

PÓLIS

Especial, 1992



Ordenamento Jurídico: Inimigo Declarado ou Aliado Incompreendido?

Celso Spitzcovsky e Marco Antonio R. Tura



CATALOGAÇÃO NA FONTE – CDI

SPI SPITZCOVSKY, Celso & TURA, Marco Antonio R.
Ordenamento Jurídico: Inimigo declarado ou Aliado Incompreendido? São Paulo, PÓLIS, 1992. 64 p. (PÓLIS Publicações, Edição especial).

1. Direito Público 2. Direito Constitucional 3. Direito Administrativo 4. Administração Pública 5. Gestão Municipal I. PÓLIS II. Título III. Série.

Tesouro PÓLIS: 413
413.1
413.2
337
337.11

Índices para catálogo sistemático

Administração Pública	337
Direito Administrativo	413.2
Direito Constitucional	413.1
Direito Público	413
Gestão Municipal	337.11

PÓLIS – Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Política Sociais

Instituto Pólis

Rua Cônego Eugênio Leite, 433 - São Paulo - SP - 05414-010

Página Internet: www.polis.org.br

Publicações: cdi@polis.org.br

Fone: (11) 3085-6877 / Fax: (11) 3063-1098

Com Apoio financeiro da
EZE – Evangelische Zentralstelle für Entwicklungshilfe E. V.
Alemanha

ORDENAMENTO JURÍDICO:

INIMIGO DECLARADO OU ALIADO INCOMPREENDIDO?

ÍNDICE

	pág.
I – Introdução.....	01
II – A Essência Constitucional dos Municípios Brasileiros.....	07
III – Poderes e Relações de Interdependência.....	17
IV –Princípios Constitucionais da Administração Pública	21
V – Licitação	31
VI – Tribunal de Contas	45
VII – A Racionalização da Máquina Administrativa: uma Questão Municipal.....	49
VIII – Contratos Administrativos	53

AGRADECIMENTOS

Marcia Pelegrini – Secretária de Assuntos Jurídicos do Município de Diadema - SP.

Francisco José Calheiros Ribeiro Ferreira – Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Santo André - SP.

Antonio Sampaio Amaral Filho – Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de São Bernardo do Campo - SP.

Arlindo da Fonseca Antonio – Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Santos - SP.

A todas essas pessoas agradecemos pela atenção com que nos receberam, frisando que, sem os conhecimentos que possuem da Administração Pública Municipal, este trabalho não seria possível.

Digitação: Iume Taga Tamoto e Marcia Bueno dos Reis de Rial
Revisão e Edição: Ana Luiza Motta

INTRODUÇÃO

Este estudo sobre o Ordenamento Jurídico nos Municípios é decorrente da observação feita pelos técnicos do Pólis em seus trabalhos de assessoria/consultoria a Prefeituras quanto às enormes dificuldades que as novas equipes de governo, especialmente aquelas comprometidas com o campo político popular e democrático, tem encontrado para dominar esta área e integrá-la a serviço de projetos de mudança social.

Tendo como objetivo oferecer uma série de informações de caráter jurídico que possam colaborar com os novos governos municipais que acabam de se eleger, o Pólis realizou um estudo junto a 4 municípios de porte médio, governados pelo PT, para identificar as principais questões relacionadas ao Ordenamento Jurídico e analisá-las.

Assim, o presente trabalho dirige-se a todos aqueles envolvidos com as questões Jurídicas Municipais e tem por escopo a identificação e análise dos problemas enfrentados por Administrações Municipais que, propondo-se à inovação de posturas frente à Administração Pública, encontraram dificuldades na adequação dos projetos e modos de operar com o Ordenamento Jurídico.

As dificuldades enfrentadas surgiram como consequência, também, da pouca importância que, em geral, os Executivos atribuíram ao processo de elaboração das Leis Orgânicas.

Com efeito, a falta da devida atenção a este momento de importância candente acabou por transformá-lo não em solução para muitos dos problemas registrados pelos Municípios até então, mas sim em uma nova fonte de problemas como se verá a seguir.

A falta de experiência dos representantes eleitos pelo povo em 1988 com a elaboração das Leis Orgânicas Municipais, levou à situações paradoxais como a da adoção de simples cópias não só da Constituição Federal como também das Estaduais e dos Municípios maiores que acabaram servindo de verdadeiros paradigmas, desconsiderando-se por completo as peculiaridades e necessidades locais. Isso ocorreu de maneira generalizada, com raríssimas exceções.

Em outro dizer, o momento de elaboração das Cartas Municipais ao invés de representar uma libertação de todas as amarras impostas pelo Estado ao qual pertencem, em função de expressa disposição constitucional até então vigente, acabou por relegar praticamente ao esquecimento as exigências locais que até o momento se faziam sentir.

Tal sorte de situação acaba por assumir maior relevo em função do momento extremamente importante que ora se avizinha de revisão da Constituição Federal a ter início em outubro de 1993 e mais proximamente do plebiscito para a decisão acerca do regime de governo a ser implementado em nosso país.

Deveras, não se pode descuidar que em sendo adotado o sistema parlamentarista de governo, este fato, por si só já terá o condão de exigir a alteração de uma série de preceitos constantes na Carta Magna do país e que, por certo, estariam de igual sorte, a merecer longas reflexões por parte dos vereadores e do Executivo Municipal recém-eleitos acerca das novas relações entre os dois poderes.

Outro ponto de fundamental importância detectado pelas administrações que assumiram em 1988 foi a da ausência de correspondência entre os encargos atribuídos aos Municípios como as questões relativas aos setores de saúde e educação e as fontes de arrecadação para a sua cobertura.

Por outro lado ainda, registrou-se nas entrevistas realizadas que em um primeiro momento houve problemas entre o Legislativo e o Executivo o que se agravou, ainda mais, tendo em vista as extensas competências atribuídas ao Executivo pela nova Constituição.

Tal situação, em alguns casos, acabou por deixar o Executivo na posição de refém do Legislativo o que implicou em uma paralização quase que completa das suas atividades.

