidade da Administração ou se tratar de permissão condicionada, caso em que as condições e prazos devem ser respeitados pela Administração que os instituiu.

Enquanto, porém, o Poder Público não modificar as condições ou cassar a permissão, prevalece o estabelecido e poderá o permissionário defender seus direitos perante a Administração ou terceiros.

O serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla em toda sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários. O início e o fim da intervenção devem ser precedidos dos respectivos termos circunstanciados.

A permissão, por sua natureza precária, presta-se à execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal.

Em geral, a permissão não gera privilégio, nem assegura exclusividade ao permissionário, salvo cláusula expressa nesse sentido. A permissão para a prestação de serviço público ou de utilidade pública, agora, pela Constituição de 1988, exige licitação, nos termos do seu art. 175. Observe-se, ainda, que aos permissionários não se estendem automaticamente as prerrogativas dos concessionários, só se beneficiando das que lhes forem expressamente atribuídas.

Embora ato unilateral e precário, a permissão é deferida intuitu personae e, como tal, não admite a substituição do permissionário, nem possibilita o traspasse do serviço ou do uso permitido a terceiros sem prévio assentimento do permitente.

Quanto aos atos dos permissionários praticados em decorrência da permissão, podem revestir-se de certa autoridade pela delegação recebida do Poder Público, e, nessas condições, tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde que lesivos de direito líquido e certo (Lei 1.533/51, art. 1º, §1º).

Os atos dos permissionários são de sua exclusiva responsabilidade, sem afetar a Administração permitente.

A permissão vem sendo a modalidade preferida pelas Administrações federal, estaduais e municipais para delegação de serviços de transporte coletivo a empresas de ônibus nas respectivas áreas de sua competência.

Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. São serviços delegados e controlados pela Administração autorizante, normalmente sem regulamentação específica, e sujeitos, por índole, a constantes modificações do modo de sua prestação ao público e a supressão a qualquer momento, o que agrava sua precariedade.

A remuneração de tais serviços é tarifada pela Administração, como os demais de prestação ao público, dentro das possibilidades de medida para oferecimento aos usuários. A execução deve ser pessoal e intransferível a terceiros. Sendo uma modalidade de delegação discricionária, em princípio, não exige licitação, mas poderá ser adotado para escolha do melhor autorizatário qualquer tipo de seleção, caso em que a Administração ficará vinculada aos termos do edital de convocação.

A modalidade de serviços autorizados é adequada para todos aqueles que não exigem execução pela própria Administração, nem pedem especialização na sua prestação ao público, como ocorre com os serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos ou residências, os quais, embora não sendo uma atividade pública típica, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam para o trabalho.

Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, um serviço de interesse da comunidade, por isso mesmo controlado pela Administração e sujeito à sua autorização. A contratação desses serviços com o usuário é sempre uma relação de Direito Privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público.

A ampliação das funções estatais, a complexidade e o custo das obras públicas vem abalando, dia a dia, os fundamentos da Administração clássica, exigindo novas formas e meios de prestação de serviços afetos ao Estado.

Evoluímos, cronologicamente, dos serviços públicos centralizados para os serviços delegados a particulares, destes passamos aos serviços outorgados a autarquias; daqui defletimos para os serviços traspassados a fundações e entidades paraestatais e, finalmente, chegamos aos serviços de interesse recíproco de entidades públicas e organizações particulares realizados em mútua cooperação, sob as formas de convênios e consórcios administrativos.

Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes tem interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes.

Consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

O que caracteriza o consórcio e o distingue do convênio é que este é celebrado entre pessoas jurídicas de espécies diferentes e aquele só o é entre entidades da mesma espécie. Feita essa distinção, todos os princípios e preceitos regedores dos convênios são aplicáveis aos consórcios administrativos.

Entre nós, o consórcio usual é o de Municípios, para a realização de obras, serviços e atividades de competência local mas de interesse comum intermunicipal de toda uma região. Com essa cooperação associativa das Municipalidades reúnem-se recursos financeiros, técnicos e administrativos que uma só Prefeitura não teria para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos.

## **8. Servidores Públicos**

### **( Regime jurídico dos servidores; Regras das constituições Federal e estadual )**

Os servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária.

A Constituição vigente instituiu regime jurídico único para os servidores civis da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, o que significa ter afastado o regime trabalhista utilizado por algumas Administrações para a contratação de seu pessoal para certas atividades. Regime jurídico único é o estabelecido pela entidade estatal - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - no âmbito de sua competência, para todos os servidores de sua Administração direta, autárquica e fundacional, excluídas desse regime as empresas públicas e sociedades de economia mista, que poderão ter regimes diversificados, sujeitando-se, contudo, às disposições constitucionais referentes à investidura em cargo ou emprego por concurso público, bem como à proibição de acumulação de cargo, emprego ou função (art. 37, I, II, XVI e XVII).

Esse regime único pressupõe preceitos sobre ingresso no serviço (por concurso público), forma e limites de remuneração, deveres e direitos dos servidores, planos de

carreira, investiduras em cargos em comissão e funções de confiança e, ainda, casos de contratação por tempo determinado. Essas disposições legais constituirão o estatuto dos servidores públicos civis de cada uma das entidades estatais, aplicáveis às suas autarquias e fundações.

As entidades estatais são livres para organizar seu pessoal para o melhor atendimento dos serviços a seu cargo, mas há três regras fundamentais que não podem postergar: a que exige que a organização se faça por lei; a que prevê a competência exclusiva da entidade ou Poder interessado; e a que impõe a observância das normas constitucionais federais pertinentes ao funcionalismo. Vejamos separadamente cada uma dessas regras.

A organização legal do serviço público é exigida pela Constituição ao permitir a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros "que preencham os requisitos estabelecidos em lei" (art. 37, I). A parte final do dispositivo refere-se expressamente a lei. Isto significa que todo cargo público só pode ser criado e modificado por norma legal aprovada pelo Legislativo. Todavia, o Executivo pode, por ato próprio, extinguir cargos públicos, na forma da lei (CF, art. 84, XXV), competindo-lhe ainda provê-los e regulamentar seu exercício, bem como praticar todos os atos relativos aos servidores (nomeação, demissão, remoção, promoção, punição, lotação, concessão de férias, licença, aposentadoria etc.).

Na organização do serviço público a Administração cria cargos e funções, institui classes e carreiras, faz provimentos e lotações, estabelece vencimentos e vantagens e delimita os deveres e direitos de seus servidores.

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.

Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender. Daí por que as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de cargos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente. Os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções. Não obstante a validade deste princípio, muitas leis vinham dando estabilidade a servidores exercentes de funções, que, por natureza, são transitórias.

Para liquidar de vez com essa aberração administrativa foi que o constituinte, desde 1967, passou a vincular a estabilidade à prévia aprovação em concurso público, requisito essencial para o preenchimento dos cargos de provimento efetivo.

Os cargos distribuem-se em classes e carreiras, e excepcionalmente criam-se isolados.

Classe é o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos. As classes constituem os degraus de acesso na carreira.

Carreira é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram. O conjunto de carreiras e de cargos isolados constitui o quadro permanente do serviço dos diversos Poderes e órgãos da Administração Pública. As carreiras iniciam-se e terminam nos respectivos quadros.

Quadro é o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou Poder. O quadro pode ser permanente ou provisório, mas sempre estanque, não admitindo promoção ou acesso de um para outro.

Cargo de carreira é o que se escalona em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional.

Cargo isolado é o que não se escalona em classes, por ser o único na sua categoria. Os cargos isolados constituem exceção no funcionalismo, porque a hierarquia administrativa exige escalonamento das funções para aprimoramento do serviço e estímulo aos servidores, através da promoção vertical. Não é o arbítrio do legislador que deve predominar na criação de cargos isolados, mas sim a natureza da função e as exigências do serviço.

Cargo técnico é o que exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nesta acepção é que o art. 37, XVI, "b", da CF o emprega, sinonimizándolo com cargo científico, para efeito de acumulação.

Cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se as funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função.

Cargo de chefia é o que se destina à direção de serviços. Pode ser de carreira ou isolado, de provimento efetivo ou em comissão, tudo dependendo da lei que o instituir.

Lotação é o número de servidores que devem ter exercício em cada repartição ou serviço. A lotação pode ser numérica ou básica e nominal ou supletiva: a primeira corresponde aos cargos e funções atribuídos às várias unidades administrativas; a segunda importa a distribuição nominal dos servidores para cada repartição, a fim de preencher os claros do quadro numérico. Ambas são atos administrativos típicos e, como tais, da competência privativa do Executivo, no que concerne aos serviços. Por lei se instituem os cargos e funções; por decreto se movimentam os servidores, segundo as necessidades do serviço. A lotação e a relotação constituem prerrogativas do Executivo, contra as quais não se podem opor os servidores, desde que feitas na forma estatutária. Na omissão da lei, entende-se amplo e discricionário o poder de movimentação dos servidores, por ato do Executivo, no interesse do serviço, dentro do quadro a que pertencem.

A criação, transformação e extinção de cargos, funções ou empregos do Poder Executivo exige lei de iniciativa privativa do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos Municipais, conforme seja federal, estadual ou municipal a Administração interessada, abrangendo a Administração direta, autárquica e fundacional (CF, art. 61, § 1º, II, "d").

Essa privatividade de iniciativa do Executivo torna inconstitucional o projeto oriundo do Legislativo, ainda que sancionado e promulgado pelo Chefe do Executivo, porque as prerrogativas constitucionais são irrenunciáveis por seus titulares.

A transformação de cargos, funções ou empregos do Executivo é admissível desde que realizada por lei de sua iniciativa. Pela transformação extinguem-se os cargos anteriores e se criam os novos, que serão providos por concurso ou por simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, mediante apostila de seus títulos de nomeação. Assim, a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para os estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados), desde que preencham os requisitos da lei. Também podem ser transformadas funções em cargos, observados o procedimento legal e a investidura originária ou derivada, na forma da lei.

A extinção de cargos, funções ou empregos do Executivo pode ser feita por lei de sua iniciativa, removendo-se seus titulares para cargos, funções ou empregos equivalentes.

Se se tratar de servidor estável, extinto o cargo, será ele colocado em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (CF, art. 41, § 3º).

As leis de criação, transformação e extinção de cargos, funções ou empregos, ainda que dependam de iniciativa do Poder competente, podem sofrer emendas do Legislativo, desde que não ultrapassem os limites qualitativos (natureza ou espécie) e quantitativos da proposta, nem desfigurem o projeto original.

A criação, transformação ou extinção de cargos, empregos ou funções do Poder Legislativo cabe à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, às Assembléias Legislativas e às Câmaras de Vereadores, respectivamente, que podem, no âmbito de sua competência privativa, "dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias" (CF, arts. 51, IV, e 52, XIII). Esses atos de criação, transformação ou extinção de cargos, funções ou empregos devem ser efetuados por lei, sem a sanção do Chefe do Executivo, como se infere da interpretação do art. 48, c/c os arts. 51 e 52, da CF.

A criação, transformação ou extinção de cargos, empregos ou funções do Judiciário é feita mediante lei de iniciativa dos tribunais, no tocante à organização de suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados (CF, art. 96. I, "b"), competindo ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169 da mesma CF, "a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados" (CF, art. 96, II, "b").

A Constituição de 1988 estendeu ao Ministério Público a faculdade de propor a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares (CF, art. 127, § 2º).

Provimento é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular. O provimento pode ser originário ou inicial e derivado. Provimento inicial é o que se faz através de nomeação, que pressupõe a inexistência de vinculação entre a situação de serviço anterior do nomeado e o preenchimento do cargo. Assim, tanto é provimento inicial a nomeação de pessoa estranha aos quadros do serviço público quanto a de outra que já exercia função pública como ocupante de cargo não vinculado àquele para o qual foi nomeada. Já, o provimento derivado, que se faz por transferência, promoção, remoção, acesso, reintegração, readmissão, enquadramento, aproveitamento ou reversão, é sempre uma alteração na situação de serviço do provido.

Em qualquer hipótese, porém, o provimento de cargos do Executivo é da competência exclusiva do Chefe deste Poder (CF, art. 84, XXV), uma vez que a investidura é ato tipicamente administrativo. Por idêntica razão, a desinvestidura dos cargos e os exercícios dos poderes hierárquico e disciplinar são da alçada privativa do Executivo, no que concerne a seus servidores. A lei só poderá estabelecer a forma e as condições de provimento e desprovimento; não poderá, entretanto, concretizar investiduras ou indicar pessoas a serem nomeadas, porque isto é missão do Executivo, indelegável ao Legislativo. O provimento feito por lei é nulo, como nula é a criação ou modificação de cargo por decreto ou qualquer outro ato administrativo.

No âmbito do Legislativo, do judiciário e do Ministério Público, o provimento e demais atos atinentes aos cargos e seus servidores devem ser da competência do Presidente da corporação legislativa, do Presidente do Tribunal ou do Procurador-Geral, conforme o caso.

Os direitos do titular do cargo restringem-se ao seu exercício, às prerrogativas da função e aos vencimentos e vantagens decorrentes da investidura, sem que o servidor tenha propriedade do lugar que ocupa, visto que o cargo é inapropriável pelo servidor.

Daí por que a Administração pode suprimir, transformar e alterar os cargos públicos ou serviços independentemente da aquiescência de seu titular, uma vez que o servidor não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias. A lei posterior pode extinguir e alterar cargos e funções de quaisquer titulares - vitalícios, estáveis e instáveis.

O servidor poderá adquirir direito à permanência no serviço público, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção constitucional à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indespojável da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado.

Enquanto subsistir o cargo, como foi provido, seu titular terá direito ao exercício nas condições estabelecidas pelo estatuto, mas, se se modificarem a estrutura, as atribuições, os requisitos para seu desempenho, lícitas são a exoneração, a disponibilidade, a remoção ou a transferência de seu ocupante, para que outro o desempenhe na forma da nova lei. O que não se admite é o afastamento arbitrário ou abusivo do titular, por ato do Executivo, sem lei que o autorize.

A competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço. Sobre esta matéria as competências são estanques e incomunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos servidores dos Municípios.

Cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes jurídicos únicos, segundo suas conveniências administrativas e as forças de seus erários (CF, arts. 39 e 169).

A competência da União para organizar seu serviço público só encontra limites na Constituição da República e não enseja conflito de normas, porque suas leis ordinárias jamais poderão colidir, nesse campo, com a legislação dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. A questão, porém, complica-se no âmbito estadual e municipal, em face da superposição de normas de entidades diferentes e das diversas áreas de competência, nem sempre bem delimitadas e muitas vezes confundidas pelo administrador e pelo legislador das três entidades estatais.

A competência do Estado-membro é ampla, mas fica adstrita não só às normas pertinentes da Constituição da República (arts. 37 e 39 a 42) e aos preceitos das leis de caráter complementar acima referidas, como aos ditames especiais da Constituição estadual, no que concerne ao seu pessoal. O estatuto dos servidores federais e demais normas complementares e regulamentares não se aplicam aos servidores estaduais pela óbvia razão de que o Estado-membro é autônomo para organizar seus serviços e compor seu pessoal.

A legislação federal, fora os casos expressamente previstos no texto constitucional, só atinge os servidores estaduais - e municipais - quando, tendo a natureza jurídica de lei nacional, dispõe sobre crimes funcionais (CP, arts. 312 a 327; CPP, arts. 513 a 518); inviolabilidade no exercício da função pública (CP, art 142, III); perda da função pública e interdição de direitos (CP, arts. 92, I, e 47, I); facilitação culposa de conhecimento de segredo concernente à segurança nacional, revelação de segredo funcional relacionado com operações anti-subversivas (Lei 6.620/78, arts. 29 e 37); sanções específicas, seqüestro e perdimento de bens, pela prática de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92); coação eleitoral (Código Eleitoral, art. 300); requisição para o serviço eleitoral (Código Eleitoral, arts. 30, XIV, e 344);



retardamento ou recusa de publicação em órgão oficial de atos da justiça Eleitoral (Código Eleitoral, art. 341); proibição de uso de serviços ou dependências públicas em benefício de partido político (Código Eleitoral, arts. 346 e 377); proibição de remoção no período pré e pós-eleitoral (Lei 6.091, de 15.8.74, art. 13); impedimentos e prazos de desincompatibilização (Lei Complementar 64, de 18.5.90 - Lei das Inelegibilidades); proibição de nomeações no período pré e pós-eleitoral (Lei 6.091, de 15.8.74, art. 13); requisição de veículos e embarcações oficiais para o transporte gratuito de eleitores (Lei 6.091/74, art. 11, V); acidente do trabalho (Lei 6.367, de 19.10.76); seguridade social (Lei 8.212, de 24.7.91); programa de formação do patrimônio do servidor público - PASEP (Lei Complementar 8, de 3.12.70).

Essa legislação federal de caráter nacional, acima indicada, é aplicável não só aos servidores das três entidades estatais - União, Estados-membros e Municípios - como também ao pessoal sujeito ao respectivo regime jurídico único.

A competência do Município para organizar seu funcionalismo é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art. 30, I). Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público (CF, arts. 37 a 41), bem como os preceitos das leis de caráter complementar ou nacional, pode o Município elaborar o estatuto de seus servidores, segundo as conveniências locais. Nesse campo é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais no que tange ao regime de trabalho e de remuneração. Só será possível a aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente.

Nem mesmo a Constituição estadual poderá estabelecer direitos, encargos ou vantagens para o servidor municipal, porque isto atenta contra a autonomia local. As Constituições estaduais e leis ordinárias que estabelecem essa extensão de vantagens do servidor público estadual ao municipal tiveram as respectivas disposições invalidadas, por inconstitucionais.

Como já vimos, em razão de sua autonomia constitucional, as entidades estatais são competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, fazendo provimento e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando os deveres e direitos dos servidores e fixando regras disciplinares. Os preceitos reguladores das relações jurídicas entre a Administração e o servidor constituem as normas estatutárias, contidas no respectivo estatuto e na legislação correlata, explicitadas nos decretos e regulamentos expedidos para sua fiel execução pelo Poder Executivo.

As disposições estatutárias, todavia, não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República como normas gerais de observância obrigatória pelas entidades estatais, autárquicas e fundacionais públicas na organização do seu pessoal e dos respectivos regimes jurídicos.

Vejamos, em espécie, as normas constitucionais pertinentes ao serviço público para, ao depois, examinarmos os deveres e direitos dos servidores que poderão constar de disposições estatutárias.

O que nos propomos examinar neste tópico são as Normas Constitucionais Pertinentes constantes dos referidos arts. 37 a 41 da CF. Destas, pelo menos uma tem um caráter nitidamente organizatório (art. 37, I, do qual deriva o princípio já visto da organização legal do serviço público).

Essas normas dispõem sobre: acessibilidade aos cargos públicos (art. 37, I); obrigatoriedade de concurso público (art. 37, II); paridade de vencimentos (arts. 37, XII, e 39, § 1º); vedações de equiparações e vinculações (art. 37, XIII); inacumulabilidade de cargos, empregos e funções (art. 37, XVI e XVII); estabilidade (art. 41, caput); aposentadoria (art. 40); cômputo do tempo de serviço prestado a todas as entidades da Administração direta, autárquica e

fundacional (art. 40, § 3º); exercício de funções eletivas por servidor (art. 38); demissão de estáveis (art. 41, § 1º); reintegração (art. 41, § 2º); responsabilização civil dos servidores (art. 37, § 6º); sujeição às normas constitucionais quanto à forma e às condições de provimento dos cargos públicos (art. 37, I e II); greve (art. 37, VII).

Analisemos, sumariamente, a razão de ser e a extensão dessas imposições constitucionais.

Ao estabelecer a acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros (art. 37, I) a Constituição exclui expressamente os estrangeiros residentes no País, aos quais se aplica também o disposto no seu art. 5º, caput, quanto à igualdade perante a lei (isonomia). Não quer isso dizer que o estrangeiro está impedido de servir à Administração sob vínculo empregatício. Absolutamente. A vedação é só para a investidura em cargo público, sendo perfeitamente válida sua admissão ou contratação na forma do art. 37, IX.

Por outro lado, o mesmo art. 37, I, condiciona a acessibilidade aos cargos públicos ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei. Com isso, ficam as Administrações autorizadas a prescrever exigências quanto a capacidade física, moral, técnica, científica e profissional que entenderem convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público. Mas à lei específica, de caráter local, é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional para a investidura em cargos públicos, como as exigidas pelas leis eleitoral e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (CF, art. 22, XVI). E tanto uma como outra deverão respeitar as garantias asseguradas no art. 5º da CF, que veda distinções baseadas em sexo, idade, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

Quanto ao princípio da isonomia (CF, art. 5º), é preciso ver que, além das distinções acima referidas, a igualdade de todos os brasileiros perante a lei veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao lugar de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. E assim é porque os requisitos a que se refere o texto constitucional (art. 39) não de ser apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública. Exemplificando: se determinado cargo de datilógrafo pode ser exercido indiferentemente por pessoas do sexo feminino ou masculino, a discriminação fundada nesse atributo pessoal do candidato será indevida; entretanto, se o que a Administração deseja é uma pessoa do sexo feminino para ocupar o cargo de datilógrafo numa penitenciária de mulheres, o estabelecimento desse requisito não constituirá discriminação ilegal, uma vez que visa a atender a uma legítima conduta administrativa. Daí por que a jurisprudência tem admitido como válidas exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da isonomia, tais como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão da idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental e outros requisitos de adequação ao cargo.

E, na vigência da atual Constituição, o STF, Pleno, tem entendido que é válida a restrição nas "hipóteses em que a limitação da idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher". Seguindo essa orientação, a Suprema Corte considerou "incensurável a lei registrar idade máxima para o ingresso no Ministério Público".

A obrigatoriedade de concurso público é somente para a primeira investidura em cargo ou emprego público, isto é, para o ingresso em cargo isolado ou no cargo inicial da carreira, nas entidades estatais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas paraestatais. O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Desde a Constituição de 1967 os concursos públicos só podem ser de provas ou de provas e títulos, ficando, assim, afastada a possibilidade de seleção com base unicamente em títulos, como ocorria na vigência da Constituição de 1946, que fazia igual exigência para a primeira investidura em cargos de carreira, silenciando, entretanto, quanto à modalidade do concurso (art. 186; cf. art. 37, II, da atual CF).

Os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas. Como atos administrativos, devem ser realizados pelo Executivo, através de bancas ou comissões examinadoras, regularmente constituídas com elementos capazes e idôneos dos quadros do funcionalismo ou não, e com recurso para órgãos superiores, visto que o regime democrático é contrário a decisões únicas, soberanas e irrecorríveis.

A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público.

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após sua realização. E assim é porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito, que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado.

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso, haverá preterição do seu direito, salvo a exceção do art. 37, IV.

O concurso tem validade de dois anos, contados da homologação, prorrogável uma vez, por igual período, conforme dispõe o art. 37, III, da CF.

Após o concurso segue-se o provimento do cargo, através da nomeação do candidato aprovado.

A nomeação é o ato de provimento de cargo, que se completa com a posse e o exercício.

A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse. A posse é a *conditio iuris* da função pública. Por ela se conferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse o provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Por isso mesmo, a nomeação regular só pode ser desfeita pela Administração antes da posse do nomeado. No entanto, a anulação do concurso, com a exoneração do nomeado, após a posse, só pode ser feita com observância do devido processo legal e a garantia de ampla defesa.

O exercício do cargo é decorrência natural da posse. Normalmente, a posse e o exercício são dados em momentos sucessivos e por autoridades diversas, mas casos há em que se reúnem num só ato, perante a mesma autoridade. É o exercício que marca o momento em que o funcionário passa a desempenhar legalmente suas funções e adquire direito às vantagens do

cargo e à contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público. Sem exercício, já decidiu o TJSP, não há direito ao recebimento de vencimentos.

Com a posse, o cargo fica provido e não poderá ser ocupado por outrem, mas o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado. Se este não o faz na data prevista, a nomeação e, conseqüentemente, a posse tornam-se ineficazes, o que, juntamente com a vacância do cargo, deve ser declarado pela autoridade competente.

Observe-se, por fim, que a exigência de prévia aprovação em concurso é para os cargos de provimento efetivo, ou seja, não temporário, não condicionado a uma relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos. Daí por que é dispensada para o preenchimento dos cargos declarados em lei de provimento em comissão, cuja principal característica é a confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, por isso mesmo nomeáveis e exoneráveis livremente (CF, art. 37, II).

A desinvestidura de cargo ou emprego público pode ocorrer por demissão ou exoneração. Demissão é punição por falta grave; exoneração é desinvestidura de ofício ou a pedido do interessado - neste caso, desde que não esteja sendo processado judicial ou administrativamente. A Lei 8.112/90 denomina destituição a desinvestidura do servidor não efetivo ocupante de cargo em comissão (art. 135).

Sobre a paridade de vencimentos, no atual sistema, os vencimentos pagos pelo Poder Executivo constituem o teto para a remuneração dos funcionários que exerçam funções iguais ou semelhantes no Legislativo e no Judiciário (CF, art. 37, XII). Sendo assim, estes Poderes, tendo em vista suas disponibilidades orçamentárias, podem estabelecer a retribuição a seus funcionários em bases idênticas às do Executivo, ou lhes atribuir menor remuneração, mas nunca pagar-lhes mais, de modo a criar uma injusta disparidade, como ocorria antes da Revolução de 1964, principalmente em relação aos serviços do Poder Legislativo.

A lei assegurará, aos servidores da Administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

Observe-se, finalmente, que o sistema da paridade foi consagrado em termos amplos, porquanto o art. 39, § 1º, da CF refere-se a vencimentos, que compreendem o valor do padrão (vencimento) com as vantagens auferidas pelo funcionário a título de adicionais ou gratificação. Daí resulta que o Legislativo e o Judiciário estão sujeitos, qualitativa e quantitativamente, às vantagens pecuniárias estabelecidas pelo Executivo. Pelas mesmas razões, se a lei retira dos servidores do Executivo determinada vantagem, sua correspondente na área do Legislativo ou do Judiciário estará automaticamente cancelada se acarretar disparidade de vencimentos, em face do caráter cogente do art. 37, XII, que é norma de eficácia plena.

A vedação de equiparações e vinculações de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (CF, art. 37, XIII) é outra norma moralizadora que figura no texto constitucional desde 1967 (art. 96). Ressalvada a hipótese do art. 39 § 1º, autorizando a equiparação dos cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário que possuam atribuições iguais ou semelhantes aos correspondentes cargos do Poder Executivo (paridade), a Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder, ou a qualquer fator que funcione como índice de reajustamento automático, como o salário mínimo ou a arrecadação orçamentária (vinculação), para fins de remuneração do pessoal administrativo.

A proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, tanto na Administração direta como na indireta (CF, art. 37, XVI e XVII), visa a impedir que um mesmo

cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções, sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos.

A própria Constituição, entretanto, reconhecendo a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, abriu algumas exceções à regra da não acumulação, para permiti-la expressamente quanto a cargo da Magistratura e do Magistério (art. 95, parágrafo único, I), a dois cargos de Magistério (art. 37, XVI, "a"), a de um destes com outro, técnico ou científico (art. 37, XVI, "b"), e a de dois cargos privativos de médico (art. 37, XVI, "c"), contanto que haja compatibilidade de horários (art. 37, XVI). A vedação é genérica e, ressalvadas as mencionadas exceções, prevalece entre quaisquer cargos - de nomeação ou eletivos - ocupados a qualquer título, de quaisquer entidades estatais, autárquicas e paraestatais, das três esferas administrativas, estendendo-se a empregos e funções (CF, art. 37, XVII).

Pelas atuais disposições constitucionais, entendemos que o servidor aposentado pode exercer qualquer emprego, função ou cargo em comissão, já que não se encontra nenhuma restrição nas normas a respeito. E, se aposentado em dois cargos, nos termos do art. 37, XVI e XVII, poderá ainda receber dos cofres públicos, juntamente com os respectivos proventos, a remuneração pelo exercício de mandato eletivo ou cargo em comissão, ou pela prestação de serviços. Quanto ao servidor aposentado compulsoriamente (setenta anos de idade), entendemos que não poderá ocupar qualquer outro cargo, emprego ou função pública, porque a própria Constituição da República estabelece uma presunção de incapacidade absoluta para o desempenho de serviço público.

Estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos (CF, art. 41).

A nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se refira ao servidor, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento, e, como tal, deve ser declarada no decreto de nomeação e no título respectivo, porque um servidor pode ocupar transitoriamente um cargo de provimento efetivo (casos de substituição, p. ex.), sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual. É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da CF, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade. Não podem pretender a permanência no serviço público, porque essa garantia, repetimos, é exclusiva dos servidores regularmente investidos em cargos públicos de provimento efetivo.

Os efetivos não são exoneráveis ad nutum, qualquer que seja o tempo de serviço no cargo, porque a nomeação com esse caráter traz ínsita a condição de permanência enquanto bem servirem à Administração. Somente através de apuração judicial ou administrativa, em que se comprove motivo ensejador de dispensa, é que se legitima a desinvestidura do servidor efetivo.

Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade.

Estágio probatório é o período de exercício do funcionário durante o qual é observado e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.). Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não

sendo computável o tempo de serviço prestado em outra entidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório.

Comprovado durante o estágio probatório que o funcionário não satisfaz as exigências legais da Administração, pode ser exonerado justificadamente pelos dados colhidos no serviço, na forma estatutária, independentemente de inquérito administrativo, isto é, de processo administrativo disciplinar. Essa exoneração não é penalidade, não é demissão; é simples dispensa do servidor, por não convir à Administração sua permanência, uma vez que se revelaram insatisfatórias as condições de seu trabalho na fase experimental, sabiamente instituída pela Constituição para os que almejam a estabilidade no serviço público.

Daí por que o servidor fica sujeito a exoneração, durante o estágio probatório, desde que se comprove administrativamente sua incapacidade ou inadequação para o serviço público, e, superada essa fase, consolida-se sua posição no serviço público, tornando-se não mais exonerável de ofício, porque, daí por diante, é estável. A demissão, entretanto, como pena administrativa que é, pode ser aplicada em qualquer fase - ao estável e ao instável - desde que o servidor cometa infração disciplinar ou crime funcional regularmente apurado em processo administrativo ou judicial. Não há demissão ad nutum, como não há exoneração disciplinar: aquela (demissão) depende sempre de processo probatório da infração, ao passo que esta (exoneração) pressupõe sempre a inexistência de infração, pois se baseia exclusivamente na conveniência da dispensa, por parte do servidor (exoneração a pedido) ou por parte da Administração (exoneração de ofício), sem qualquer caráter punitivo.

A estabilidade é um atributo pessoal do servidor, enquanto a efetividade é uma característica do provimento de certos cargos. Daí decorre que a estabilidade não é no cargo mas no serviço público, em qualquer cargo equivalente ao da nomeação efetiva. O servidor estável pode ser removido ou transferido pela Administração, segundo as conveniências do serviço, sem qualquer ofensa à sua efetividade e estabilidade. O estável não é inamovível. É conservado no cargo enquanto bem servir e convier à Administração. Nisso se distingue do vitalício, que tem direito ao exercício do cargo, enquanto existir, conservando as vantagens respectivas, no caso de extinção.

Extinguindo-se o cargo em que se encontrava o servidor estável, ficará ele em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava (CF, art. 41, § 3º), diversamente do que ocorre com o vitalício inamovível, que não é obrigado a aceitar outro cargo, embora idêntico ao seu que fora extinto. Se a extinção do cargo se der no estágio probatório, poderá o estagiário ser exonerado de ofício, uma vez que ainda não tem estabilidade e, portanto, não desfruta da prerrogativa constitucional da disponibilidade.

A alteração da denominação do cargo ou de suas atribuições não afeta seu ocupante estável, que tem direito à continuação de seu exercício, salvo se a remoção se der por interesse do serviço público. O que não se admite é a transferência do servidor estável para cargo inferior ou incompatível com suas aptidões reveladas em concurso ou decorrentes de títulos profissionais que serviram de base para o ingresso no serviço público.

O servidor estável - melhor diríamos, estabilizado - por ter satisfeito as três condições constitucionais para a aquisição dessa situação funcional - concurso público, nomeação efetiva e estágio probatório - não pode mais ser exonerado por conveniência da administração, nem demitido sem se apurar a infração em processo administrativo ou judicial, que sirva de base a aplicação da pena demissória (CF, art. 41, § 1º). Observe-se, desde logo, que demissão e exoneração constituem institutos diversos no Direito Administrativo: demissão é dispensa a título de penalidade funcional; exoneração é dispensa a pedido ou por conveniência da Administração, nos casos em que o servidor pode ser dispensado.

Ao servidor estável garante, ainda, a Constituição o direito de se reintegrar no mesmo cargo, quando invalidada por sentença judicial a demissão, e o eventual ocupante da vaga será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (CF, art. 41, § 2º).

A aposentadoria é a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções. A Constituição Federal estabelece três espécies de aposentadoria: por invalidez permanente, com proventos integrais ou proporcionais, segundo as situações referidas no art. 40, I; compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais (art. 40, II); voluntária, quando requerida pelo servidor, nas seguintes condições; após trinta e cinco anos de serviço, se for homem; após trinta anos, se mulher, com proventos integrais; após trinta anos de efetivo exercício em funções de Magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; após trinta anos de serviço, se homem, e vinte cinco, se mulher, com proventos proporcionais; e aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta, se mulher, também com proventos proporcionais (art. 40, III).

Os proventos da inatividade serão sempre integrais quando a aposentadoria se der após trinta e cinco ou trinta anos de serviço, conforme o beneficiário seja do sexo masculino ou feminino (CF, art. 40, III, "a"), quando a invalidez decorrer de acidente em serviço, de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei (art. 40, I), e após trinta anos, se professor, ou vinte e cinco, se professora, de efetivo exercício do Magistério (art. 40, III, "b"). Nos demais casos - aposentadoria compulsória ou por invalidez resultante de outras causas - os proventos serão proporcionais ao tempo de serviço, observada a redução constitucional em benefício dos servidores do sexo feminino (art. 40, I, II e III, "c" e "d"). E agora, pela Constituição de 1988, serão estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei (art. 40, § 4º).

A revisão dos proventos da aposentadoria é preceito constitucional de obrigatoria observância por todas as entidades estatais (art. 40, § 4º). Assim sendo, toda vez que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, terão que ser reajustados os proventos dos inativos.

Os requisitos para a aposentadoria, tais como estabelecidos na Constituição, não podem ser alterados pela legislação ordinária. Somente quanto ao tempo para a aposentadoria (e também para a reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade), tendo em vista a natureza do serviço, se permitem exceções, assim mesmo através de lei complementar, consoante dispõe o art. 40, § 1º, da CF, que só permite exceções no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, considerando o maior desgaste que essas atividades causem à pessoa, na sua integridade física e mental. A lei complementar que excepcionar os limites constitucionais terá caráter impositivo para todas as esferas administrativas, outorgando, desde sua vigência, o direito à aposentadoria facultativa.