Antes, no entanto, de passarmos a abordagem dos temas que se constituíram em verdadeiros problemas para o desenvolvimento dos projetos das Administrações Municipais, cabem certas considerações de ordem conceitual e metodológica para bem situar a explicitação do trabalho.

A idéia de inovação traduz-se, para nós, em novos métodos de encarar a Administração Pública, tornando-a algo mais próximo da população dela dependente e, assim, melhor compreendendo as demandas que dela surgem.

Fica evidente, portanto, que ao conceito se ligam, intima-

mente, a ampliação dos destinatários da função pública e o aumento sensível da participação e capacidade de ingerência dos administrados nos negócios públicos, incluindo-se, aí, a redefinição do que vêm a ser *negócios públicos*.

Partindo disso, foram entrevistados os titulares da pasta de Assuntos Jurídicos de 4 municípios. Constatou-se, de início, uma enorme similitude entre estas Administrações no tocante ao enquadramento à função pública.⁽¹⁾ Não se tinha uma noção suficientemente elaborada acerca do que se tratava e das graves consequências que adviriam do desrespeito à sua essência. Mais tarde, outros problemas surgiram que podem ser resumidos na adaptabilidade de pessoas que enfrentavam a legalidade e, noutro momento, viram-se na condição de representantes da mesma legalidade enfrentada. Em consonância com isso, de contestadores da *autoridade constituída* passaram a figurar como a *autoridade contestada* vendo-se, vez por outra, frente a problemas que exigiam para sua solução certas formalidades que foram encaradas como "*obstáculos para a própria proteção do Público*".

Neste sentido, as entrevistas realizadas revelaram a existência de um profundo embate no seio das Administrações Municipais travado entre os Secretários de Negócios Jurídicos e o restante da Administração que viam neles encarnada a figura do opositor que, através de suas atitudes acabava por inviabilizar diversos projetos inclusive aqueles que surgiram por decorrência dos compromissos assumidos nas plataformas eleitorais.

Segundo relato dos Secretários, estas diferenças com o passar do tempo, acabaram sendo minimizadas na medida em que as Secretarias de Negócios Jurídicos passaram a ser observadas como aliadas importantes para fornecer uma roupagem jurídica dentro das perspectivas oferecidas pelo Ordenamento Jurídico para os projetos idealizados.

Em resumo, tratou-se neste trabalho de dar uma visão sobre as questões jurídicas, dando destaque aos problemas que extrapolavam o âmbito local. Os achados, pois, foram os concernentes à compreensão da natureza da função pública, do papel da lei e da necessidade de definições de procedimentos para a Administração "agir".

Os assuntos abarcados nesta introdução serão objeto de estudo maior em capítulos próprios mas, de antemão, dizemos que são os relativos ao seguinte:

- O papel dos Municípios.
- Relacionamento entre os poderes.

- Licitações.
- Contratos administrativos.
- Racionalização da máquina administrativa.
- Princípios de Administração Pública.
- Tribunal de Contas.

Com a devida vênia, faremos uso - para os capítulos relativos aos *Princípios Constitucionais da Administração Pública* e ao *Tribunal de Contas* - das lições do nosso **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL (no prelo)** escrito em co-autoria com a Professora Leda Pereira da Mota.

OS ENTREVISTADOS E O PERFIL DOS MUNICÍPIOS

Foram entrevistados os Secretários de Assuntos Jurídicos de quatro municípios do Estado de São Paulo, todos considerados de médio porte. São eles os seguintes:

- 1) Santo André
- 2) São Bernardo do Campo
- 3) Santos
- 4) Diadema

A definição do que venha a ser um município de médio porte faz-se mediante a conjugação de critérios diversos, a saber:

- População superior a 300.000 e inferior ou igual a 1.000.000 de habitantes.
- Economia assentada em atividades diversificadas.
- Urbanização em grau acima de 90% (noventa por cento).

INDICADORES DE PERFIL DOS MUNICÍPIOS

Santo André

O município de Santo André possui uma área de 159 Km² e nível de urbanização ao grau de 100% (cem por cento).

Dentre as atividades econômicas que na cidade se desenvolvem destacam-se a Indústria e o Comércio. Possui uma população de 613.672 pessoas.

A direção do Executivo Municipal é do Partido dos Trabalhadores (PT) tratando-se de sua primeira gestão.

São Bernardo do Campo

O município de São Bernardo do Campo tem uma área de 319 Km² e nível de urbanização ao grau de 100% (cem por cento). É, por excelência, um Centro Industrial, tendo, esta atividade, preponderância sobre as demais. Sua população conta-se em torno de 565.171 habitantes.

No Executivo Municipal, a gestão é do Partido dos Trabalhadores (PT), tratando-se de sua primeira gestão na Prefeitura.

Santos

Possuindo área de 725 Km² e nível de urbanização por volta dos 99% (noventa e nove por cento), o município desenvolve atividades das quais se destacam o Comércio e Serviços, particularmente o Turismo que lhe dá feições diferenciadas das demais. Possui um importante porto pelo qual se processam bom volume das exportações e importações brasileiras, o que, mais uma vez, atribui a ele caracteres peculiares. Sua população é de 428.526 habitantes.

A Administração está sendo gerida pelo Partido dos Trabalhadores, tratando-se de primeira gestão.

Diadema

Com seus 24 Km² e 100% (cem por cento) de urbanização, Diadema desenvolve atividades econômicas dentre as quais se destacam a Indústria, Comércio e os Serviços em geral. Habitam o Município 303.586 pessoas.

O Executivo Municipal já conta com a segunda gestão consecutiva do Partido dos Trabalhadores, à sua frente.

NOTAS:

(1) Administrar é exercer função de quem não é proprietário.

II. A essência constitucional dos Municípios Brasileiros

1. NATUREZA

A Carta Federal de 1988 já em seu art. 1º, *caput*, inova em assunto do mais elevado interesse para as estruturas de nossa Federação - a natureza do município.

É, sem dúvida, redação totalmente diferenciada daquelas presentes nas demais Constituições, tanto pátrias quanto estrangeiras, distanciando nosso molde constitucional-federativo - em mais um ponto - das tradicionais conformações existentes em outros sistemas jurídicos.