O direito à aposentadoria, consoante vem decidindo reiteradamente o STF, adquire-se com o preenchimento dos requisitos exigidos pela lei da época, de modo que, se o servidor não a requereu na vigência desta, sua situação não se alterará pela edição de lei modificadora.

A aposentadoria admite reversão e cassação. Reversão é o retorno do inativo ao serviço, em face da cessação dos motivos que autorizaram a aposentadoria por invalidez. Cassação da aposentadoria é penalidade assemelhada à demissão, por acarretar a exclusão do infrator do quadro dos inativos e, conseqüentemente, a cessação do pagamento de

seus proventos. Como qualquer ato administrativo, a aposentadoria pode ser anulada quando ilegal (irregularidade na contagem do tempo de serviço, p. ex.).

O tempo de serviço público prestado a qualquer das entidades estatais, por determinação constitucional, será integralmente computado para a aposentadoria e a disponibilidade (CF, art. 40, § 3º).

Serviço público é o prestado a entidade pública - União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações públicas - de modo que, nos termos do preceito constitucional, não é computável o tempo de serviço prestado a entidades paraestatais, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que não são entes públicos, mas organizações de Direito Privado, salvo quando declarado por lei especial como estabelecimento prestador de serviço público. Não é também computável o tempo de serviço gratuito, a menos que a lei o considere relevante, mas o STF já sumulou que "o tempo de serviço militar conta-se para efeito de disponibilidade e aposentadoria do servidor público estadual". A Constituição Federal, no entanto, ainda assegura a contagem do tempo de atividade privada, segundo critérios estabelecidos em lei (art. 202, § 2º).

No caso de acumulação é inadmissível a contagem do tempo de serviço para a aposentadoria em cargo de uma entidade estatal quando já computado em outra, para o mesmo fim.

O exercício de mandatos eletivos por servidor público não é vedado na CF, cujo art 38 regula a situação dos servidores em geral, da Administração direta e indireta, investidos em mandatos eletivos.

As duas principais regras que defluem da norma constitucional são: 1ª) o servidor público pode exercer mandato eletivo federal, estadual ou municipal sem perder o cargo, emprego ou função, devendo apenas afastar-se, com prejuízo da remuneração; 2ª) o tempo de serviço do servidor afastado para exercer mandato eletivo será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.

O afastamento do cargo, emprego ou função com prejuízo da correspondente remuneração é decorrência do princípio geral da inacumulabilidade de cargos, empregos e funções públicas, constante do art. 37, XVI e XVII, da CF. A essa regra, entretanto, o texto constitucional admite duas exceções, relativamente aos mandatos de Prefeito e Vereador. Com efeito, o servidor que se afastar do cargo, emprego ou função para exercer o mandato de Prefeito poderá optar entre a remuneração e os subsídios (art. 38, II); se o mandato for de Vereador e houver compatibilidade de horários, não se afastará, passando a perceber cumulativamente a remuneração e os subsídios (art. 38, III), podendo ser promovido até por merecimento, pois a vedação constitucional atinge apenas os servidores afastados (art. 38, IV). A fim de evitar quaisquer dúvidas, o texto constitucional esclarece que, para o exercício de mandato de Vereador, se não houver compatibilidade de horários, aplicar-se-á a regra geral do art. 38, IV, isto é, o servidor deverá afastar-se, podendo optar pela sua remuneração ou a do cargo eletivo.

Por outro lado, é expressamente vedado ao Vereador o exercício de cargo em comissão ou exonerável ad nutum nos casos já previstos na Constituição da República para os Deputados Federais e Senadores (art. 54, I, "b", e II, "b"), conforme o disposto no art. 29, VII, da mesma CF.

A demissão de vitalícios - funcionários investidos em caráter perpétuo no cargo - e dos estáveis - funcionários que adquiriram o direito de permanência no serviço público - depende, em qualquer caso, de sentença judicial ou, tratando-se de estável, de processo administrativo em que se lhe assegure ampla defesa (CF, arts. 41, § 1º, 95, I, e 128, § 5º, I).

Os vitalícios e os estáveis não podem ser exonerados ex officio e somente perdem os respectivos cargos quando se exonerarem a pedido ou forem punidos com a pena de



demissão, ficando em disponibilidade remunerada na hipótese de extinção, como vimos acima, ao tratar da estabilidade.

Para a demissão do vitalício o único meio é o processo judicial, geralmente o penal, pois "a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo" é efeito da condenação, devendo "ser motivadamente declarado na sentença" em que incorre o infrator, "condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação do dever inerente à função pública", quando a pena aplicada for superior a quatro anos (CP, art. 92, I). No processo, administrativo ou judicial, a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Nada impede, porém que, através de processo judicial diverso do penal, mas, como este, com contraditório e defesa ampla, se peça o reconhecimento da culpa do vitalício por fatos que, embora não consubstanciando crime definido em lei, constituam falta grave, ensejadora da penalidade máxima. Na primeira hipótese a perda do cargo é efeito da aplicação da pena principal pelo Judiciário, enquanto que na segunda a Justiça faculta à Administração a aplicação da pena demissória, reconhecendo a materialidade e a autoria do fato.

Para a demissão do estável a Administração não precisa recorrer à Justiça, ainda que o fato sujeito a punição configure crime, uma vez que a Constituição lhe permite fazê-lo mediante processo administrativo ou, mais precisamente, processo administrativo disciplinar, em que assegure ampla defesa ao infrator. Por ampla defesa, no caso, deve-se entender a vista do processo, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. O processo administrativo disciplinar não é tão formal quanto o judicial, penal ou não, nem tão rigoroso no contraditório. O essencial é que se conceda ao acusado a oportunidade de ilidir a acusação, sem o que a punição administrativa é nula, por afrontar uma garantia constitucional (art. 41, § 1º).

A reintegração é a recondução do servidor ao mesmo cargo de que fora demitido, com o pagamento integral dos vencimentos e vantagens do tempo em que esteve afastado, uma vez reconhecida a ilegalidade da demissão em decisão judicial. Como reabilitação funcional, a reintegração acarreta, necessariamente, a restauração de todos os direitos de que foi privado o servidor com a ilegal demissão. Nessa reparação, entretanto, só entram as vantagens decorrentes do cargo, auferidas no âmbito administrativo. Com a volta do reintegrando ao cargo, por decisão judicial, quem o ocupava perde o lugar, sem direito a qualquer indenização. Se se tratar de primeira investidura, será aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade; se o ocupante veio de outro cargo, retornará, automaticamente, ao anterior. De qualquer forma, dará sempre o lugar ao reintegrado (CF, art. 41, § 2º).

Não se confunda a reintegração com a readmissão ou com a reversão. Na reintegração reconhece-se que a pena de demissão foi ilegal e, em razão desse reconhecimento, restauram-se todos os direitos do demitido, com seu retorno ao cargo e pagamento das indenizações devidas; na readmissão permite-se a volta do ex-funcionário ao serviço público (não ao cargo), sem direito a qualquer indenização, contando-se, apenas, o tempo de serviço efetivamente prestado anteriormente; na reversão concede-se o retorno do inativo (aposentado ou reformado) ao serviço de que se havia afastado pela aposentadoria (civil) ou pela reforma (militar). A reintegração é um direito do demitido quando reconhecida judicialmente sua inocência; a readmissão é o retorno do funcionário ao serviço público quando anulada administrativamente sua desinvestidura (em face da sistemática constitucional, a readmissão não é mais ato de liberalidade da Administração); a reversão é a volta ao cargo ou ao posto quando se tornam necessários os serviços do aposentado ou do reformado, mediante solicitação do interessado, mas sempre a critério da Administração.

A responsabilização civil de servidores por danos causados a terceiros no exercício de suas atividades funcionais depende da comprovação da existência de dolo ou culpa

de sua parte em ação regressiva proposta pela pessoa jurídica de Direito Público obrigada, objetivamente, à reparação do dano, nos termos do art. 37, § 6º, da CF.

De fato, o § 6º do art. 37 estabelece a responsabilidade sem culpa, por isso denominada objetiva, das entidades de Direito Público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias) e de Direito Privado prestadoras de serviços públicos pelos prejuízos causados a terceiros em decorrência da atividade administrativa. Todavia, o dispositivo constitucional veda a transferência dessa responsabilidade ao servidor imputável, impondo seu chamamento a juízo não pelo lesado, mas pela entidade interessada em ressarcir-se, a qual, para tanto, deverá demonstrar a culpa do referido servidor, em ação autônoma.

As normas constitucionais sobre os servidores, por expressa disposição do art. 37, caput, aplicam-se aos três Poderes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. São, portanto, normas impositivas para os três Poderes e para todas as entidades estatais, autárquicas e fundacionais.

De acordo com a atual Constituição, "compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas" (art. 114, caput). O tratamento legal aplicável ao servidor público é muito específico e diferente da legislação pertinente aos trabalhadores urbano e rural. Diante disso, as reivindicações de servidores públicos não regidos pela CLT devem ser julgadas pela Justiça Comum.

Os deveres e direitos dos servidores estão detalhadamente estabelecidos na Constituição da República, a serem observados pelos estatutos das entidades estatais e de seus desmembramentos autárquicos e fundacionais. Na imposição desses deveres e na concessão desses direitos a Administração deverá ter sempre presente o interesse coletivo na obtenção dos serviços públicos, lembrando-se de que - como o nome está indicando - são serviços para o público e de que seus agentes são servidores públicos, vale dizer, servidores do público.

Estudaremos esses direitos e deveres e, separadamente, os vencimentos e vantagens pecuniárias, que destacamos do tópico direitos, dada a importância e complexidade do seu estudo.

Os estatutos modernos impõem uma série de deveres aos funcionários como requisitos para o bom desempenho de seus encargos e regular funcionamento dos serviços públicos.

Dentre esses deveres salientam-se, por sua constância na legislação dos povos cultos, o de lealdade à Administração e o de obediência às ordens superiores.

O dever de lealdade, também denominado dever de fidelidade, exige de todo servidor a maior dedicação ao serviço e o integral respeito às leis e às instituições constitucionais, identificando-o com os superiores interesses do Estado. Tal dever impede que o servidor atue contra os fins e os objetivos legítimos da Administração, pois que, se assim agisse, incorreria em infidelidade funcional, ensejadora da mais grave penalidade, que é a demissão, vale dizer, o desligamento compulsório do serviço público.

O dever de obediência impõe ao servidor o acatamento às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução. Tal dever resulta da subordinação hierárquica e assenta no princípio disciplinar que informa toda organização administrativa.

Por ordens legais entendem-se aquelas emanadas de autoridade competente, em forma adequada e com objetivos lícitos. O cumprimento de ordem ilegal como o

descumprimento de ordem legal acarretam para o servidor responsabilidade disciplinar e criminal (CP, art. 22), conforme seja a lesão causada à Administração ou a terceiros.

Muitas vezes o dever não resulta diretamente das normas estatutárias, mas de outras, hierarquicamente superiores, que exigem dos servidores em geral determinada conduta, positiva ou negativa, decorrente das chamadas restrições funcionais, a seguir examinadas.

Dentre as restrições que a função pública impõe aos seus exercentes destacam-se a de se sujeitarem aos impedimentos estabelecidos para o desempenho do cargo.

Os impedimentos ou incompatibilidades para o desempenho de função pública constituem restrições perfeitamente admissíveis ao direito dos servidores estatais, autárquicos e paraestatais, porque é lícito à Administração estabelecer condições para a realização de seus serviços. Assim sendo, permitido é ao Poder Público impedir contratos de seus servidores com a Administração, estabelecer incompatibilidades entre o exercício do cargo ou da função e certas atividades públicas ou particulares, impor exigências de residência no local do trabalho e quaisquer outros requisitos de eficiência e moralidade do serviço público, desde que não afronte os direitos fundamentais do servidor, resguardados pela Constituição da República.

A Constituição da República, ao cuidar do servidor público civil (arts. 37 a 41), detalhou seus direitos, não permitindo que outros lhes sejam acrescentados, pois indicou especificamente os que lhe são extensivos dentre os reconhecidos aos trabalhadores urbanos e rurais (CF, art. 7º).

De um modo geral, pode dizer-se que os servidores públicos tem os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, porque cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública. Com a nova Constituição, gozam dos seguintes direitos assegurados aos trabalhadores do setor privado: salário mínimo; irredutibilidade do salário; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; décimo-terceiro salário; remuneração do trabalho noturno Superior à do diurno; salário-família para os seus dependentes; jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; repouso semanal remunerado; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher; redução dos riscos inerentes ao trabalho; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. A Constituição admitiu, agora, o direito de greve ao servidor público, que será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VII), e garantiu seu direito à sindicalização (art. 37, VI).

Os direitos decorrentes da função pública consubstanciam-se no exercício do cargo, nos vencimentos, nas férias, na aposentadoria e demais vantagens concedidas expressamente pela Constituição e normas complementares. São direitos dos servidores públicos que vicejam ao lado dos direitos gerais e fundamentais do cidadão, e, por isso mesmo, sua extensão e seus limites só podem ser apreciados em face das normas administrativas que os concedem, segundo as conveniências do serviço. Dentre os direitos dos servidores veremos especificamente, a seguir, os vencimentos e vantagens pecuniárias.

Vencimento, em sentido estrito, é a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei; vencimento, em sentido amplo, é o padrão com as vantagens pecuniárias auferidas pelo servidor a título de adicional ou gratificação.

Quando o legislador pretende restringir o conceito ao padrão do servidor emprega o vocábulo no singular - vencimento; quando quer abranger também as vantagens conferidas ao servidor usa o termo no plural - vencimentos.

Os vencimentos - padrão e vantagens - só por lei podem ser fixados, segundo as conveniências e possibilidades da Administração, observando-se que a nova Constituição consagrou aos servidores públicos a irredutibilidade de seus vencimentos (art. 37, XV), o que anteriormente só era assegurado aos magistrados.

Vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (pro labore facto), ou pelo transcurso do tempo de serviço (ex facto temporis), nunca, porém, as que dependem de um trabalho a ser feito (pro labore faciendo), ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições (ex facto officii), ou em razão da anormalidade do serviço (propter laborem) ou, finalmente, em razão de condições individuais do servidor (propter personam).

A percepção de vencimentos pelo exercício do cargo é a regra da Administração Brasileira, que desconhece cargo sem retribuição pecuniária. Pode haver função gratuita, como são as honoríficas e as de suplência, mas cargo gratuito é inadmissível na nossa organização administrativa. Diante deste princípio, resulta que todo aquele que for investido num cargo e o exercer como titular ou substituto tem direito ao vencimento respectivo. Daí por que a jurisprudência é uniforme e pacífica no reconhecer ao suplente que substitui o titular a retribuição correspondente ao exercício do cargo. A mesma razão de direito impõe o pagamento da diferença de vencimento entre a do cargo do substituído e a do substituto, mas a lei pode condicionar este pagamento a um período mínimo de substituição e a outros requisitos de eficiência.

O aumento de vencimentos - padrão e vantagens - dos servidores públicos depende de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, "a"). É uma restrição fundada na harmonia dos Poderes e no reconhecimento de que só o Executivo está em condições de saber quando e em que limites pode majorar a retribuição de seus servidores.

O princípio da isonomia vem sendo freqüentemente invocado para a equiparação de servidores não contemplados nas leis majoradoras de vencimentos ou concessivas de vantagens. Tal princípio decorre do disposto no § 1º do art. 39 da CF. Mas há de ser entendido e aplicado nos justos limites do mandamento igualitário.

O que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, ou seja, tratamento igual, aos especificamente iguais perante a lei. A igualdade genérica dos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres e, por isso mesmo, não os iguala em vencimentos e vantagens. Genericamente, todos os servidores são iguais, mas pode haver diferenças específicas de função, de tempo de serviço, de condições de trabalho, de habilitação profissional e outras mais, que desigualem os genericamente iguais. Se assim não fosse, ficaria a Administração obrigada a dar os mesmos vencimentos e vantagens aos portadores de iguais títulos de habilitação, aos que desempenham o mesmo ofício, aos que realizam o mesmo serviço embora em cargos diferentes ou em circunstâncias diversas. Todavia, não é assim, porque cada servidor ou classe de servidor pode exercer as mesmas funções ( de médico, engenheiro, escriturário, porteiro etc.) em condições funcionais ou pessoais distintas, fazendo jus a retribuições diferentes, sem ofensa ao princípio isonômico. Até mesmo a organização da carreira, com escalonamento de classes para acesso sucessivo, com gradação crescente dos vencimentos, importa diferenciar os servidores sem os desigualar perante a lei. É uma contingência da hierarquia e da seleção de valores humanos na escala dos servidores públicos.

Há duas espécies de aumento de vencimentos: uma genérico, provocada pela alteração do poder aquisitivo da moeda, à qual poderíamos denominar aumento impróprio, por se tratar, na verdade, de um reajustamento destinado a manter o equilíbrio da situação

financeira dos servidores públicos; e outra específica, geralmente feita à margem da lei que concede o aumento geral, abrangendo determinados cargos ou classes funcionais e representando realmente uma elevação de vencimentos, por se fazer em índices não proporcionais ao do decréscimo do poder aquisitivo.

Por outro lado, a remuneração dos servidores públicos não poderá ultrapassar os limites máximos fixados em lei federal, estadual ou municipal (CF, art. 37, XI).