Bem verdade que a simples disposição não esclarece muito, posto que, se assim o fosse, deveríamos entender os Territórios Federais como verdadeiros entes estatais - em vez de autarquias territoriais pertencentes à União - em virtude de similar disposição na Carta de 1967 que incluía os territórios na composição com Distrito Federal, Estados e União para a formação da Federação Nacional (art. 1º, *caput*, CF 67/EC.69).

Certo é que tal interpretação, literal e imperfeita, não corresponde à realidade já que não é nos dizeres de simples disposição isolada que se poderá determinar o significado de norma de tamanha magnitude.

Os territórios figuravam no referido dispositivo como componentes da Federação. Não o eram, sem dúvida, por lhe faltar, para tanto, elemento fundamental: a autonomia. Portanto, o simples escrito não prevalece frente ao sistema como um todo organizado.

Analogicamente, o raciocínio levado a efeito com relação à natureza dos Territórios Federais transpõe-se para a análise do tema com relação aos Municípios.

Com efeito, não se poderia afirmar a posição dos Mu-

nicípios na Federação Brasileira pelo simples entendimento literal da disposição constante da abertura de Nossa Carta. Bem mais se faz necessária a aferição do elemento que separa um *ente estatal* das meras *circunscrições administrativas*.

A autonomia é o poder ou capacidade de gerir os próprios negócios dentro de limites predeterminados em nível superior. A Constituição Federal se apresenta como o poder distribuidor e limitador das competências.

Diante disso, que fez a Constituição Federal? Cometeu a mesma impropriedade que a de 1967 ou nela encontramos elementos para assegurarmos a diferente natureza dos Municípios Brasileiros?

Dúvida não paira no que tange a conferir aos Municípios caráter de ente estatal integrante de nossa Federação. O Texto Fundamental dispôs deste modo no art. 1º, *caput* e, reafirmando o dispositivo, dotou-lhes de autonomia nunca dantes conferida. São hoje, os municípios, dotados de autonomia política, normativa, administrativa e financeira, cujas limitações não as desfiguram, sendo, antes disso, necessárias para assegurá-las.

Essa autonomia se expressa pelo exercício de quatro capacidades fundamentais:

- a) capacidade de auto-organização, mediante elaboração de Lei Orgânica própria;
- b) capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores;
- c) capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre assuntos que lhes são reservados exclusiva ou suplementarmente.
- d) capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).(2)

2. CAPACIDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO

Esse aspecto da autonomia política municipal até então não se constituía em regra; era exceção vigente apenas no Rio Grande do Sul e em Curitiba e Salvador. Agora, a regra é absoluta, dispondo o art. 29, *caput*, que o município se regerá por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e do respectivo Estado.

Deste modo, a Lei Orgânica se configura como espécie de Constituição Municipal que, por tal natureza, assume importância sem igual.

O problema de seu conteúdo não pode ser abordado sem que antes sejam tecidas considerações a respeito da Teoria das Competências.

Para assegurar a autonomia das entidades federativas, torna-se imprescindível a repartição de competências delimitando-se o campo de atuação de cada esfera de governo. Procura-se, por certo, uma regra que evite o enfrentamento entre os componentes da Federação colocando a sobrevivência desta como valor supremo, de um lado e, de outro, igualmente supremo, valor que pretende a preservação dos integrantes federativos.

Nesta repartição, o princípio geral que a norteia é o da predominância do interesse ou do interesse predominante. Por ele, cabem à União as competências sobre assuntos de predominante interesse nacional, geral, aos Estados, os de predominante interesse regional, e, aos Municípios, os de predominante interesse local.

No sistema constitucional vigente no país se adota o sistema complexo, também vigente na República Federal da Alemanha (arts. 70-75) pelo qual se procede a enumeração dos poderes da União com poderes remanescentes para os Estados e definidos para os Municípios, combinando, com esta técnica de reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos), a delegação de competências; competências comuns e concorrentes, nestas cabendo à União estabelecer as normas gerais e suplementarmente aos Estados e Municípios.

As competências podem ser classificadas tendo-se em mira diversos critérios, a saber: a forma, o conteúdo, a extensão e a origem.

a) Quanto à forma, temos competência enumerada ou expressa, a residual e a implícita ou resultante.

b) Quanto ao conteúdo, pode ser competência econômica, social, político-administrativa, financeira, tributária e internacional.

c) Quanto à extensão, temos competência material e legislativa. A primeira subdivide-se em exclusiva e comum. A segunda em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

d) Quanto à origem pode ser originária e delegada.

Pelo exposto vê-se que a Lei Orgânica só poderá tratar de competências, tanto materiais quanto legislativas, sejam elas ex-

clusivas, comuns ou suplementares. Seu conteúdo básico vem disposto no artigo 29, que não merece maiores considerações, a não ser pelas ressalvas feitas brilhantemente por José Afonso da Silva acerca de incorreções na enumeração realizada onde se incluiu matérias que, em verdade, não tratam de questão a fazer parte do Corpo Organizacional. São aquelas constantes dos incisos I, II, IV, VIII, do referido artigo.(3)

3. CAPACIDADE DE AUTOGOVERNO

Esta é outra faceta da autonomia política que não vigia em sua plenitude. Anteriormente, a pretexto de "garantir a segurança nacional", a nomeação dos chefes de Executivos Municipais, ou até a intervenção nos negócios municipais, eram levadas como prática normal.

Hoje, com a nova Carta, fica afastada a possibilidade de ocorrer a nomeação, enquanto a intervenção submete-se a maior rigidez e controle.

O Governo Municipal continua sendo constituído de dois poderes: Executivo, exercido pelo Prefeito, e Legislativo, exercido pela Câmara Municipal.

O Prefeito exerce suas funções de conformidade com o que dispuser a Lei Orgânica, funções essas que compreendem: funções de governo e funções administrativas *strictu sensu*. Nas primeiras estão compreendidas as funções políticas, como a representação do Município; as funções colegislativas, como a sanção ou o veto a projetos de lei; e as funções meramente decisórias, como o planejamento da Administração Local. Já as funções administrativas *strictu sensu* podem ser resumidas como as atividades exercidas infralegalmente, praticando os atos necessários ao fiel e bom cumprimento dos ditames legais e pondo a máquina administrativa em perfeito funcionamento. As funções administrativas são passíveis de delegação a auxiliares consoante o que determinar a Lei Orgânica a respeito.

O problema da substituição do Prefeito resolve-se com exercício do cargo pelo Vice-Prefeito e, não sendo isso possível, pelo Presidente da Câmara Municipal. Ocorrendo a impossibilidade também deste, cabe recorrer ao disposto em cada Lei Orgânica sobre o assunto. Em regra, dispõe-se que o Secretário de Negócios ou Assuntos Jurídicos, onde houver, deve assumir. Nas estruturas mais simples, caberia ao Secretário da prefeitura. Nada impede, entretanto, que disposições outras se façam, man-

tida, não obstante, a regra até o segundo substituto (o Presidente da Câmara).

A Câmara Municipal, que é o órgão no qual se exerce o Poder Legislativo Local, também terá suas funções determinadas pela Lei Orgânica. Suas atividades se desdobram em quatro funções a seguir tratadas:

Função Legislativa *strictu sensu*. Nessa função, exercida com a participação do Prefeito, a Câmara trata de legislar sobre os assuntos que sejam de competência exclusiva ou suplementar do município (art. 30 c/c art. 24).

Função meramente Deliberativa. Resume-se na prática das atribuições privativas da Câmara Municipal, assim definidas pela Lei Orgânica. Exerce-se sem a participação do Prefeito.

Função Fiscalizadora. De extrema importância é aquela que exerce a verificação das finanças e do orçamento municipais tendo, para tanto, poderes para pedir informações ao Prefeito, convocar seus auxiliares, estabelecer Comissões Especiais de Inquérito, tomar e julgar as contas do Prefeito, sendo necessária a votação de 2/3 dos membros da Casa para rejeitar parecer prévio do Tribunal de Contas competente.

Função Julgadora. Constitui-se no exercício de um juízo político por parte desta Casa ao julgar o Prefeito e os Vereadores por infrações político-administrativas.

Função constitutiva ou organizativa. Expressa-se pela manifestação do Poder de Reforma da Lei Orgânica, devendo proceder-se por dois terços dos votos.

O julgamento do Prefeito por crimes comuns ou de responsabilidade fica a cargo do Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

Os Vereadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, estando na circunscrição do Município. Quer-se dizer com isso que não comete crime de opinião. E, se não há crime, não pode, também, ser processado. Esta inviolabilidade deve ser entendida de modo estrito ficando pois, o Vereador, sujeito à prisão ou processo por quaisquer outras infrações penais independentemente de autorização da Câmara Municipal.

4. CAPACIDADE DE AUTO-ADMINISTRAÇÃO

Expressão das autonomias administrativa e financeira, esta capacidade guarda relação, como dito, com a organização, ma-

nutrição e prestação dos serviços da Administração Municipal. Assim, tem importância o conhecimento dos sistemas jurídicos relativos ao tema.

Três sistemas vigem nos diferentes ordenamentos constitucionais:

a) Sistema de Execução Imediata. Por este sistema, os diferentes entes estatais mantêm e prestam seus serviços diretamente, com administração e funcionários próprios, independentes uns dos outros. Ex: EUA.

b) Sistema de Execução Mediata. Neste, um ente, em particular o federal, exerce seus serviços por meio da atuação dos demais entes. Ex: URSS.

c) Sistema Misto. Neste, a execução de alguns serviços se faz de modo mediato e de outros diretamente pelo ente estatal competente. Ex: Áustria.

No Brasil, vige o Sistema de Execução Imediata dos Serviços. Entretanto, há previsão de lei complementar para regular a cooperação entre as diversas esferas de governo.

Assim, pois, Municípios são absolutamente responsáveis pela execução dos serviços a eles cometidos, sendo interessante, porém, exigir que a referida Lei Complementar que trata da cooperação com os demais entes venha a ser editada (art. 23, § único).

5. CAPACIDADE DE AUTOLEGISLAÇÃO

Trata-se de expressão da autonomia normativa, originária, em verdade, da autonomia político-organizativa, posto que, se um ente pode organizar-se (o mais), pode decidir questões de seu cotidiano (o menos).

Tratemos aqui de abordar o problema das competências cometidas aos Municípios diretamente pelo Texto Federal que, como dito, são, tendo-se em conta sua extensão, materiais exclusivas e comuns, bem como legislativas, exclusivas ou suplementares.

Entretanto, o exercício destas competências deve ter em vista o interesse local, cujo conceito não se constitui num dos mais fáceis exercícios.

Essa distinção baseada no princípio do interesse predominante, a bem da verdade, não é estanque e bem demarcada. Apesar disso, tentemos precisar o que entendemos por interesse lo-

cal, já que a doutrina promete mas não fornece algo satisfatório como resposta à indagação.

Interesse local é aquele cuja abordagem e tratamento dependam essencialmente das análises diretas de uma dada localidade em virtude da relação imediata e específica que, com sua realidade, mantém.

A importância de definirmos o que se entende por interesse local se encontra não só na área de competência exclusiva dos municípios mas, também, na de competência suplementar e comum.

Tal princípio deverá ser levado em consideração na elaboração de normas ou execução de atos, quaisquer que sejam eles, para que não se proceda de modo a interferir em competência alheia.

Por essas razões, fizemos a conceituação anteriormente à explicitação das competências. Isto posto, passemos a tratar delas em espécie.

a) Competências materiais exclusivas. São elas as de natureza tributário-fiscal (art. 30, III), administrativa (30, IV e V) e urbanística (30, VIII).

b) Competências materiais comuns. Primeiramente, é preciso alertar para a observância de princípio norteador desta espécie de competências: o princípio da cooperação entre os entes federativos que encontra lampejos no art. 23, § único. Tal princípio é natural e necessário para a manutenção do objetivo maior para o qual foi concebida a Federação que não é outro, senão, o desenvolvimento com vistas à busca do bem estar nacional.

Feitas tais considerações cabe dizer quais são as competências que nessa espécie se enquadram.