A natureza alimentar dos vencimentos não permite sejam eles retidos pela Administração, nem admite arresto, seqüestro ou penhora, consoante dispõe o art. 649, IV, do CPC, a que fazem remissão os arts. 821 e 833 do mesmo diploma legal, relativamente ao arresto e ao seqüestro. Todavia, as prestações alimentícias devidas pelo servidor público são descontáveis em folha (CPC, art. 734).

O desconto em folha de pagamento é forma administrativa usual para a retenção de contribuições de previdência, de imposto de renda, de quantias pagas indevidamente aos servidores, de empréstimos contraídos no serviço, de aquisições ou consumações feitas na própria repartição ou por seu intermédio. Essa modalidade de desconto é legítima quando realizada na forma e limites previstos no estatuto respectivo e não houver dívida sobre a quantia a ser reposta. Se, porém, ocorrer divergência sobre o quantum a descontar ou sobre a legalidade do ato que determinou a restituição, já não poderá a Administração efetivar os descontos a que se opõe o servidor. Em tal hipótese, somente após a solução definitiva da controvérsia é que se iniciará o desconto em folha, nas condições constantes do estatuto ou de leis especiais. Neste passo, é de se esclarecer que os vencimentos ou vantagens percebidos em virtude de medida liminar obtida em mandado de segurança ficam sujeitos a reposição, mediante desconto em folha, desde que a liminar seja cassada ou a segurança denegada.

A prescrição de vencimentos e vantagens consome-se em cinco anos (Dec. federal 20.910, de 6.1.32) e sua interrupção só poderá ser feita uma vez, recomeçando o prazo a correr pela metade (Dec.-lei 4.597, de 19.8.42). Suspende-se, entretanto, a prescrição durante o tempo em que a Administração permanecer estudando o recurso ou a reclamação do servidor (Lei 5.761, de 25.6.30). Como se trata de débito vencível mês a mês, a prescrição só atinge os vencimentos e vantagens anteriores ao quinquênio. Observe-se que a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos não tem o condão de torná-los imprescritíveis, uma vez que a perda da ação pela inércia do seu titular não se confunde com a garantia constitucional que os tornou irredutíveis.

Já vimos que os servidores públicos são estipendiados por meio de vencimento. Além dessa retribuição estipendiária podem, ainda, receber outras parcelas em dinheiro, constituídas pelas vantagens pecuniárias a que fizerem jus, na conformidade das leis que as estabelecem.

Vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem) ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração.

Certas vantagens pecuniárias incorporam-se automaticamente ao vencimento (por tempo de serviço) e o acompanham em todas as suas mutações, inclusive quando se converte em proventos da inatividade (vantagens pessoais subjetivas); outras apenas são pagas

com o vencimento, mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor (vantagens de função ou de serviço); outras independem do exercício do cargo ou da função, bastando a existência da relação funcional entre o servidor e a Administração (salário-família), e, por isso mesmo, podem ser auferidas mesmo na disponibilidade e na aposentadoria, desde que subsista o fato ou a situação que as gera (vantagens pessoais objetivas).

Em princípio, as vantagens pecuniárias são acumuláveis, desde que compatíveis entre si e não importem repetição do mesmo benefício concedido pela lei. A concessão das vantagens pecuniárias só por lei pode ser feita, e por lei de iniciativa do Executivo, observados os preceitos constitucionais dos arts. 61, § 1º, II, "a", e 63, I.

As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente o tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma da prestação de serviço (vantagens modais ou condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais) exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração. Exemplo típico de vantagens dependentes apenas do tempo de serviço são os adicionais por biênio, triênio, quinquênio etc.; exemplos de vantagens condicionais ou modais têm-los nos adicionais de tempo integral, de dedicação plena e de nível universitário, como, também, nas gratificações por risco de vida e saúde, no salário-família, na licença-prêmio conversível em pecúnia e outras dessa espécie.

O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (*pro labore facto*), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (*pro labore faciendo*) ou, por outras palavras, são adicionais de função (*ex facto officii*), ou são gratificações de serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). Daí por que, quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor.

Feitas essas considerações de ordem geral sobre o gênero vantagens pecuniárias, vejamos as suas espécies, isto é, os adicionais e as gratificações e suas várias modalidades.

Adicionais são vantagens pecuniárias que a Administração concede aos servidores em razão do tempo de exercício (adicional de tempo de serviço) ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicionais de função). O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente. Ambos, porém, podem ser suprimidos para o futuro.

Fixada a distinção conceitual entre adicional e gratificação, vejamos as modalidades ou subespécies de adicionais (de tempo de serviço e de função) para, após, examinarmos as gratificações e suas variantes.

Adicional por tempo de serviço é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem. É um adicional *ex facto temporis*, resultante de serviço já prestado *pro labore facto*. Daí por que se incorpora automaticamente ao vencimento e o acompanha na disponibilidade e na aposentadoria.

O adicional de função apresenta-se como vantagem pecuniária *ex facto officii*, ligada a determinados cargos ou funções que, para serem bem desempenhados, exigem um regime especial de trabalho, uma particular dedicação ou uma especial habilitação de seus titulares. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, em que o serviço refoge da rotina burocrática, por seu caráter técnico, didático ou científico, passando a exigir maior jornada de trabalho, maior atenção do servidor ou maior especialização profissional, a Administração recompensa pecuniariamente os funcionários que o realizam, pagando-lhes um adicional de função enquanto desempenham o cargo nas condições estabelecidas pelo Poder Público.

Nesta categoria entram os adicionais de tempo integral, de dedicação plena e nível universitário.

Comumente, o estatuto estabelece um período de carência para que o adicional de função se incorpore ao vencimento, cautela muito conveniente, a fim de que a Administração obtenha uma relativa continuidade nos trabalhos empreendidos por seus técnicos, professores e pesquisadores e, por outro lado, para que o acréscimo estipendiário não venha a integrar o vencimento dos inconstantes no serviço, nem se preste a majoração de proventos daqueles que às vésperas da aposentadoria ingressem no regime de tempo integral ou no de dedicação plena ou passem a exercer cargos ou funções de nível universitário.

O adicional de dedicação plena tem natureza similar à do de tempo integral, visto que ambos resultam de regimes especiais de trabalho, exigidos por determinadas atividades do magistério e pesquisa, próprias das Universidades e Institutos científicos.

A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que, neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatível com o da dedicação plena. No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um, desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a Advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares.

Gratificações são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos servidores que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço), ou concedidas como ajuda aos servidores que reúnam as condições pessoais que a lei especifica (gratificações especiais). As gratificações - de serviço ou pessoais não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias,

que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção.

Vejam as duas modalidades em que se apresentam na Administração Pública: gratificação de serviço e gratificação pessoal.

Gratificação de serviço (*propter laborem*) é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, as que a Administração paga pelos trabalhos realizados com risco de vida e saúde; pelos serviços extraordinários; pelo exercício do Magistério; pela representação de gabinete; pelo exercício em determinadas zonas ou locais; pela execução de trabalho técnico ou científico não decorrente do cargo; pela participação em banca examinadora ou comissão de estudo ou de concurso; pela transferência de sede (ajuda de custo); pela prestação de serviço fora da sede (diárias).

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos ou motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.

Dentre as gratificações de serviço merece algumas considerações, por sua novidade e generalidade no serviço público, a que se paga aos servidores que executam trabalho com risco de vida ou saúde.

A gratificação por risco de vida ou saúde é uma vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução do serviço. Não é uma retribuição genérica pela função desempenhada pelo servidor; é uma compensação específica pelo trabalho realizado em condições potencialmente nocivas para o servidor. O que se compensa com esta gratificação é o risco, ou seja, a possibilidade de dano à vida ou à saúde daqueles que executam determinados trabalhos classificados pela Administração como perigosos. Daí por que tal gratificação só é auferível enquanto o servidor estiver executando o trabalho beneficiado com essa vantagem.

Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la.

Gratificação pessoal, ou, mais precisamente, gratificação em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*), é toda aquela que se concede em face de fatos ou situações individuais do servidor, tais como a existência de filhos menores ou dependentes incapacitados para o trabalho (salário-família) e outras circunstâncias peculiares do benefício. Tais gratificações não decorrem de tempo de serviço, nem do desempenho de determinada função, nem da execução de trabalhos especiais, mas, sim, da ocorrência de fatos ou situações individuais ou familiares previstas em lei. Daí por que podem ser auferidas independentemente do exercício do cargo, bastando que persista a relação de emprego entre o beneficiário e a Administração, como ocorre com os que se encontram em disponibilidade ou na aposentadoria.

O salário-família é uma típica gratificação pessoal, pois é concedido aos servidores em exercício ou em inatividade, desde que apresentem as condições familiares estabelecidas na lei respectiva. Essa gratificação não deflui do serviço público, nem lhe é



privativa, mas encontra justificativa no interesse do Estado em amparar os servidores que tenham maiores encargos pessoais para a manutenção de filhos menores ou de dependentes incapacitados para o trabalho.

A Constituição de 1988 acrescentou dentre os direitos dos servidores públicos, civis e militares, a licença-gestante e licença-paternidade (arts. 39, § 2º, e 42, § 11), as quais, embora não sejam tipicamente vantagens pecuniárias, assumem esse caráter, por serem remunerados os períodos de afastamento do trabalho.

## **9. Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos agentes públicos ( Meios de punição; Seqüestro e perdimento dos bens; Enriquecimento ilícito; Abuso de autoridade )**

Os servidores públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, podem cometer infrações de três ordens: administrativa, civil e criminal. Por essas infrações deverão ser responsabilizados no âmbito interno da administração e perante a Justiça Comum.

A responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados.

No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações.

Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal.

A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente.

A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao servidor antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque o ilícito administrativo independe do ilícito penal. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor.

O que a Administração não pode é aplicar punições arbitrárias, isto é, que não estejam legalmente previstas. Desde já deixamos esclarecido que tais atos exigem fiel observância da lei para sua prática e impõem à Administração o dever de motivá-los, isto é, de demonstrar sua conformidade com os dispositivos em que se baseiam. O necessário é que a Administração Pública, ao punir seu servidor, demonstre a legalidade da punição. Feito isso, ficará justificado o ato, e resguardado de revisão judicial, visto que ao Judiciário só é permitido examinar o aspecto da legalidade do ato administrativo, não podendo adentrar os motivos de conveniência, oportunidade ou justiça das medidas da competência específica do Executivo.

A extinção da pena administrativa dá-se normalmente pelo seu cumprimento, e excepcionalmente pela prescrição e pelo perdão por parte da Administração. O cumprimento da pena exaure a sanção; a prescrição extingue a punibilidade, com a fluência do prazo fixado em lei, ou, na sua omissão, pelo da norma criminal correspondente; o perdão da pena é ato de clemência da Administração e só por ela pode ser concedido em caráter geral (a que se denomina, impropriamente, "anistia administrativa"), ou em cada caso, sempre por atuação do Executivo que aplicou a sanção. Não pode o Legislativo conceder "anistia administrativa" por lei de sua iniciativa, porque isto importaria cancelamento de ato do Executivo por norma legislativa, o que é vedado pelo nosso sistema constitucional (art. 2º). Observamos que a pena expulsiva (demissão) é insuscetível de extinção, porque todos os seus efeitos se consumam no ato de sua imposição, fazendo cessar o vínculo funcional com a Administração.

A responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização. Essa responsabilidade (civil) é independente das demais (administrativa e criminal) e se apura na forma do Direito Privado, perante a Justiça Comum.

A Administração não pode isentar de responsabilidade civil a seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu dever zelar pela integridade desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor. Daí por que a parte final do § 6º do art. 37 da CF impõe a responsabilização do agente causador do dano somente quando agir com culpa ou dolo, excluindo, portanto, a responsabilidade objetiva, que é unicamente da Administração perante a vítima.

A responsabilização de que cuida a Constituição é a civil, visto que a administrativa decorre da situação estatutária e a penal está prevista no respectivo Código, em capítulo dedicado aos crimes funcionais (arts. 312 a 327). Essas três responsabilidades são independentes e podem ser apuradas conjunta ou separadamente. A condenação criminal implica, entretanto, o reconhecimento automático das duas outras, porque o ilícito penal é mais que o ilícito administrativo e o ilícito civil. Assim sendo, a condenação criminal por um delito funcional importa o reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil, mas a absolvição no crime nem sempre isenta o servidor destas responsabilidades, porque pode não haver ilícito penal e existir ilícitos administrativo e civil.

A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e civil quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao servidor, dada a independência das três jurisdições. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil do servidor público, que pode, assim, ser punido administrativamente e responsabilizado civilmente.

Culpa e dolo são conceitos diversos. A culpa verifica-se na ação ou omissão lesiva, resultante de imprudência, negligência ou imperícia do agente; o dolo ocorre quando o agente deseja a ação ou omissão lesiva ou assume o risco de produzi-la. Um exemplo distinguirá bem as duas situações: se um motorista propositadamente atropelar um transeunte, desejando matar ou ferir, cometerá um crime doloso; se o mesmo motorista atropelar um mesmo transeunte sem o querer, mas com imprudência, imperícia ou negligência, terá cometido um crime culposo. A diferença entre os dois ilícitos é subjetiva: varia segundo a conduta do agente. Assim, se o servidor causar prejuízo à Administração por negligência, imperícia ou imprudência na sua conduta, ficará sujeito à responsabilização civil e administrativa, mas pode não ficar sujeito à responsabilização penal, se não cometeu nenhum ilícito criminal. A culpa é menos que o dolo,

como os ilícitos administrativo e civil são menos que o ilícito penal, e, por isso, pode haver responsabilidade civil e administrativa sem haver responsabilidade criminal, mas não pode haver responsabilidade penal sem responsabilidade administrativa e civil.

Essencial para existência da responsabilidade civil é que o ato culposo do servidor cause dano patrimonial à Administração. Sem a ocorrência de dano patrimonial não há fundamento para a responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material, pecuniária, da Administração.

A comprovação do dano e da culpa do servidor é comumente feita através do processo administrativo, findo o qual a autoridade competente lhe impõe a obrigação de repará-lo, através de indenização em dinheiro, indicando a forma de pagamento. Os estatutos costumam exigir a reposição de uma só vez quando o prejuízo decorrer de alcance, desfalque, remissão ou omissão de recolhimento ou entrada no prazo devido, admitindo para os demais casos o desconto em folha, em bases módicas, geralmente não mais de 10% do vencimento do responsável.

Esse procedimento é válido inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais, quer propondo ação de indenização contra o servidor, quer executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão da dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos).

A responsabilização civil de servidor por danos causados a terceiros no exercício de suas atividades funcionais depende da comprovação de sua culpa em ação regressiva proposta pela pessoa jurídica de Direito Público depois de condenada à reparação (CF, art. 37, § 6º). É óbvio que o servidor pode ter interesse em intervir na ação, principalmente para assegurar o justo valor da indenização, devendo fazê-lo na qualidade de assistente voluntário, e nunca como litisconsorte necessário (CPC, art. 75, I), situação que lhe permite, entre outras coisas, confessar os fatos alegados pelo autor (art. 75, III), prejudicando a defesa da Administração e obrigando-a a uma indenização nem sempre devida, sem possibilidade, na maioria das vezes, de ressarcir-se.

A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais, definidos em lei federal. O ilícito penal sujeita o servidor a responder a processo crime e a suportar os efeitos legais da condenação (CP, arts. 91 e 92).

A maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida no CP, em seus arts. 312 a 327, mas nada impede que lei especial federal estabeleça outras infrações, visando a proteger determinados interesses administrativos. O Estado-membro e o Município é que não podem legislar sobre crimes funcionais, porque tal matéria é de Direito Penal e constitui reserva constitucional da União (CF, art. 22, I).

Considera-se servidor público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidade estatal, autárquica ou paraestatal (CP, art. 327).

O processo dos crimes funcionais previstos no Código Penal e em leis esparsas obedece ao rito estabelecido nos arts. 513 a 518 do CPP, ficando o réu, desde o indiciamento, sujeito ao seqüestro de bens, a requerimento do Ministério Público, quando houver prejuízo para a Fazenda Pública (Dec.-lei 3.240/41). Para os crimes de abuso de autoridade o processo é o previsto nos arts. 12 a 28 da Lei 4.898/65.

Além dos crimes funcionais comuns, nos quais pode incidir qualquer servidor público, há, ainda, os crimes de responsabilidade dos agentes políticos (Chefes do

Executivo federal, estadual e municipal, Ministros do Estado e do STF, Procurador-Geral da República e Secretários de Estado), capitulados na Lei 1.079, de 10.4.50, que regula o impeachment a ser aplicado como penalidade político-administrativa, sem prejuízo da ação penal, e no Dec.lei 201, de 27.2.67 (para os Prefeitos).

Todos os crimes funcionais e os de responsabilidade são delitos de ação pública, o que permite a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público. Para os crimes de abuso de autoridade a Lei 4.898/65 condicionava a denúncia do Ministério Público a representação do ofendido (art. 12), mas a Lei 5.249, de 9.2.67, praticamente dispensou este requisito ao dispor que a falta de representação "não obsta a iniciativa ou o curso da ação" (art. 1º).