São as de natureza política (23, I), social (23, II, V, IX, X e XII; 30, VI e VII), ambiental (23, VI e VII), econômica (23, VIII), administrativa (23, XI) e competência para proteção de patrimônios indisponíveis e difusos (23, III e IV; 30, IX).

c) Competências legislativas exclusivas. Não será necessária consideração maior sobre esta espécie. Figuram no art. 30, I, dizendo ser da competência do município legislar sobre assunto de interesse local. Deve-se, pois, exercer tais competências tendo-se em mira - aqui mais que em outro lugar - o princípio do interesse predominante e o conceito de interesse local, já tratados.

d) Competências legislativas suplementares. Tais competências são obtidas pela combinação do disposto nos artigos 30,

inciso II e 24 e seus incisos. São elas as de natureza tributária, financeira e urbanística (24, I), orçamentária (24, V), ambiental (24, VI e VIII), social (24, VIII (no tocante ao consumidor), IX, XII, XIV e XV) e competência legislativa para defesa de patrimônios indisponíveis e difusos (24, VII e VIII).

Estas noções de ordem teórica em que pese a clareza com que foram listadas pelo constituinte parece que não tiveram o condão de sensibilizar as autoridades municipais com relação às diversas possibilidades por elas conferidas.

Neste particular, pedimos vênica para citar, apenas à título de exemplo o desenho jurídico do projeto de implantação da Taxa Transporte desenvolvido por este instituto e cuja síntese retirada de artigo de nossa lavra, publicado no Jornal *Folha de São Paulo*, abaixo se reproduz:

"O sistema de transportes coletivos encontra-se, hoje, à beira de um colapso, sendo diversos e conhecidos os fatores a contribuir para esta situação. Nessa conjuntura, os recursos arrecadados pela tarifa paga pelo usuário direto tornam-se insuficientes para cobrir os gastos atuais do setor, demandando uma sistemática injeção de recursos públicos.

Por outro lado, o transporte coletivo, assim como a água e a eletricidade, deve ser considerado como insumo das atividades produtivas. Com efeito, o seu colapso levaria ao do sistema produtivo local, já que tanto a indústria como o comércio e o setor de serviços dependem dos transportes públicos para a vinda de seus funcionários, bem como para a sua relação com fornecedores, clientes etc.

O primeiro ponto a merecer registro para o deslinde da questão colocada em debate diz respeito ao fato de o transporte coletivo ter recebido novo enquadramento constitucional, guindado que foi à condição de serviço público de caráter essencial sendo da competência do município organizá-lo e prestá-lo.

Esse fato, por si só, já seria de molde a autorizar ao exegeta a aplicação a esse serviço das mesmas regras utilizadas para similares, como o de água e esgoto, cobrados mediante taxa e tarifa.

Ora, é bem de ver que cuidando-se aqui de serviço público só poderia, em caso de tributação, render ensejo à cobrança de taxa, o que nos levaria à necessidade de defini-la, bem como aos requisitos para a sua instituição.

Taxa, na definição do saudoso mestre Aliomar Baleeiro, vem a ser o *'tributo cobrado de alguém que se utiliza do serviço público*

especial e divisível de caráter administrativo ou jurisdicional ou o tem à sua disposição e, ainda, quando provocada em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos

Portanto, pela definição oferecida, inquestionável se torna a possibilidade de cobrança do tributo pretendido se levado em consideração o dispêndio extra para os cofres públicos com a cobertura dos gastos relativos ao trajeto casa/trabalho/casa, nos chamados horários de pico.

Por outro lado, o serviço público de transporte coletivo compreende, para efeito de despesas, duas áreas distintas, a saber: operacional, responsável pelos custos relativos à peças, acessórios, combustíveis, pneus, salários e encargos, e gestão e investimentos, responsável pelos custos relativos a abrigos, recapagem de vias, renovação de frotas, corredores exclusivos, terminais, planejamento, controle e fiscalização. Ambas, hoje, cobertas pela tarifa, vale dizer, pelo usuário direto.

A instituição dessa taxa, nos moldes em que se pleiteia, será responsável pela cobertura da área de gestão e investimento, ficando a tarifa destinada a fazer face ao setor operacional.

Dentro desse contexto, dúvidas não podem pairar sobre ser o serviço de transporte coletivo especificamente prestado a empresas, vez que ao fazer o planejamento tem o Poder Público que levar em conta, por exemplo, a existência, em certas regiões, de indústrias e que, portanto, nos horários de entrada e saída dos operários é necessário um número maior de coletivos em circulação, e, assim, aumento de despesa pública, o mesmo ocorrendo em zonas de comércio, bancos etc.

De igual forma, patente a divisibilidade do serviço já que sua estimativa de uso pelas empresas é passível de ser mensurada em função do número de empregados.

Por derradeiro, também se faz presente o requisito de compulsoriedade, na medida em que torna-se difícil imaginar a existência de um serviço público essencial despido dessa característica."

(Caderno Cidades, pág. C-5, 17 de julho de 1990 - Celso Spitzcovsky)

NOTAS:

(2) SILVA, José Afonso da. in *O Município na Constituição de 1988*, Ed. RT, p. 8.

(3) SILVA, José Afonso da. in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª edição, Ed. RT, p. 540.

III. Poderes e relações de interdependência

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Embora o Poder Político seja uno e indivisível, distribui-se em funções distintas: a função legislativa, a executiva e a jurisdicional.

Nos Municípios tais funções possuem conformação pouco diferenciada pois que as primeiras são da esfera governamental local e a última da estadual. Por essa razão, não trataremos da função jurisdicional com a mesma preocupação dedicada às demais.

Forçosamente, vigora nos entes federativos o princípio da separação das funções (ou poderes). Não obstante, tal separação, de nenhum modo é absoluta, sendo, antes disso, limitada pela exigência de harmonia entre elas (ou eles).

É exatamente sobre este tema que gostaríamos de fazer maiores considerações.

Por diversas vezes ocorrem enfrentamentos entre as funções tradutoras do poder político que acabam por retardar e até obstar os trabalhos para a consecução de fins aos quais deveriam se adequar.

Decisões dos mais variados tipos sobrepõem-se umas às outras e para dar solução a isso é preciso o domínio de certas técnicas.

É evidente que, se por um lado, o domínio da técnica é importante, por outro é imprescindível a consciência de que a negociação é algo que devemos ter por normal. Não falamos da negociação espúria, esta absolutamente intolerável embora muito mais frequente que a outra. Porém, falamos da negociação que é própria da Democracia onde sem debate, discordância, dúvida e, conseqüentemente, negociação, instaura-se a Ditadura da qual guardamos lembranças extremamente desagradáveis.

Mas, não nos afastemos da técnica que é nossa seara, deixando o assunto anterior para os estrategistas, estando bem cuidado com certeza.

Algumas noções são básicas para se escapar dos conflitos e começaremos, daqui por diante a lhes dar tratamento sistemático.

2. AS FUNÇÕES DO PODER POLÍTICO

Como dito o Poder Político, que possui unidade lógica, vaza por meio das funções legislativa, executiva e jurisdicional.

O tema é importante, já que, por mais liberdade que tenha sido conferida aos Municípios no tocante à auto-organização, não se pode conceber que dêem eles configuração às funções de modo a desfigurá-las do aceito pelo Poder Constituinte Originário Federal.

As funções podem ser classificadas e conceituadas, tendo-se em vista suas relações recíprocas, isto é, levando em conta suas características externas, do seguinte modo:

a) A função legislativa se incumbe de expedir regras dotadas de generalidade e abstração.

b) A função executiva é a que pratica atos para concretizar e individualizar os comandos legais tendo em vista a vontade da Administração.

c) A função jurisdicional é a que realiza o Direito, dando solução a conflitos de interesses. Concretiza e individualiza os comandos legais mas não concorre, para tanto, com sua vontade.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a Câmara Municipal não pode trazer para si funções cujas características sejam típicas da função do administrador público, e vice-versa.

3. AS FUNÇÕES E SUAS SUBESPÉCIES

Todas estas funções possuem diferentes modos de se mostrarem e, pois, pelo ângulo interno podem ser:

a) A função legislativa compreende a legislativa *strictu sensu*, a meramente deliberativa, a fiscalizadora, a julgadora e a constitutiva.

A primeira constitui-se na elaboração daquelas normas referidas como gerais e abstratas tendo colaboração externa (do chefe do Executivo) na sua produção.

A meramente deliberativa se caracteriza como função onde a dita colaboração inexistente.

A fiscalizadora se demonstra na aferição de cumprimento, pelo Executivo, das determinações feitas.

A julgadora, onde ocorre o exercício de função atípica pelo Legislativo.

A constitutiva (organizativa no caso de Municípios), característica manifestação do Poder de Reforma da Constituição (ou Lei Orgânica).

b) a função executiva possui duas subespécies que compreendem diversas atribuições, a saber: função de governo com atribuições políticas, colegislativas e meramente decisórias; função administrativa.

Função de governo com atribuição política é a que se resume na representação em sentido amplo.

Função de governo com atribuição colegislativa é a que expressa colaboração na produção da função legislativa *strictu sensu*.

Função de governo meramente decisória é aquela onde inexistente a colaboração formal e a representação ocupa lugar secundário.

Função administrativa *strictu sensu* é aquela que traduz os comandos legais para o cotidiano através da prática de atos concretos. Esta sim é uma atividade que se exerce debaixo da lei, podendo-se falar em discricionariedade e vinculação na prática desta função.

Discricionariedade ocorre quando, no cumprimento do comando legal, há margem de escolha ao administrador. Não obstante, tal escolha deve ser feita visando-se ao melhor modo de se atingir o interesse público.

Vinculação ocorrerá ao se constatar que, no cumprimento do comando legal, ele já determina o modo pelo qual deve ser realizado.

As noções até aqui desenvolvidas acabam por assumir extremo relevo para o cotidiano vivido pelas Administrações.

Com efeito, sem que se verifique uma ação compatibilizada entre os poderes Legislativo e Executivo diversos projetos por este idealizados acabarão arquivados ou rejeitados por aquele o que absolutamente se mostra inconveniente não só para a implementação dos principais pontos assumidos em campanha mas também para a imagem do Poder Público junto à população.

De resto, foi o que se depreendeu das informações colhidas junto aos Secretários entrevistados o que, como já visto,

chegou inclusive a paralizar por completo as atividades do Poder Executivo.

Por derradeiro, cumpre observar que, nada obstante não serem os Municípios dotados de Poder Judiciário o embate com relação a este Poder muitas vezes se verificou acabando por inviabilizar, de igual sorte, os projetos desenvolvidos pelas Administrações.

Neste particular convém lembrar que as decisões prolatadas por membros pertencentes a este Poder devem vir acompanhadas sempre de motivação, vale dizer, das razões que as ensejaram para que tenham as Administrações condições para delas recorrer.

Este fato que a princípio pode parecer de uma lógica irrefutável assume proporções imensas à medida que tem o condão de evitar ou ao menos dificultar a prolatação de sentenças de cunho eminentemente político.

De outra parte não se pode descurar que o descumprimento pelos magistrados das balizas estabelecidas pelo Ordenamento Jurídico surge de molde a abrir ensanchas à sua responsabilização de forma objetiva.

Com efeito, surgem eles enquadrados debaixo do conceito de agentes públicos sendo que sua responsabilização se verificará independentemente da comprovação de culpa ou dolo a teor do disposto no § 6º do art. 37 do Texto Constitucional a seguir reproduzido:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Neste particular assumem relevo os prazos estipulados pela lei para a prolatação de sentenças pelo Poder Judiciário como é o caso das previsões estipuladas na Lei 1533/51, 4348/64 e 4717/65, reguladoras dos institutos do Mandado de Segurança e da Ação Popular.

Assim sendo, a título de conclusão desse item cumpre salientar que o respeito pelo princípio da independência e harmonia entre os poderes acaba oferecendo intensas conseqüências, de caráter prático que deverão ser a todo custo afastadas utilizando-se para isso, em caso de necessidade, dos instrumentos gizados pelo Legislador.