A responsabilização e a punição dos servidores públicos fazem-se por meios internos e externos. Aqueles abrangem o processo administrativo disciplinar e os meios sumários; estes compreendem os processos judiciais, civis e criminais. Os meios internos, como o nome está indicando, desenvolvem-se e se exaurem no âmbito da própria Administração; os meios externos ficam a cargo exclusivo do Poder Judiciário e se realizam como prestações jurisdicionais comuns, quando requeridas pela Administração (ações civis) ou pelo Ministério Público (ações criminais). Ao Direito Administrativo só interessam os meios internos como formas específicas de proteção ao serviço público e de repressão às infrações funcionais dos servidores.

Conforme a gravidade da infração a apurar e da pena a aplicar, a Administração disporá do meio de responsabilização adequado, que vai desde o processo administrativo disciplinar até apuração sumária da falta, através de simples sindicância, ou mesmo pela verdade sabida, mas, em qualquer hipótese, com a garantia de ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Para a demissão dos vitalícios, entretanto, o meio único é o processo judicial (CF, arts. 95, I, e 128, § 5º, I, "a"); para os estáveis poderá ser utilizado o processo administrativo disciplinar (CF, art. 41, § 1º) e para os instáveis bastará a sindicância, despida de maiores formalidades, desde que por ela se demonstre a falta ensejadora da pena demissória. Em qualquer caso, porém, é necessário que se faculte ao processado ou ao sindicado a possibilidade de ampla defesa.

Por ampla defesa deve-se entender a vista do processo ou da sindicância ao servidor acusado, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. Essa defesa poderá ser feita pessoalmente pelo servidor ou por advogado regularmente constituído, sem que os autos saiam da repartição em que tramitam. Não se exigem para a punição disciplinar os rigores do processo criminal, nem do contraditório da ação penal, mas é necessário que se conceda ao acusado oportunidade de ilidir a acusação. Sem esta possibilidade de defesa a punição administrativa é nula, por afrontar uma garantia constitucional (CF, art. 5º, LV).

O seqüestro e o perdimento de bens são cabíveis contra os servidores que enriqueceram ilicitamente com o produto de crime contra a Administração, ou por influência ou com abuso de cargo, função ou emprego público. O seqüestro é providência cautelar, enquanto que o perdimento é medida definitiva, respaldada no art. 5º, XLV, da CF, que resulta do reconhecimento da ilicitude do enriquecimento do servidor. O perdimento, quando não decorre de sentença criminal condenatória (CP, art. 74, II), pode ser declarado judicialmente, através de procedimento próprio.

O seqüestro dos bens adquiridos pelo indiciado com o produto da infração penal está genericamente disciplinado no CPP, arts. 125 a 144. Todavia, quando a vítima é a Fazenda Pública, o procedimento é o previsto no Dec.-lei 3.240, de 8.5.41, expressamente

revigorado pelo Dec.-lei 359/68 (art. 11). Nesse caso, é requerido pelo Ministério Público, por representação da autoridade policial ou da administrativa, dependendo sua subsistência da instauração da ação penal no prazo de noventa dias (arts. 6º, I, e 2º, § 1º). O seqüestro é cabível, também, como medida preliminar, nos processos de perdimento, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada (art. 16 da Lei 8.429/92). O pedido pode incluir, ainda, a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no Exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 16, § 2º). É evidente que tais medidas podem envolver contas e aplicações existentes no território nacional.

O perdimento dos bens que constituem produto de crime ou proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, em favor da União, é um dos efeitos da condenação, nos termos do art. 91, II, "b", do CP. Por isso mesmo, na hipótese de crime comum, a Administração interessada deverá promover o seqüestro, na forma do Dec.-lei 3.240/41, a fim de garantir o ressarcimento com os referidos bens.

Em qualquer hipótese, porém, é cabível ação autônoma visando à decretação da perda dos bens.

Enriquecimento ilícito, no que tange a servidores públicos, é o que decorre da prática de crime contra a Administração definido no CP, arts. 312 a 327.

Fora do campo penal, a Lei 8.429/92, já referida, classifica e define os atos de improbidade administrativa em três espécies: a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causam prejuízo ao Erário (art. 10) e; c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Para as três espécies, independentemente de outras sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, a lei sujeita o responsável pelo ato de improbidade às cominações previstas no art. 12, incisos I, para a primeira espécie, II, para a segunda, e III, para a terceira. Conforme o caso, as cominações podem ser: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, cabendo ao Judiciário aplicá-las, levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único).

Dentre os diversos atos de improbidade administrativa, exemplificados nessa lei, o de "adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público" (art. 9º, VII) merece destaque, dado seu notável alcance, pois inverte o ônus da prova, sempre difícil para o autor da ação em casos como o descrito pela norma. Nessa hipótese, quando desproporcional, o enriquecimento ilícito é presumido, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição.

Para os fins previstos na Lei 8.429/92, reputa-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em entidades da Administração direta, indireta ou fundacional ou de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual (art. 2º, c/c o art. 1º).

Os responsáveis por atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção ou qualquer benefício do Poder Público ou para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% também estão sujeitos às penalidades dessa lei (art. 2º, parágrafo único).

O abuso de autoridade, definido na Lei 4.898, de 9.12.65, alterada pela Lei 6.657, de 5.6.79, sujeita o agente público federal, estadual ou municipal à tríplice responsabilidade civil, administrativa e penal.

A apuração da responsabilidade civil faz-se por ação ordinária, perante a Justiça Comum federal ou estadual, conforme seja a autoridade. A responsabilidade administrativa e a penal apuram-se através dos processos especiais estabelecidos pela própria lei, mediante representação da vítima à autoridade superior ou ao Ministério Público competente para a ação criminal.

Os abusos de autoridade puníveis nos termos dessa lei são somente os indicados em seus arts. 3º e 4º, relativos à liberdade individual, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e aos direitos de locomoção, de culto, de crença, de consciência, de voto e de reunião, bem como os concernentes à incolumidade física do indivíduo.

Para os efeitos dessa lei, considera-se autoridade todo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração.

As penas por abuso de autoridade vão desde a advertência administrativa até a demissão, e no processo penal escalonam-se em multa, detenção, perda do cargo e inabilitação para função pública, aplicadas isolada ou cumulativamente.

Os procedimentos decorrentes dessa lei são autônomos em relação à responsabilização civil e administrativa da própria Administração, visto que o legislador deu legitimidade às vítimas para chamarem a juízo diretamente seus ofensores. Isto não impede, entretanto, que a Administração tome a iniciativa da ação regressiva prevista no art. 37, § 6º, da CF, independentemente de qualquer representação do ofendido (Lei 4.619, de 28.4.65).

## **10. Decreto lei 201, de 27.02.67**

O decreto lei 201, de 27.2.67, dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores quanto a crimes cometidos na investidura de seus cargos.

Deve-se, inicialmente levar em consideração o art. 29 da CF 88, em seu inciso VIII em que está previsto o princípio da inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município. Repita-se, para boa compreensão: no exercício do mandato.

Voltando ao Dec.lei 201, em seu art. 1º: “São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos;

VII - deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;

VIII - contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara ou em desacordo com a lei;

IX - conceder empréstimos, auxílios ou subvenções sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;

X - alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;

XI - adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

XII - antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário;

XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;

XIV - negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, a autoridade competente;

XV - deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais dentro do prazo estabelecido em lei.”

Neste rol estão os crimes definidos em lei que os prefeitos e vereadores poderão até mesmo perder seus cargos, desde que condenados definitivamente. Outra sanção é a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação.

E ainda está sujeito à reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular, conforme visto quando abordamos a responsabilidade civil dos agentes públicos e seus meios de punição.

Todos os crimes definidos neste Dec.lei são de ordem pública.

Quanto à punição, a apropriação de bens ou rendas públicas, ou desvio em proveito próprio ou alheio pode acarretar a reclusão de dois a doze anos, assim como, incorrem na mesma penalidade a utilização indevida, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos.

Os demais crimes previstos no art. 1º do Dec.lei 201, nos incisos de III a XV serão os agentes administrativos condenados à pena de detenção, de três meses a três anos.

## **11. Lei 8.429, de 2.6.92**

A lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade dos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito quando do exercício de mandato, cargo, emprego ou função na

administração pública direta, indireta ou fundacional, dispondo sobre a as sanções aplicáveis a estes agentes.

Os agentes públicos mencionados nesta lei são todos aqueles, servidores ou não, que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou outra qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios, Territórios, empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

Todos estes agentes públicos estão sujeitos às penalidades da lei 8.429/92 quando da prática de atos de improbidade contra as referidas entidades. Porém, neste rol de entidades devem ser incluídas também aquelas que receberem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial a repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Deve-se considerar também que as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

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 lhes são afetos.

Vale mencionar que o ressarcimento do dano deverá ser integral quando ocorrer lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, acima referido. Inclusive, no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

A autoridade administrativa, responsável pelo inquérito administrativo, deverá representar ao MP, para a indisponibilidade dos bens do indiciado, desde que o ato de improbidade cause lesão ao patrimônio público ou enseje enriquecimento ilícito. Esta indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

No caso de falecimento do agente administrativo ou daquele terceiro que lesar o patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente, o seu sucessor está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança.

Os atos de improbidade administrativa podem ser de três formas: a) aqueles que importam enriquecimento ilícito; b) aqueles que causam prejuízos ao erário público; c) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública. Vamos conceituá-los separadamente, bem como, de acordo com a redação da Lei apresentar suas características, começando pelos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.

De acordo com o art. 9º, “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;



II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou a renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido, ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.”

Vamos agora falar sobre os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Veja a redação do art. 10:

“Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis a espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.”

Como se percebe claramente os artigos 9º e 10 são verdadeiros conceitos das diversas formas de atos de improbidade administrativa, assim como o art. 11 fala dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Veja sua redação:

Art. 11: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

Para cada forma dos atos de improbidade administrativa cabe uma penalidade específica da lei 8.429/92, além das sanções penais, civis e administrativas previstas em lei e já estudadas.

Na hipótese do enriquecimento ilícito o responsável pelo ato de improbidade está sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do

acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

No caso da prática dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, o agente administrativo está sujeito às seguintes cominações: ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja, sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

A terceira hipótese de cominação de pena ocorre para os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública e são o ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

O juiz, quando da fixação das penas acima relacionadas, deve-se levar em conta a extensão do dano causado, assim como proveito patrimonial obtido pelo agente.

A lei se cerca de várias formas para evitar que o seu agente administrativo possa desvirtuar-se pelo caminho da ilicitude e assim, a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente. O Dec. 978/93 regulamenta a forma da apresentação desta declaração de bens.

Esta declaração deverá conter os bens imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior. Deve-se observar para fato de que, quando for o caso, esta declaração deverá conter também os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

Outra característica desta declaração é o fato de que ela deverá ser atualizada anualmente e, quando o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, deverá apresentá-la novamente.

A punição para o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa, será a demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Porém, é lícito ao agente público apresentar cópia da declaração anual de bens que é entregue na Receita Federal quando de sua declaração do Imposto sobre Rendas e Proventos de qualquer natureza.

Vamos agora fazer algumas considerações sobre o procedimento administrativo e sobre o processo judicial.

Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Esta representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

Não contendo as formalidades acima estabelecidas, a autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado. Mas esta rejeição não

impede a representação ao Ministério Público. Porém, tal representação deverá conter as formalidades estabelecidas em lei.

Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 e 182 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Imediatamente, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. Assim, o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. Este requerimento não poderá ser negado pela autoridade administrativa.

O Ministério Público e o Tribunal de Contas poderão ter interesse no acompanhamento do processo administrativo, devendo comunicar à autoridade processante seu interesse em acompanhar o processo, por meio de ofício.

Inclusive, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. Tal pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, podendo estender tal pedido para incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

A norma permite a investigação ampla do MP, não mais existindo o sigilo legal bancário para as requisições dos defensores do patrimônio público e social.

Após o pedido de seqüestro dos bens e a efetivação da medida cautelar, dentro de 30 (trinta) dias será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, a ação principal. Esta ação principal terá o rito ordinário.

O prazo de 30 (trinta) dias somente deve ser observado quando houver precedente ação cautelar de seqüestro. Trata-se de prazo meramente indicativo que, se não cumprido, pode tornar ineficaz o seqüestro anteriormente deferido. Caso não seja ajuizada a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, nem por isso há perecimento do direito de indenização contra o causador do dano ao patrimônio público e social.

A lei é clara e veda qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação nestas ações. A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público. No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber o disposto no § 3º do art. 6º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

Vale dizer que o MP, se não intervier no processo como parte, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

O juiz, ao prolatar a sentença julgando procedente a ação civil de reparação de dano ou decretando a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Pode, no entanto, ocorrer a denúncia falsa quanto a ato de improbidade de agente público ou terceiro beneficiário. Quando o autor desta denúncia sabe que o agente público ou o terceiro beneficiário são inocentes e ainda assim faz a representação, este autor será apenado com detenção de 6 (seis) a 10 (dez) meses e multa.

Além desta sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou a imagem que houver provocado.

Vale lembrar que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária a instrução processual.

Também, deve-se levar em conta que a aplicação das sanções previstas nesta Lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; assim como independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Para finalizar, vamos falar da prescrição. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

## **12. Organização administrativa brasileira**

A organização administrativa mantém estreita correlação com a estrutura do Estado e a forma de governo adotadas em cada país. Sendo o Brasil uma Federação, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), em que se assegura autonomia político-administrativa aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (arts. 18, 25 e 29), sua administração há de corresponder, estruturalmente, a esses postulados constitucionais.

Daí a partilha de atribuições entre a União, os Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios, numa descentralização territorial em três níveis de governo - federal, estadual e municipal cabendo, em cada um deles, o comando da administração ao respectivo Chefe do Executivo - Presidente da República, Governador e Prefeito.

A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município exercitam os poderes que lhes são conferidos explícita ou implicitamente pela Constituição da República dentro das respectivas áreas de atuação - o território nacional, o estadual e o municipal - mediante aparelhamento próprio, que deve ser convenientemente estruturado para o perfeito atendimento das necessidades do serviço público. A organização das Administrações estadual e municipal segue, em linhas gerais, a da federal, por força de mandamento constitucional (arts. 18, 25 e 29).

O Dec.-lei 200/67 não é propriamente uma lei orgânica, pois não estabelece a estrutura da Administração. O seu objetivo principal e imediato é a fixação de diretrizes e princípios que propiciem funcionalidade e dinamicidade à Administração federal, devendo sua estruturação ser realizada por etapas, em conformidade com esses princípios e diretrizes, através de decretos do Poder Executivo, reorganizando-a, reestruturando-a, definindo competência, revendo o funcionamento de determinados órgãos e estabelecendo outras providências necessárias a efetiva implantação da reforma delineada (arts. 145 e 146). Por essa razão, após classificá-la em direta e indireta, limita-se o Dec.-lei 200/67 a estabelecer a estrutura básica da Administração direta em alguns poucos dispositivos, reservando os demais para a grande remodelação em profundidade do serviço público federal, à qual vimos assistindo desde a sua expedição.

Sob o aspecto formal, a norma em exame deixa muito a desejar, principalmente no tocante à sistemática, pouco lógica, e à conceituação, muitas vezes imprecisa e juridicamente incorreta. Todavia, seu conteúdo, pela modernidade das diretrizes e princípios adotados, em consonância com as novas técnicas do serviço público recomendadas pela doutrina contemporânea, poderá conduzir à racionalização, simplificação e aperfeiçoamento da Administração, desde que o Governo atue com a imprescindível energia para superar os muitos obstáculos opostos pelo tradicionalismo burocrático que ainda domina e emperra nossa máquina administrativa. Perseguindo esse objetivo, foi editado o Dec. 99.179, de 15.3.90, que instituiu o Programa Federal de Desregulamentação, "com a finalidade de fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades dos indivíduos, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal e sejam satisfatoriamente atendidos os usuários desses serviços" (art. 1º).

Recentemente, pela Lei 8.490, de 19.11.92, a estrutura da Administração Federal sofreu sensíveis modificações na parte referente à Presidência da República e aos Ministérios.

O Estatuto da Reforma Administrativa (Dec.-lei 200/67) classificou a Administração federal em direta e indireta, constituindo a primeira "dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios" (art. 4º, I), o que está ratificado, em outros termos, pelos arts. 15 e 29 da Lei 8.490/92. Quanto à indireta, apenas indica as categorias de entidades nela compreendidas, esclarecendo que são dotadas de personalidade jurídica própria e vinculadas ao Ministério em cuja área de competência se enquadrar sua principal atividade, gozando, entretanto, de autonomia administrativa e financeira (arts. 4º, II, e § 1º, e 5º, I a III, do Dec.-lei 200/67 e 29 da Lei 8.490/92, que, neste artigo e no art. 15, faz expressa referência àquele decreto-lei). Daí podermos dizer que, nos termos do Dec.-lei 200/67, a Administração indireta é a constituída dos serviços atribuídos a pessoas jurídicas diversas da União, públicas (autarquias) ou privadas (empresas públicas e sociedades de economia mista), vinculadas a um Ministério, mas administrativa e financeiramente autônomas.

Observamos que a Administração Pública não é propriamente constituída de serviços, mas, sim, de órgãos a serviço do Estado, na gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, o que nos permite concluir, com mais precisão, que, no âmbito federal, a Administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura administrativa da União e a Administração indireta é o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público. Sob o aspecto funcional ou operacional, administração pública direta é a efetivada imediatamente pela União, através de seus órgãos próprios, e indireta é a realizada mediatamente, por meio dos entes a ela vinculados.