IV. Princípios constitucionais da Administração Pública

(inserto no CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL (no prelo) de Celso Spitzcovsky e Leda Pereira da Mota)

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O primeiro ponto importante digno de registro diz respeito à presença no Texto Constitucional de um capítulo específico dirigido à Administração Pública trazendo em seu bojo os parâmetros, os nortes de sua atuação.

Com efeito, até a edição do Texto Magno vigente o que se tinha era tão somente um punhado de regras concernentes aos servidores civis e militares permanecendo todo o restante ao nível da construção doutrinária e jurisprudencial.

Neste sentido, em boa hora houve por bem o constituinte estipular este conjunto de regras de aplicabilidade para toda Administração Pública normatizando e como corolário recepcionando muitos dos preceitos já aceitos pacificamente em nosso ordenamento jurídico.

O capítulo em questão é inaugurado pelo artigo 37 que traz em sua redação, a seguir reproduzida, a síntese dos princípios que deverão ser necessariamente contemplados no curso das atividades administrativas:

"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte."

No que respeita à extensão deste conjunto de regras o constituinte deixou clara a sua intenção de atingir a toda estrutura da Administração Pública das quatro esferas de governo compo-

nentes de nossa Federação, vale dizer, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal quer no seu arcabouço direto, indireto ou fundacional.

Destarte, os comandos legais neste capítulo expressados assumem caráter cogente para as Autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e também às Fundações instituídas pelo Estado.

De outra parte, cumpre salientar que o constituinte, subsidiado em nossa melhor doutrina, contemplou quatro princípios cardeais balizadores da conduta administrativa, vale dizer: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Neste passo caberia indagar, antes de passarmos em revista cada um deles, o que vem a ser princípios e qual a posição por eles ocupada em nosso ordenamento jurídico, eis que, como visto, todos os incisos presentes neste artigo bem como, de resto, toda atividade administrativa, deverá por eles se balizar.

2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na Teoria Geral do Direito é assente que nos sistemas de Constituição rígida as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas entre si, sendo que no vértice desta escala hierárquica situam-se as constitucionais.

Por outro lado, de acordo com o seu objeto, não possuem todas as normas constitucionais a mesma importância já que algumas delas acabam por consubstanciar os parâmetros, as diretrizes a serem seguidas pelo Estado. São os chamados princípios que pelo seu caráter abrangente, acabam se transformando em critério seguro para a interpretação das demais normas constitucionais. Neste sentido pontifica o mestre português Jorge Miranda em sua obra *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, p. 199:

"A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tomem explícitas ou explícitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pode exprimir cabalmente. Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios."

No mesmo sentido as lições do eminente publicista espanhol Eduardo Garcia de Enterría, em sua obra *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 95:

"La supremacía de la constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar este en cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operadores privados, por tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate."

É, portanto, através do conhecimento dos princípios que norteiam e oferecem unidade a todo o ordenamento jurídico que o intérprete deve presidir sua atividade procurando entender as diversas normas em sintonia com eles, sob pena de, agredindo-os, colocar em derrocada todo o sistema que neles se alicerça. Não são outras as lições de festejados publicistas do porte de Celso Antônio Bandeira de Mello e Roque Antônio Carrazza:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se a estrutura neles esforçada."

(Elementos de Direito Administrativo - p. 230)

"Portanto tudo se congrega a indicar que a lei e os demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, além de deverem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma mais congruente possível com os princípios encartados no Código Supremo."

(Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária - p. 13).

Assim sendo, a análise de qualquer dispositivo constitucional só adquire significação a partir do todo em que se insere.

De outra parte, cumpre salientar ainda que o conteúdo do artigo 37 não consagra um rol exaustivo de princípios mas apenas e tão somente um mínimo necessário que deverá permear todos estes atos.

Com efeito, cuida-se aqui tão somente de regras mínimas

de cumprimento obrigatório pelo Administrador o que não o exime de outras desde que o interesse público assim o exija, eis que, não se pode olvidar, o administrador público não é dono mas apenas gestor da coisa pública devendo assim procurar sempre o melhor caminho para a salvaguarda do interesse público.

Neste diapasão poderão ser arrolados, à guisa de exemplificação, os princípios da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado, da proporcionalidade, da boa fé

2.1. DOS PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

a) Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade surge como o alicerce maior de um Estado de Direito na medida em que impõe barreiras ao exercício da atividade administrativa preservando os administrados contra desmandos por ela praticados que venham configurar abuso de poder ou desvio de finalidade.

Com efeito, não se pode descurar que a atividade administrativa é subalterna a lei _ vale dizer, o Poder Público só poderá fazer o que, quando e como a lei autoriza, conclusão esta a que se chega pela leitura do Inciso II do artigo 5º do Texto Magno assim redigido:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Destarte, o primeiro aspecto a ser observado diz respeito à expressão "lei" que deverá ser interpretada em seu sentido mais estrito.

Em outro dizer, não poderá o administrador coartar interesses e direitos de terceiros a não ser que sua atitude tenha um embasamento em lei previamente editada não sendo outro o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello para quem:

"Nos termos do art. 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Af não se diz, "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos admin-

istrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar."

(Elementos de Direito Administrativo, 3ª edição, 1992, p. 51)

Isto porque, não se pode olvidar, tem-se uma função quando alguém está adstrito ao cumprimento de um dever, de uma finalidade, valendo-se para tanto de poderes que têm, pois, caráter instrumental.

Com efeito, quem lida com bens, com recursos pertencentes à coletividade, quem maneja uma parcela da máquina administrativa não é dono, não é senhor, não sendo outro o entendimento esposado por Ruy Cirne Lima:

"Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário ... do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado" (Princípios de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, pg. 20).

"Opõe-se a noção de administração, à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir". (Princípios de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 20).

"Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada – não a uma vontade livremente determinada – porém a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita." (Princípios de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 21).

Aliás, a grande antinomia entre o direito público e o privado está em que este é regido pela autonomia da vontade. Em outro dizer, o senhor aqui pode dispor do seu patrimônio do modo como melhor lhe pareça, desde que não agrida à lei.