As pessoas jurídicas que integram a Administração indireta da União - autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista - apresentam três pontos em comum: criação por lei específica, personalidade jurídica e patrimônio próprio. A autarquia, pessoa jurídica de Direito Público, realiza um serviço destacado da Administração direta, exercendo, assim, atividades típicas da Administração Pública; a fundação pública, também pessoa jurídica de Direito Público, realiza atividades apenas de interesse público; a empresa pública, pessoa jurídica de Direito Privado, revestindo qualquer das formas admitidas em Direito, com capital exclusivo da União, tem por finalidade a exploração de atividade econômica por força de contingência ou de conveniência administrativa; a sociedade de economia mista, pessoa jurídica de Direito Privado, constituída sob a forma de sociedade anônima e sob o controle majoritário da União ou de outra entidade da Administração indireta, tem também por

objetivo a exploração de atividade econômica, independentemente das circunstâncias que justificam a criação de empresa pública (Dec.-lei 200, art. 5º).

A autarquia distingue-se dos demais entes da Administração indireta quanto à sua natureza jurídica, por ser pessoa de Direito Público, e quanto ao seu objeto, por exercitar atividades típicas da Administração Pública, enquanto esses últimos são de Direito Privado e desempenham atividades atípicas; a empresa pública diferencia-se da sociedade de economia mista por poder constituir-se sob qualquer modalidade de sociedade comercial e por pertencer seu capital, em princípio, exclusivamente à União, que, de qualquer modo, sempre detém a maioria do capital votante, ao passo que a sociedade de economia mista é sempre sociedade anônima e admite a participação minoritária de outras pessoas, físicas ou jurídicas, de Direito Público ou Privado, no seu capital, bem como o controle majoritário de outro ente da Administração indireta, salvo quando exerça atividade em regime de monopólio estatal.

O legislador procurou garantir a autonomia dessas entidades através de normas impeditivas de sua burocratização, de modo a lhes conceder ampla liberdade de ação na consecução de seus fins. Assim é que as considera vinculadas, e não subordinadas, aos respectivos Ministérios, ao mesmo tempo que opõe limites à supervisão ministerial, que não poderá ferir mas deverá assegurar sua autonomia administrativa, operacional e financeira (arts. 4º, § 1º, e 26, IV).

A vinculação das entidades da Administração indireta aos Ministérios traduz-se pela supervisão ministerial, que tem por objetivos principais a verificação dos resultados, a harmonização de suas atividades com a política e a programação do Governo, a eficiência de sua gestão e a manutenção de sua autonomia administrativa, operacional e financeira.

A Constituição da República deu às fundações públicas um tratamento muito semelhante ao das autarquias, o que nos leva a admiti-las, agora, como entes de Direito Público, integrantes da Administração Pública indireta. Assim, toda fundação instituída, mantida ou subvencionada pelo Poder Público é fundação pública.

Integram, ainda, a Administração Pública indireta os serviços sociais autônomos, instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para prestar assistência ou ministrar ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São exemplos desses serviços o SESI, o SENAI, o SESC etc., que denominamos, genericamente, entes de cooperação.

A Reforma Administrativa de 1967 (Dec.-lei 200/67, art. 6º) estabeleceu os princípios fundamentais, com a preocupação maior de diminuir o tamanho da máquina estatal, simplificar os procedimentos administrativos e, conseqüentemente, reduzir as despesas causadoras do déficit público. Para a obtenção desse fim foram editados decretos e leis, visando à extinção e privatização de órgãos e de entidades da Administração federal, instituindo nova sistemática monetária e tributária e reorganizando a Presidência da República e os Ministérios.

Estudaremos sucintamente cada um dos princípios que continuam orientando a Administração Pública federal, a saber: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

A finalidade precípua da Administração é a promoção do bem-estar social, que a Constituição traduz na elaboração e execução de "planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social".

Bem-estar social é o bem comum da coletividade, expresso na satisfação de suas necessidades fundamentais.

Desenvolvimento é prosperidade. Prosperidade econômica e social; prosperidade material e espiritual; prosperidade individual e coletiva; prosperidade do Estado e

de seus membros; prosperidade global, enfim. Diante dessa realidade, podemos conceituar o desenvolvimento nacional como o permanente aprimoramento dos meios essenciais à sobrevivência dos indivíduos e do Estado, visando ao bem-estar de todos e ao conforto de cada um na comunidade em que vivemos. Assim, o desenvolvimento nacional é obtido pelo aperfeiçoamento ininterrupto da ordem social, econômica e jurídica; pela melhoria da educação; pelo aumento da riqueza pública e particular; pela preservação dos direitos e garantias individuais; pelo aprimoramento das instituições; pela manutenção da ordem interna; e pela afirmação da Soberania Nacional. Todavia, esses objetivos não podem ser deixados ao acaso e, para sua consecução, necessitam da tranqüilidade que advém da segurança interna e externa.

Planejamento é o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos. Na elaboração do plano geral, bem como na coordenação, revisão e consolidação dos programas setoriais e regionais, de competência dos Ministros de Estado nas respectivas áreas de atuação, o Presidente da República é assessorado pelo Conselho de Governo. Toda a atividade da Administração federal deve ajustar-se à programação aprovada pelo Presidente da República e ao orçamento-programa, vedando-se a assunção de compromissos financeiros em discordância com a programação financeira de desembolso.

Segurança nacional, atualmente denominada defesa nacional pela Constituição de 1988 (art. 21, III), é a situação de garantia individual, social e institucional que o Estado assegura a toda a Nação para a perene tranqüilidade de seu povo, pleno exercício dos direitos e realização dos objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente.

Os assuntos relacionados com a defesa nacional competem aos Conselhos da República e de Defesa Nacional (CF, arts. 89 a 91).

O princípio da coordenação visa a entrosar as atividades da Administração, de modo a evitar a duplicidade de atuação, a dispersão de recursos, a divergência de soluções e outros males característicos da burocracia. Coordenar é, portanto, harmonizar todas as atividades da Administração, submetendo-as ao que foi planejado e poupando-a de desperdícios, em qualquer de suas modalidades.

De aplicação permanente, a coordenação impõe-se a todos os níveis da Administração, através das chefias individuais, de reuniões de que participem as chefias subordinadas e de comissões de coordenação em cada nível administrativo. Na Administração superior a coordenação é, agora, da competência da Secretaria-Geral da Presidência da República, nos termos do art. 39, II, do Dec. 99.180, de 15.3.90.

Como corolário do princípio da coordenação, nenhum assunto poderá ser submetido à decisão presidencial ou de qualquer outra autoridade administrativa competente sem ter sido previamente coordenado, isto é, sem ter passado pelo crivo de todos os setores nele interessados, através de consultas e entendimentos que propiciem soluções integrais e em sincronia com a política geral e setorial do Governo.

A fim de evitar a duplicação de esforços e de investimentos na mesma área geográfica, admite-se a coordenação até mesmo com órgãos das Administrações estadual e municipal que exerçam atividades idênticas às dos federais, desde que seja inviável a delegação de atribuições àqueles órgãos.

Descentralizar, em sentido comum, é afastar do centro; descentralizar, em sentido jurídico-administrativo, é atribuir a outrem poderes da Administração. O detentor dos poderes da Administração é o Estado, pessoa única, embora constituída dos vários órgãos que integram sua estrutura. Despersonalizados, esses órgãos não agem em nome próprio, mas no do



Estado, de que são instrumentos indispensáveis ao exercício de suas funções e atividades típicas. A descentralização administrativa pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública. O ente descentralizado age por outorga do serviço ou atividade, ou por delegação de sua execução, mas sempre em nome próprio.

Diversa da descentralização é a desconcentração administrativa, que significa repartição de funções entre os vários órgãos (despersonalizados) de uma mesma Administração, sem quebra de hierarquia. Na descentralização a execução de atividades ou a prestação de serviços pelo Estado é indireta e mediata; na desconcentração é direta e imediata.

Ao lado da descentralização e da desconcentração ocorrem também, como técnicas de descongestionamento administrativo, a delegação (de execução de serviço ou de competência) e a execução indireta, as quais, conforme suas características, ora se aproximam da descentralização, ora da desconcentração. Todavia, delas diferem principalmente porque são efetivadas através de atos administrativos, mediante previsão legal, enquanto a descentralização e a desconcentração realizam-se, normalmente, por lei.

A desconcentração administrativa opera desde logo pela distinção entre os níveis de direção e execução. No nível de direção situam-se os serviços que, em cada órgão da Administração, integram sua estrutura central de direção, competindo-lhe primordialmente as atividades relacionadas com o planejamento, a supervisão, a coordenação e o controle, bem como o estabelecimento de normas, critérios, programas e princípios a serem observados pelos órgãos enquadrados no nível de execução. A esses últimos cabem as tarefas de mera rotina, inclusive as de formalização de atos administrativos e, em regra, de decisão de casos individuais, principalmente quando localizados na periferia da Administração e em maior contato com os fatos e com os administrados. Como bem observa Nazaré Teixeira Dias, a desconcentração administrativa traduz "a orientação geral da Reforma no sentido de prestigiar a ação dos órgãos de periferia, facilitar seu funcionamento e repor a estrutura central de direção superior no plano que lhe cabe, liberando-a da massa de papéis, impeditiva de sua atividade de cúpula".

A delegação da prestação de serviço público ou de utilidade pública pode ser feita a particular - pessoa física ou jurídica - que tenha condições para bem realizá-lo, sempre através de licitação, sob regime de concessão ou permissão (CF, art. 175). Esses serviços também podem ser executados por pessoa administrativa, mediante convênio ou consórcio (CF, art. 23, parágrafo único). Os signatários dos convênios ficam sujeitos ao poder normativo, fiscalizador e controlador dos órgãos federais competentes, dependendo a liberação dos recursos do fiel cumprimento dos programas e das cláusulas do ajuste.

A execução indireta das obras e serviços da Administração, mediante contratos com particulares, pessoas físicas ou jurídicas, tem por finalidade aliviá-la das tarefas executivas, garantindo, assim, a melhor realização das suas atividades específicas (planejamento, coordenação, supervisão e controle), bem como evitar o desmesurado crescimento da máquina administrativa. É estimulada e aconselhada sempre que, na área de atuação do órgão interessado, a iniciativa privada esteja suficientemente desenvolvida e capacitada para executar o objeto do contrato, precedido de licitação, salvo nos casos de dispensa previstos em lei ou inexigibilidade por impossibilidade de competição entre contratantes (Dec.-lei 2.300/86, arts. 1º e 22 a 24).

A delegação de competência, que o Dec.-lei 200/67 (arts. 11 e 12) considera princípio autônomo, melhor se situaria como forma de aplicação do "princípio da descentralização", pois é também simples técnica de descongestionamento da Administração, como se viu acima.

Pela delegação de competência o Presidente da República, os Ministros de Estado e, em geral, as autoridades da Administração transferem atribuições decisórias a seus

subordinados, mediante ato próprio que indique com a necessária clareza e conveniente precisão a autoridade delegante, a delegada e o objeto da delegação. O princípio visa a assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Considerando que os agentes públicos devem exercer pessoalmente suas atribuições, a delegação de competência depende de norma que a autorize, expressa ou implicitamente.

A delegação de competência tem caráter facultativo e transitório, apoiando-se em razões de oportunidade e conveniência e na capacidade de o delegado exercer a contento as atribuições conferidas, de modo que o delegante pode sempre retomar a competência e atribuí-la a outrem ou exercê-la pessoalmente.

Só é delegável a competência para a prática de atos e decisões administrativas, não o sendo para o exercício de atos de natureza política como são a proposta orçamentária, a sanção e o veto. Também não se transfere por delegação o poder de tributar.

O controle das atividades administrativas no âmbito interno da Administração é, ao lado do comando, da coordenação e da correção, um dos meios pelos quais se exercita o poder hierárquico. Assim, o órgão superior controla o inferior, fiscalizando o cumprimento da lei e das instruções e a execução de suas atribuições, bem como os atos e o rendimento de cada servidor. Todavia, o princípio do controle estabelecido na Lei da Reforma Administrativa tem significado mais amplo, uma vez que se constitui num dos três instrumentos da supervisão ministerial, a que estão sujeitos todos os órgãos da Administração federal, inclusive os entes descentralizados, normalmente não submetidos ao poder hierárquico das autoridades da Administração direta. Esse controle, que, quanto às entidades da Administração indireta, visa, em especial, à consecução de seus objetivos e à eficiência de sua gestão, é exercido de vários modos, podendo chegar até a intervenção, ou seja, ao controle total.

No âmbito da Administração direta prevêm-se, especificamente, os controles de execução e observância de normas específicas, de observância de normas genéricas e de aplicação dos dinheiros públicos e guarda de bens da União.

Em cada órgão, o controle da execução dos programas que lhe concernem e o da observância das normas que disciplinam suas atividades específicas são feitos pela Chefia competente. Já, o controle do atendimento das normas gerais reguladoras do exercício das atividades auxiliares, organizadas sob a forma de sistemas (pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria e serviços gerais, além de outros, comuns a todos os órgãos da Administração, que, a juízo do Poder Executivo, necessitem de coordenação central), é realizado pelos órgãos próprios de cada sistema. Finalmente, o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União compete ao órgão próprio do sistema de contabilidade e auditoria, que, em cada Ministério, é a respectiva Secretaria de Controle Interno.

Estabelecidas as formas de controle das atividades administrativas, devem ser suprimidos todos os controles meramente formais, como determina, acertadamente, o Dec.-lei 200/67, que prevê também a supressão daqueles cujo custo seja evidentemente superior ao risco decorrente da inexistência de controle específico.

A Administração federal é constituída na forma de uma pirâmide, cujos componentes são mantidos no devido lugar pelo poder hierárquico e em cujo ápice coloca-se o Presidente da República, ficando logo abaixo os Ministros de Estado, seus auxiliares diretos. Assim, o Presidente da República é o chefe supremo, exercendo o poder hierárquico em toda sua plenitude, por isso que o Estatuto da Reforma lhe confere expressamente o poder de, por motivo de relevante interesse público, avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração federal, o que faz dele o controlador máximo das atividades administrativas.

Os Ministros de Estado detêm o poder-dever de supervisão sobre todos os órgãos da Administração direta ou indireta enquadrados em suas respectivas áreas de competência, ressalvados aqueles sob a supervisão direta e imediata do Presidente da República: I - órgãos de assessoramento imediato (Conselho de Governo, Alto Comando das Forças Armadas, Estado-Maior das Forças Armadas, Consultoria-Geral da República); II - órgãos de assistência direta e imediata (Secretaria da Cultura, Secretaria da Ciência e Tecnologia, Secretaria do Meio Ambiente, Secretaria do Desenvolvimento Regional, Secretaria dos Desportos, Secretaria de Administração Federal, Secretaria de Assuntos Estratégicos).

A Administração federal é dirigida por um órgão independente, supremo e unipessoal, que é a Presidência da República, e por órgãos autônomos também unipessoais, que são os Ministérios, aos quais se subordinam ou se vinculam os demais órgãos e entidades descentralizadas.

No sistema presidencialista adotado pela nossa Constituição o Presidente da República exerce o Poder Executivo da União auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76), cabendo àquele a direção suprema da Administração federal (art. 84, II) e a estes a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entes descentralizados na área de sua competência (art. 87, parágrafo único, I), todos secundados por órgãos de assessoramento e de execução, além de tribunais administrativos, procuradorias e outros desdobramentos da Administração direta e indireta da União.

A Presidência da República, sob imediata direção do Chefe da Nação, é o órgão supremo e independente representante do Poder Executivo da União, enfeixando todas as atividades administrativas superiores de âmbito federal, de política, planejamento, coordenação e controle do desenvolvimento sócio-econômico do País e da segurança nacional. Ela é constituída, essencialmente, pela Casa Civil, pela Secretaria-Geral, pela Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação e pela Casa Militar (art. 1º da Lei 8.490/92). À Casa Civil compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação da ação governamental e no relacionamento com o Congresso Nacional. À Secretaria-Geral compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação da ação administrativa da Presidência, mediante serviços de secretaria particular e ajudância de ordens. A Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação compete assistir ao Presidente na coordenação do sistema de planejamento e orçamento, formulação de estudos e pesquisas sócio-econômicas, elaboração e acompanhamento dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento, do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e das leis orçamentárias anuais, e na supervisão dos sistemas cartográfico e estatístico nacionais. À Casa Militar compete assistir direta e imediatamente ao Presidente nos assuntos referentes à administração militar, zelar pela segurança do Chefe de Estado e pela segurança pessoal dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República, bem como dos respectivos palácios e residências presidenciais.

O Presidente da República, como agente político, chefe supremo e unipessoal do Poder Executivo federal, no ápice da pirâmide administrativa, dirige, supervisiona, coordena e controla todas as atividades executivas da União, podendo, por motivo de relevante interesse público, avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração federal (Dec.-lei 200/67, art. 170), ainda que originariamente previsto como da competência de outro órgão ou entidade descentralizada, salvo aquelas matérias que a Constituição previu como privativas de outro órgão.

As atribuições e prerrogativas constitucionais do Presidente da República devem ser exercidas pessoalmente e com privatividade (art. 84), ressalvadas as que admitem outorga ou delegação a seus Ministros e a outras autoridades (art. 84, parágrafo único) que o

auxiliam no desempenho de suas funções governamentais e administrativas. De sua administração presta contas anuais ao Congresso Nacional através do TCU, que emite parecer prévio (arts. 71, I, e 49, IX).

Como Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República responde, constitucionalmente, por crime de responsabilidade perante o Senado Federal (art. 52, I) e nos crimes comuns perante o STF (art. 102, I "b"), sempre depois de afastado do cargo através do impeachment, ou seja, depois de recebida a acusação pela Câmara dos Deputados (art. 51, I), na forma estabelecida nas Leis 1.079, de 14.4.50, e 7.106, de 28.6.83. Nos habeas corpus, mandados de segurança, habeas data e mandados de injunção em que for argüido de autoridade coatora, responde também originariamente perante o STF (art. 102, I, "d" e "q"); nas ações cíveis comuns não tem prerrogativa de foro ou qualquer outro privilégio processual, salvo para depor em juízo (CPC, art. 411, I).

Os Ministérios são órgãos autônomos da cúpula da Administração federal, situados logo abaixo da Presidência da República. Neles integram-se os serviços da Administração direta e a eles se vinculam as entidades da Administração indireta cujas atividades se enquadram nas respectivas áreas de competência, ressalvadas, obviamente, a que a própria lei integra na Presidência da República ou a ela vincula. Cada Ministério é chefiado por um Ministro de Estado, cujas múltiplas funções foram resumidas pelo Estatuto da Reforma de 1967 na expressão supervisão ministerial. Os "assuntos" de competência de cada Ministério Civil são os especificados nos diversos itens do art. 16 da Lei 8.490/92 e os dos Ministérios Militares continuam sendo os especificados no Dec.-lei 200/67 e legislação superveniente, como estipula o art. 15 da mesma lei.

Os Ministros de Estado são, por força de mandamento constitucional, os auxiliares imediatos do Presidente da República, cabendo-lhes, entre outras atribuições estabelecidas na Constituição e nas leis, a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração federal compreendidos nas áreas de competência de seus Ministérios; a referenda dos atos e decretos presidenciais; a expedição de instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos; a elaboração de relatório anual sobre as atividades de suas pastas; a prática dos atos pertinentes às atribuições outorgadas ou delegadas pelo Chefe do Governo (CF, art. 85).

Os Ministros têm responsabilidade pessoal pelos atos que praticarem individualmente, por ordem do Presidente ou por iniciativa própria, e conexa pelos que referendarem, incidindo nos mesmos crimes funcionais. No primeiro caso, bem como nos crimes comuns, são julgados pelo STF (art. 119, I, "b") e, no segundo, pelo Senado Federal (art. 42, I), sempre depois de recebida a acusação pela Câmara dos Deputados (art. 40, I), na forma estabelecida pela Lei 1.079, de 10.4.50, e Lei 7.106, de 28.6.83, que define os crimes de responsabilidade e dispõe sobre o impeachment dos agentes políticos que indica, inclusive Ministros de Estado. Nos mandados de segurança e habeas data respondem perante o STJ (CF, art. 105, I, "b"), a quem compete o julgamento dos habeas corpus quando o coator for Ministro de Estado, e dos mandados de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal (CF, art. 105, I, "c" e "h", respectivamente).

No plano administrativo, os Ministros de Estado são responsáveis, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração direta e dos entes da Administração indireta enquadrados em suas áreas de competência. A supervisão ministerial exercita-se através da orientação, da coordenação e do controle dos órgãos subordinados e das entidades vinculadas ao Ministério.

Dentre os principais objetivos da supervisão ministerial figuram: a observância da legislação federal pertinente e dos princípios fundamentais da Administração,

estabelecidos na Reforma; a execução dos programas governamentais; a coordenação dos órgãos supervisionados, de modo a harmonizar sua atuação entre si e com a dos demais Ministérios; a avaliação de sua gestão administrativa, cuidando que seus dirigentes sejam devidamente capacitados; a fiscalização da aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos; a economicidade na prestação de serviços, mediante acompanhamento dos custos globais dos programas setoriais; o fornecimento ao Ministério da Fazenda dos elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro; o fornecimento ao Tribunal de Contas de informações relativas à gestão financeira e patrimonial.

Quanto à Administração indireta, a supervisão ministerial visa precipuamente a assegurar: a realização dos objetivos estabelecidos nos atos de constituição da entidade; a harmonização de sua atuação com a política e a programação governamentais; a eficiência de sua gestão; sua autonomia administrativa, operacional e financeira. Para tanto, dispõe o Ministro dos seguintes meios, dentre outros: indicação ou, quando possível, nomeação dos dirigentes da entidade; designação dos representantes do Governo nas suas Assembléias Gerais e órgãos de administração e controle; recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações destinados a propiciar o acompanhamento de suas atividades e, tratando-se de autarquia, da execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados anualmente pelo Governo; aprovação das contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nos órgãos pertinentes da entidade; fixação das despesas de pessoal e de administração em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica; fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; intervenção, quando o exigir o interesse público.

Haverá, na estrutura básica de cada Ministério Civil, exceto no das Relações Exteriores, e na da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, como órgãos comuns: I - Secretaria Executiva; II - Gabinete; III - Secretaria de Controle Interno; IV - Consultoria Jurídica, exceto no Ministério da Fazenda; V - Secretaria de Administração Geral. No âmbito do Ministério da Fazenda, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exercerá, também, as funções de Consultoria Jurídica (cf. art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei 8.490/92). Os órgãos da estrutura básica do Ministério das Relações Exteriores são os relacionados nos itens do art. 18 da mencionada Lei 8.490/92.

A Reforma Administrativa, muito acertadamente, enfatiza a necessidade da assessoria técnica e jurídica aos órgãos de cúpula da Administração federal, dando especial relevo aos de assessoramento, que são órgãos consultivos do Presidente da República e dos Ministros de Estado. Suas funções são essencialmente opinativas, expressas em pareceres ou deliberações que, quando aceitos pela autoridade competente, passam a vincular a Administração ao seu enunciado. Além disso, casos há em que a própria lei condiciona a solução administrativa ao parecer favorável de determinado órgão técnico, erigindo o pronunciamento consultivo em pressuposto de legalidade do ato final. Já, então, o parecer ou a deliberação favorável apresenta-se como ato-condição do negócio administrativo a ser realizado.

Observe-se, finalmente, que, na sistemática da Reforma Administrativa, as atribuições dos órgãos de assessoramento não se exaurem com a função consultiva, porquanto, ao lado dessa, em muitos casos são-lhes deferidas outras, até mesmo de caráter executivo, como veremos a seguir.

Além da Casa Civil, da Secretaria-Geral, da Casa Militar e da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação, há os órgãos de consulta, assessoramento e assistência do Presidente da República. São órgãos de consulta do Presidente da República: o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. São órgãos de assessoramento imediato do

Presidente da República: o Conselho de Governo; o Alto Comando das Forças Armadas; o Estado-Maior das Forças Armadas - EMFA; e a Consultoria-Geral da República. E são órgãos de assistência direta e imediata: Secretaria de Assuntos Estratégicos, Secretaria de Administração Federal e Assessoria de Comunicação Institucional. Por fim, são órgãos de consulta: Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional.

O Conselho da República é o órgão superior de consulta do Presidente da República nos assuntos de intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio e nas questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. Seu Secretário Executivo é o Ministro-Chefe da Casa Civil.

O Conselho de Defesa Nacional é o órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a Soberania Nacional e a defesa do Estado democrático, cabendo à lei ordinária regular sua organização e funcionamento. O Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos é o seu Secretário Executivo.

O Conselho de Governo, integrado pelos Ministros de Estado e pelo Consultor-Geral da República, com a finalidade de assessorar o Presidente da República na fixação de diretrizes de ação governamental, reunir-se-à quando por ele convocado, sendo presidido, em cada reunião, pelo Ministro para esse fim designado pelo Presidente da República.

Além das funções típicas de assessoramento, consubstanciadas nos estudos e preparo das decisões sobre assuntos que lhe forem submetidos pelo Presidente da República, o Estado-Maior das Forças Armadas - EMFA exerce as seguintes atribuições: estudos para a fixação da Política de Estratégia e da Doutrina Militares, elaboração e coordenação dos planos e programas deles decorrentes; estabelecimento de planos para emprego das Forças Combinadas ou Conjuntas e de Forças singulares, destacadas para operações militares no Exterior; coordenação das informações estratégicas no campo militar; coordenação dos planos de pesquisa, desenvolvimento e mobilização das Forças Armadas e dos programas de aplicação dos respectivos recursos, naquilo que supere os objetivos específicos e as disponibilidades previstas no orçamento dos Ministérios Militares; coordenação das representações das Forças Armadas no Brasil e no Exterior. A sua direção compete ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, nomeado pelo Presidente da República entre os oficiais-generais do mais alto posto, obedecido, em princípio, o critério de rodízio entre as Forças Armadas. Os assuntos específicos do Estado-Maior das Forças Armadas e os de interesse comum a mais de uma das Forças singulares são apreciados pelo Conselho de Chefes de Estado-Maior, constituído pelo Ministro do EMFA e pelos Chefes de Estado-Maior das Forças singulares, sob a presidência do primeiro.

A Consultoria-Geral da República tem por finalidade assessorar o Presidente em assuntos de natureza jurídica e coordenar e supervisionar os trabalhos afetos aos órgãos do Serviço Jurídico da União, com o fim de uniformizar a jurisprudência administrativa federal. Os pareceres da Consultoria-Geral da República são submetidos à consideração do Presidente e, uma vez aprovados, têm força normativa no âmbito da Administração federal.

O Consultor-Geral, que, para efeitos protocolares e de correspondência, tem o tratamento devido aos Ministros de Estado, é nomeado em comissão pelo Presidente da República entre bacharéis em Direito de reconhecido saber jurídico e notória idoneidade moral. Dentre suas atribuições destacam-se a de prestar informações em mandados de segurança contra atos de Presidente, podendo requisitar diretamente das autoridades competentes as diligências e os esclarecimentos necessários ao regular desempenho de suas funções.

O Alto Comando das Forças Armadas, destinado a assessorar o Presidente da República nas decisões relacionadas com a Política Militar e com a coordenação de assuntos pertinentes às Forças Armadas, é integrado pelos Ministros Militares e Chefes dos Estados-

Maiores de cada uma das Forças singulares. Reúne-se quando convocado pelo Presidente, sendo secretariado pelo Chefe do Gabinete Militar da Presidência da República.

A Secretaria da Administração Federal tem por finalidade formular e executar as políticas de desenvolvimento administrativo e gerência, e coordenar, controlar e supervisionar as atividades referentes às ações dos sistemas de pessoal civil, de modernização e organização administrativa, de recursos da informação e da Informática e de serviços gerais, na Administração direta, autárquica e fundacional.

As finalidades da Secretaria de Assuntos Estratégicos são as seguintes: coordenar o planejamento estratégico nacional; promover estudos, elaborar, coordenar e controlar planos, programas e projetos de natureza estratégica, assim caracterizados pelo Presidente da República, inclusive no tocante à informação e ao macrozoneamento geopolítico e econômico; executar as atividades permanentes necessárias ao exercício da competência do Conselho de Defesa Nacional; e coordenar a formulação e acompanhar a execução da política nuclear.

As atribuições da Assessoria de Comunicação Institucional são: o controle, a supervisão e a coordenação da publicidade dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta e de sociedades sob controle da União.

As funções de assessoramento aos Ministros de Estado, caracterizadas pelo alto nível de especificidade, complexidade e responsabilidade, devem ser exercidas por pessoas de comprovada idoneidade, cujas qualificações, capacidade e experiência específicas sejam examinadas, aferidas e certificadas por órgão próprio, contratadas por instrumento de locação de serviços, em que se exigirá delas tempo integral e dedicação exclusiva. Pela prestação desses serviços os assessores serão remunerados segundo critério fixado em regulamento, tendo em vista a avaliação de cada função em face das respectivas especificações e as condições vigentes do mercado de trabalho.

De acordo com as Reformas Administrativas de 1990 e 1992, cada Ministério Civil terá um Secretário Executivo, nomeado pelo Presidente da República (Dec. 99.180, de 15.3.90, art. 75), e os seguintes órgãos: Secretaria Executiva, Gabinete, Consultoria Jurídica, Secretaria de Administração Geral, Secretaria de Controle Interno.

À Secretaria Executiva competem as seguintes atribuições referidas nos arts. 75 e 76 do Dec. 99.180, de 15.3.90: planejamento da ação global do Ministério, supervisão, coordenação e controle das atividades do Ministério e auxílio ao Ministro de Estado na formulação e execução dos assuntos incluídos na área de competência do Ministério.

Ao Gabinete, sob a direção de um Chefe de Gabinete, incumbem a assistência direta ao Ministro de Estado em sua representação política e social, as relações públicas e o preparo do despacho do expediente pessoal do Ministro. Na prática, o Gabinete é um órgão superior de assessoramento, porquanto todos os assuntos levados ao conhecimento do Ministro são normalmente encaminhados através de sua Chefia, à qual se vinculam os Assessores Superiores.

Enquanto os integrantes da Assessoria Superior da Administração assessoram diretamente o Ministro, o Consultor Jurídico o faz através de pareceres em processo, numa fase que antecede imediatamente o despacho do titular da pasta. O Consultor Jurídico cuida unicamente dos aspectos jurídicos dos assuntos submetidos à apreciação ministerial, sendo auxiliado por um corpo de Assistentes Jurídicos que, com ele, integram a Consultoria Jurídica do Ministério.

No Ministério da Fazenda o assessoramento jurídico é afeto a Procuradoria-Geral da Fazenda, cabendo a função de Consultor Jurídico do Ministro a seu Chefe, o Procurador-Geral, nomeado em comissão, pelo critério de confiança e livre escolha, entre bacharéis em Direito.

As Secretarias de Administração Geral são órgãos setoriais dos Sistemas de Planejamento Federal, Modernização Administrativa, Orçamento, Programação Financeira, Pessoal Civil e Serviços Gerais, no âmbito de cada Ministério.

As Secretarias de Controle Interno são órgãos setoriais do Sistema de Controle Interno, no âmbito dos respectivos Ministérios, cujas atribuições estão previstas no Dec. 93.874, de 23.12.86 (art. 81 do Dec. 99.180/90).

Existem ainda outros órgãos da Administração Federal, que devemos incluir os Tribunais Administrativos, as Procuradorias e os órgãos autônomos.

Os Tribunais Administrativos são órgãos do Poder Executivo com competência jurisdicional específica para assuntos indicados em lei, a serem decididos nos recursos próprios. Não integram o Poder Judiciário, nem proferem decisões conclusivas para a Justiça Comum (CF, art. 5º, XXXV). Atuam e decidem no âmbito restrito da Administração ativa, vinculando-a aos seus julgamentos, comumente sujeitos a revisão do Ministro de Estado, que, em tais casos, representa a última instância administrativa. Esses Tribunais são, pois, órgãos auxiliares dos respectivos Ministérios, ao lado dos quais exercem funções jurisdicionais administrativas parajudiciais ou quase-judiciais, destinadas à solução de questões internas da Administração ou de pendências suscitadas pelos administrados. Dentre eles merecem destaque os Conselhos de Contribuintes, o Conselho Superior de Tarifa, o Tribunal Marítimo, o Conselho de Terras da União, o Conselho de Águas e Energia Elétrica.

O Tribunal de Contas da União tem uma posição singular na Administração brasileira, pois está instituído constitucionalmente como órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas desempenha atribuições iurisdicionais administrativas, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos, com a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões.

No controle externo da administração financeira e orçamentária é que se inserem as atuais atribuições do Tribunal de Contas, substanciadas: a) na emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo; b) na auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes; c) na representação ao Executivo e ao Legislativo sobre irregularidades e abusos verificados nas contas examinadas; d) na assinação de prazo para que a Administração adote as providências necessárias à regularização das contas; e) na sustação do ato impugnado, se excedido o prazo assinado sem regularização, exceto em relação a contrato; f) na solicitação ao Congresso Nacional para que suspenda a execução de contrato irregular ou adote outras providências necessárias a sua legalização; g) no julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos; h) no julgamento da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões; i) no julgamento das contas dos dirigentes de entidades paraestatais. Como se vê dessa enumeração, haurida no texto constitucional vigente (CF, art. 71), o Tribunal de Contas no Brasil tem atribuições opinativas ("a"), verificadoras ("b"), assessoradoras ("c", "d", "f") e jurisdicionais administrativas ("g", "h", "i"), atribuições, essas, exercidas, simetricamente, tanto pelo TCU quanto pelos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios.

Não exercendo funções legislativas nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como órgão administrativo independente, de cooperação com o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, consoante suas atribuições constitucionais. Seus Ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, com os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do STJ. Todavia,



tais privilégios bem como o fato de o Tribunal de Contas exercer a mesma competência que a Constituição da República, por seu art. 96, confere aos Tribunais não convertem em membro do Poder Judiciário.

As Procuradorias são órgãos do Executivo destinados à representação e defesa dos interesses gerais da Administração federal na esfera judicial e administrativa. Daí a classificação em Procuradorias judiciais e Procuradorias Administrativas, segundo o campo de sua atuação.

As Procuradorias Judiciais são integradas pela Advocacia-Geral da União e, em caráter excepcional e restrito à representação da União na execução da dívida ativa tributária, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 131 e seu § 3º da CF).

A Advocacia-Geral da União está prevista como a instituição que representará a União judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento. Tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Esses Procuradores Judiciais, nas respectivas áreas, desempenham, concomitantemente, as funções de Advogado e Representante da União (CPC, art. 12, I). Exercem privativamente a representação da União perante o Poder Judiciário - federal e estadual recebendo citações e intimações em nome da Fazenda Pública Federal, praticando todos os atos processuais na causa e exercendo as demais atribuições que lhes são conferidas pela lei.

As Procuradorias Administrativas são órgãos superiores (não independentes nem autônomos) de representação e defesa da União em assuntos extrajudiciais. Dentre essas destaca-se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, integrada no Ministério da Fazenda e chefiada por um Procurador Geral, nomeado em comissão, pelo critério de confiança e livre escolha, entre bacharéis em Direito, subordinado diretamente ao titular da pasta.

A Procuradoria-Geral tem competência para: a) realizar o serviço jurídico no Ministério da Fazenda; b) apurar e inscrever a dívida ativa da União; c) examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes ou convênios que interessem à Fazenda Nacional; d) representar a Fazenda Nacional nos Conselhos de Contribuintes, Superior de Tarifas, de Terras da União e noutros órgãos de deliberação coletiva, quando não se reservar tal atribuição ao Ministro de Estado; e) representar a União nas assembléias-gerais das sociedades de economia mista e outras entidades de cujo capital ela participe. Ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, dentre outras atribuições conferidas pelo Dec.-lei 147/67, compete, ainda, exercer as de Consultor Jurídico do Ministro da Fazenda.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional compreende um órgão central, com jurisdição sobre todo o País, e órgãos com jurisdição regional (um no Distrito Federal e um em cada Estado) subordinados diretamente ao órgão central (Dec.-lei 147/67, art. 2º).

Atualmente, nos termos do art. 131, § 3º, da CF de 1988, "na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei". Por esta disposição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recebeu, por exceção, atribuição de cobrar, judicialmente, as dívidas ativas de natureza tributária da União, o que foi reforçado pelo art. 29, § 5º, do ADCT.

Os Órgãos Autônomos, na sistemática do Dec.-lei 200/67, são desmembramentos da Administração direta que não chegam a se erigir em pessoa jurídica mas gozam de certa autonomia administrativa e financeira para o desempenho de suas atribuições específicas, sujeitos sempre a supervisão ministerial. A concessão dessa autonomia faz-se por decreto do Presidente da República relativamente aos serviços, institutos e estabelecimentos

incumbidos de atividades de pesquisa, ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração direta (Dec.-lei 200/67, art. 172, com a redação dada pelo Dec.-lei 900/69). Fixando a autonomia no grau conveniente aos interesses e necessidades do órgão autônomo, o Presidente da República poderá instituir-lhe fundos especiais de natureza contábil, a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às suas atividades, orçamentários e extra-orçamentários, inclusive a receita própria.

Os Órgãos Autônomos, que se apresentam com as mais variadas estruturas, finalidades e denominações, constituem um meio-termo entre o serviço estatal (centralizado) e o serviço autárquico (descentralizado), pois continuam integrando a Administração direta, como peças de seu mecanismo governamental, isoladas mas conjugadas com a ação do Ministério a que ficam vinculados, mas não subordinados.

Os Entes de Cooperação são pessoas de Direito Privado, criados ou autorizados por lei, geridos em conformidade com seus estatutos, geralmente aprovados por decreto, podendo ser subvencionados pela União ou arrecadar em seu favor contribuições parafiscais para prestar serviço de interesse social ou de utilidade pública, sem, entretanto, figurarem entre os órgãos da Administração direta ou entre as entidades da indireta. Realmente, os Entes de Cooperação, na sistemática da Lei da Reforma, não se enquadram entre os órgãos integrados na Administração direta nem entre as entidades compreendidas na Administração indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, exclusivamente). Todavia, existem, e em grande número, na Administração federal, cooperando com o Governo na realização de atividades técnicas, científicas, educacionais, assistenciais e outras que refogem dos misteres burocráticos das repartições estatais centralizadas. Daí por que preferimos agrupá-los sob a denominação genérica de Entes de Cooperação.

Exemplo típico de Entes de Cooperação encontramos nos Serviços Sociais Autônomos (Serviço Social da Indústria - SESI; Serviço Social do Comércio - SESC; Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI; Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC) e nas entidades disciplinadoras das profissões liberais (Ordens e Conselhos Profissionais), a que se refere o Dec.-lei 968, de 13.10.69. E entendemos que os Entes de Cooperação devam ligar-se de algum modo a um órgão administrativo, de preferência o Ministério em cuja área se enquadrar sua principal atividade, uma vez que se submetem a fiscalização federal, nos termos da legislação pertinente a cada um deles (Dec.-lei 200/67, art. 183; Dec.-lei 968/ 69, art 1º, parágrafo único), e, utilizando "dinheiros públicos", como o são as contribuições parafiscais, devem "justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes" (Dec.-lei 200/67, art. 93). Mas essa vinculação há de ser sempre mais tênue do que aquela que, nos termos do Dec.-lei 200/67, sujeita os entes da Administração indireta a supervisão dos respectivos Ministros de Estado.

A finalidade precípua do Estado é a prestação de serviços à coletividade, visando a promover o bem-estar geral. Mas, para atingi-la, necessita de meios adequados, materiais e humanos, que, em seu conjunto, constituem a máquina administrativa, cujo funcionamento demanda uma certa parcela, às vezes muito grande, desses meios a ela exclusivamente dedicada. Daí se vê que o Estado, ou, melhor, a Administração, exercita duas espécies de atividades: as atividades-fins e as atividades-meios, aquelas empregadas na consecução do seu objetivo específico, e, estas, na organização, acionamento e manutenção da infra-estrutura administrativa, sem a qual as primeiras não podem ser realizadas. É óbvio que as atividades-fins, constituindo a razão de ser do Estado, são as mais importantes, não podendo ser subordinadas às atividades-meios.

As atividades-meios, que o Estatuto da Reforma preferiu denominar atividades auxiliares, segundo a lição de eminentes estudiosos da matéria, são aquelas comuns a toda a Administração, como as relacionadas com o pessoal e a execução orçamentária, ao passo que as atividades-fins são específicas de um determinado órgão, individualizando-o no conjunto dos demais órgãos administrativos. Foi exatamente esse o conceito de atividade auxiliar adotado pelo legislador da Reforma, como se infere do art. 30 do Dec.-lei 200/67.

As atividades auxiliares, de acordo com a nova orientação administrativa, serão organizadas sob a forma de sistema, por ato do Poder Executivo, desde que, a seu critério, necessitem de coordenação central. Os serviços que integram determinado sistema ficam sujeitos a orientação normativa, a supervisão técnica e a fiscalização do respectivo órgão central, sem prejuízo de sua subordinação hierárquica ao órgão maior a cuja estrutura pertencerem. O Chefe do órgão central de cada sistema é o responsável pelo fiel cumprimento das leis e regulamentos a ele pertinentes e por seu funcionamento eficiente e coordenado. Aos responsáveis pelos demais órgãos do sistema (setoriais e regionais), sujeitos à ação normativa, orientadora e fiscalizadora do órgão central, incumbe atuar de modo a obter o máximo rendimento e a reduzir os custos operacionais da Administração.

Com essas diretrizes, a Reforma não só possibilita a disciplina e harmonização das atividades auxiliares em toda a Administração, através da efetiva e especializada atuação de um órgão de cúpula em cada sistema, como alivia o Presidente da República e os Ministros de Estado de tarefas até certo ponto estranhas às suas funções específicas, voltadas ao desenvolvimento econômico-social do País e à segurança nacional. Não quer isso dizer que os sistemas de serviços auxiliares escapam ao controle do Presidente e dos Ministros, para atuar autônoma e arbitrariamente na consecução de seus objetivos sob a chefia do órgão central. Absolutamente, não. O órgão central, assim como os demais órgãos do sistema, está integrado na estrutura da Administração direta, subordinado, portanto, à supervisão ministerial (ou presidencial, se for o caso), na forma do art. 25 do Dec.-lei 200/67, mesmo porque a área de competência de cada sistema constitui parte da área de competência de um Ministério ou de órgão subordinado diretamente à Presidência da República (a administração financeira, contabilidade e auditoria e os serviços gerais, p. ex., são da competência do Ministério da Fazenda; o planejamento e orçamento, da Secretaria de Planejamento). Por outro lado, as diretrizes expedidas pelo órgão central no uso de sua função normativa devem conformar-se às leis e regulamentos decretados pelos Poderes competentes, bem como às portarias e instruções baixadas pelo Ministro de Estado a que se subordina, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, o que limita a discricionariedade e evita a arbitrariedade do órgão superior do sistema. Finalmente, visando a evitar que esse órgão se isole no exercício de suas funções, deixando de considerar contribuições de outros órgãos integrantes do sistema e de atender às peculiaridades imprescindíveis, prevê o Estatuto da Reforma a criação de uma Comissão de Coordenação junto a cada sistema, com atribuições e composição definidas em decreto.

A administração estadual acha-se estruturada em simetria com a administração federal, atenta ao mandamento constitucional de observância, pelos Estados federados, dos princípios estabelecidos na Constituição da República (arts. 25 a 28) e às normas da Lei Complementar 20, de 1.7.74, relativamente ao atendimento dos princípios fundamentais adotados pela Reforma Administrativa (preâmbulo e art. 19). Daí por que em todos os Estados-membros que integram a República Federativa do Brasil a organização administrativa é idêntica em suas linhas mestras, variando apenas em minúcias de adequação às peculiaridades regionais. Para essa uniformidade concorrem decisivamente as reservas da União, que legisla, privativamente, para todo o território nacional, sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual,

Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho e outros assuntos previstos nos incs. II a XXIX do art. 22 da CF.

Em todos os Estados-membros o Poder Executivo é exercido, unipessoalmente, pelo Governador, auxiliado por Secretários de Estado. Variam as Secretarias em número, denominação e atribuições, mas todas elas constituem órgãos dirigentes da administração estadual, cabendo aos respectivos Secretários funções de supervisão, através de orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos inferiores, como ocorre com os Ministros de Estado.

Os demais órgãos assemelham-se também aos da organização federal e desempenham funções equivalentes, na órbita estadual. Além dos serviços de competência exclusiva do Estado-membro, algumas atividades federais são realizadas pelo funcionalismo estadual, por delegação ou em convênio com a União. O Estado-membro decreta, arrecada e aplica os tributos de sua competência e participa da arrecadação de certos impostos da competência da União. Organiza sua Justiça nos moldes do Poder Judiciário federal e compõe sua Assembléia Legislativa dentro dos princípios parlamentares adotados pela União, salvo quanto à bicameralidade, que é incompatível com a estrutura unitária do território estadual.

O Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação. Essa integração é uma peculiaridade nossa, pois em nenhum outro Estado Soberano se encontra o Município como peça do regime federativo constitucionalmente reconhecida. Dessa posição singular do nosso Município é que resulta sua autonomia político-administrativa, diversamente do que ocorre nas demais Federações, em que os Municípios são circunscrições territoriais meramente administrativas.

A autonomia do Município brasileiro está assegurada na Constituição da República para todos os assuntos de seu interesse local (art. 30) e se expressa sob o tríplice aspecto político (composição eletiva do governo e edição das normas locais), administrativo (organização e execução dos serviços públicos locais) e financeiro (decretação, arrecadação e aplicação dos tributos municipais).

Dentro desse esquema é que se realiza a administração municipal, através da Prefeitura, como órgão executivo, e da Câmara de Vereadores, como órgão legislativo. Essa composição é uniforme para todos os Municípios, variando apenas o número de Vereadores. O Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores são agentes políticos, eleitos conjuntamente, por sufrágio universal, direto e secreto, para uma legislatura de quatro anos.

Aos Estados-membros compete a criação de seus Municípios, mediante consulta plebiscitária às populações diretamente interessadas (CF, art. 18, § 4º). A organização político-administrativa é feita pelo próprio Município, por lei orgânica local, votada na forma do art. 29 da CF.

A administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município, auxiliado por Secretários Municipais ou Diretores de Departamento, conforme a organização da Prefeitura e a maior ou menor desconcentração de suas atividades, sendo permitida, ainda, a criação das autarquias e entidades paraestatais, visando à descentralização administrativa.

O Prefeito responde, agora, por crime comum e crime de responsabilidade, perante o Tribunal de Justiça (CF, art. 29, VIII) e, por infrações político-administrativas, perante a Câmara de Vereadores, na forma estabelecida pelo Dec.-lei 201, de 27.2.67, ou pelas leis orgânicas municipais.

Para fins de administração local, o Município pode dividir seu território em bairros e outras circunscrições, dotando-os de subprefeituras, administrações circunscricionais e

outras repartições que facilitem a execução dos serviços públicos, mas sempre integrados na Prefeitura e subordinados ao Prefeito, que é o Chefe supremo de toda a administração municipal, a ser exercida segundo os preceitos constitucionais e legais superiores e as normas locais próprias do Município.

As leis locais são votadas pela Câmara de Vereadores, órgão colegiado, com função legislativa precípua para todos os assuntos de peculiar interesse do Município e funções complementares de fiscalização e controle da conduta político-administrativa do Prefeito (julgamento de suas contas, cassação de mandato etc.), de assessoramento governamental (indicações ao Executivo) e de administração de seus serviços auxiliares (organização interna da Câmara).

A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente, nos termos da lei orgânica local, atendido o disposto nos arts. 29, VI e VII, 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da CF.

A atual Constituição dispõe que "os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum" (art. 25, § 3º).

O Distrito Federal, com a atual organização político-administrativa é um estado-membro anômalo, entidade estatal portanto, e não apenas autarquia territorial, como o são os Territórios Federais. A sua condição de pessoa estatal emana da própria Constituição da República (art. 18), que lhe permite o uso de símbolos próprios (art. 13, § 2º). Sobre sua organização político-administrativa, a mesma Constituição diz que "o Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição". "Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios". "A eleição do Governador e do Vice-Governador, observadas as regras do art. 77, e dos Deputados Distritais coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração". "Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27." "Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar" (art. 32 e §§).

Entretanto, o Distrito Federal não é Estado nem Município, constituindo uma entidade estatal anômala, ainda que, pelas novas disposições constitucionais, se assemelhe mais ao Estado, pois tem Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo próprios. Pode, ainda, organizar seu sistema de ensino (art. 211), instituir o regime jurídico único e planos de carreira de seus servidores (art. 39), arrecadar seus tributos (art. 155) e realizar os serviços públicos de sua competência.

O Poder Judiciário do Distrito Federal está organizado pela Lei federal 3.754, de 14.4.60, dispondo de um Tribunal de Justiça, de Juízes de Direito e de Juízes Substitutos, perante os quais atua o Ministério Público da Justiça do Distrito Federal, chefiado por um Procurador-Geral de livre nomeação do Presidente da República.

O Distrito Federal não possui Municípios, constituindo a cidade de Brasília uma das oito regiões em que foi dividido para fins administrativos, sem personalidade jurídica.

Os Territórios Federais são porções do território nacional destacadas, por lei complementar, de um ou mais Estados-membros ou de território e erigidas em pessoas jurídicas de Direito Público Interno, para fins de desenvolvimento ou de segurança nacional. Se bem que referidos na Constituição da República como integrantes da União (art. 18, § 2º), os

Territórios Federais não são entidades estatais mas, sim, autarquias territoriais da União, porque não possuem autonomia política, administrativa e judiciária.

Ao cuidar dos Territórios a nova Carta determina que sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas por lei complementar (art. 18, § 2º). Acrescenta, mais, que a lei disporá sobre sua organização administrativa e judiciária, lei, essa, de iniciativa privativa do Presidente da República (arts. 33, caput, e 61, § 1º, II, "b").

Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, os quais receberão, no que couber, o mesmo tratamento dos Municípios dos Estados-membros (art. 33, § 1º). O Governador de Território será aprovado previamente, após arguição pública, pelo Senado Federal (art. 52, III, "c"), e, como agente executivo da União, resta-lhe cumprir e fazer cumprir as leis e regulamentos federais pertinentes.

F I M

XX-XX-XX-XX-XX-XX

O resumo, numa seleção e transcrição dos pontos mais importantes, foi feito a partir da obra Direito Administrativo Brasileiro, de Hely Lopes Meirelles, 18ª Edição.

Ricardo Lúcio Salim Nogueira, Bacharel em Direito pela FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos – Barbacena/MG, turma 1989/1992, Pós-graduado (latu sensu) em Direito Civil pela FUPAC/Grupo Prisma.

[Rsalim@prover.com.br](mailto:Rsalim@prover.com.br)

## ÍNDICE

**1. Administração Pública** - pág. 1

**2. Atos administrativos**

**(Conceitos e características; requisitos; Classificações; Espécies de atos administrativos; Motivação dos atos administrativos; Revogação e anulação dos atos administrativos)** - Pág. 14

**3. Contratos administrativos** - Pág. 37

**4. licitação** - Pág. 54

**5. Domínio Público -**  
**(Administração, utilização e alienação dos bens públicos; imprescritibilidade; impenhorabilidade; Não oneração dos bens públicos) - Pág. 72**

**6. Desapropriação**  
**(Servidão administrativa; Ocupação temporária e limitação administrativa) -**  
**Pág. 83**

**7. Serviço público**  
**(Formas e meios de prestação; Entidades estatais da administração direta e indireta; Serviços delegados, concedidos, autorizados e permitidos) - Pág. 98**

**8. Servidores Públicos**  
**(Regime jurídico dos servidores. Regras das constituições Federal e estadual) -**  
**Pág. 123**

**9. Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos agentes públicos**  
**(Meios de punição; Seqüestro e perdimento dos bens; Enriquecimento ilícito; Abuso de autoridade) - Pág. 144**

**10. Decreto lei 201, de 27.02.67 - Pág. 149**

**11. Lei 8.429, de 2.6.92 - Pág. 151**

**12. Organização administrativa brasileira - Pág. 156**