Já no campo do direito público o contrário se verifica, não havendo lugar para a autonomia da vontade, vez que o que rege esta seara é a finalidade previamente determinada não pelo administrador mas pela lei.

Fala-se aqui, pois, no exercício de uma função que se caracteriza, como visto, pelo fato de estar o administrador adstrito ao cumprimento de uma finalidade, de um dever, e através de instrumentos previamente previstos em lei.

Neste sentido, os poderes conferidos à Administração surgem como simples veículos, instrumentos que devem ser manuseados de acordo com a lei e não com a vontade do administrador e em benefício da coletividade.

Em outras palavras, tem o administrador o dever de fazer atuar as normas legais como expressão da vontade geral juridicamente presumida e disciplinadora da liberdade, da propriedade, da igualdade entre os administrados.

É a consagração do princípio da legalidade pública, tão bem captado por autores de nomeada como se observa dos trechos a seguir assinalados:

"No Direito Público a função da vontade é muito modesta, quase irrelevante, porque o Direito Público não propõe o problema da autonomia da vontade: propõe o problema da submissão à lei, à finalidade, o que importa é a finalidade."

(Celso Antonio Bandeira de Mello in "Curso de Direito Administrativo" RT, p. 16).

"Em um Estado de Direito, a Administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir "contra legem" ou "praeter legem" mas está obrigada a agir sempre "secundum legem".

(Traite des Actes Administratifs, 1954, p. 69 - Michael Stassinopoulos).

Em síntese e parafraseando o insigne administrativista italiano Renato Alessi, conclui-se que enquanto no direito privado tudo aquilo que não é proibido é permitido, na seara do direito público só se pode fazer aquilo que estiver expressamente autorizado em lei.

b) Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade surge como um corolário, como um desdobramento do Princípio da Isonomia.

Destarte, prescreve que a Administração deverá pautar sua atividade por uma posição de neutralidade, sem gerar discriminações que levem a privilégios ou prejuízos injustificáveis.

Assim, pois, invocando neste passo a teoria idealizada por Celso Antonio Bandeira de Mello, nas circunstâncias em que o fator de discriminação utilizado não estiver em consonância com o objetivo da norma, estaremos diante de uma agressão ao Princípio da Isonomia e, como consequência, do Princípio da Impessoalidade aqui estampado.

Em outro dizer, não poderá a Administração Pública estabelecer distinções que não aquelas que encontrem arrimo em lei, já que se, como visto, todos são iguais perante ela não faria o menor sentido a existência de desequiparações fortuitas perante o Poder Público.

De outra parte, a construção doutrinária tem oferecido um outro sentido distinto a este princípio, voltado especificamente, de igual sorte, para o administrador que impede a veiculação de propaganda de caráter pessoal.

Deveras, é o que vem estampado no parágrafo 1º do pré-citado artigo 37 do Texto Magno vazado nos seguintes termos:

"A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, **dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.**" (g.n.)

Com efeito, tendo em vista não ser o administrador o proprietário, o dono mas tão somente o gestor da "coisa pública" não teria cabimento fazer ele propaganda pessoal com propriedade de terceiros, vale dizer, o povo.

c) Princípio da Publicidade

O princípio da Publicidade estabelece a obrigatoriedade de divulgação de todos os atos praticados pela Administração para que possam ser conhecidos e por consequência exigidos, fiscalizados e controlados por terceiros.

Neste sentido conclui-se consubstanciar-se aqui, simultaneamente, um instrumento de cobrança da administração e de defesa e segurança dos administrados.

Com efeito, não se pode esquecer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei como já visto.

Por seu turno, a Lei de introdução ao Código Civil estabelece em seu artigo inaugural que uma lei só entrará em vigor depois de sua publicação, eis que somente depois desta etapa que o seu conteúdo poderá ser exigido por já ter sido levado ao conhecimento público.

Assim sendo, seguindo pela trilha dos ensinamentos do saudoso Hely Lopes Meirelles tem-se que a publicidade dos atos praticados pela Administração é requisito de eficácia e moralidade e não de sua formação. São suas estas palavras:

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

(Direito Administrativo Brasileiro, RT, pág. 82)

De outra parte, o mesmo raciocínio se impõe no que respeita ao controle e fiscalização dos atos editados pela Administração já que somente a partir do momento que são levados ao conhecimento público é que poderão ser objeto de análise com eventuais impugnações quando neles se vislumbrar alguma mácula de ilegalidade através das diversas garantias constitucionais inseridas no Texto Magno.

Assim, pois, tem-se que a regra geral norteadora dos atos praticados pela Administração Pública é a da sua publicidade.

Sem embargo, a própria Constituição cuidou de traçar exceções expressas que nesta condição devem sempre ser analisadas de forma restritiva sob pena de descaracterização do comando legal pré mencionado.

Neste sentido surgem os atos e informações de natureza sigilosa consoante o disposto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição vazado nos seguintes termos:

"Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.**" (g.n.)

No mesmo diapasão surge o inciso LX do mesmo dispositivo constitucional autorizador da restrição da publicidade de atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social a exigirem, bem como o previsto no artigo 20 do Diploma Processual Penal e no artigo 155 do Código de Processo Civil.

Como se pode observar são todas expressões carregadas de subjetivismo tais como segurança da sociedade, do Estado, defesa do interesse social que, se não forem devidamente explicitadas, poderão render ensejo, uma vez mais, a verdadeiras atrocidades como aquelas já registradas em período recente de nossa história.

Por derradeiro, cumpre salientar que o veículo através do qual dar-se-á conhecimento a terceiros dos atos praticados pela Administração é o seu órgão oficial entendido este como seu Diário Oficial bem como qualquer outro da grande imprensa não sendo outro o entendimento conjugado por Hely Lopes Meirelles para quem:

"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, entende-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como também os jornais contratados para essas publicações oficiais." (ob. cit. p. 83).

d) Princípio da Moralidade

A introdução do Princípio da Moralidade Administrativa entre aqueles balizadores de toda atividade pública em boa hora veio espancar, em caráter definitivo, as críticas formuladas até então por parcela de nossa doutrina que nele não via um mínimo de juridicidade.

Com efeito, até a promulgação da vigente Constituição, em que pese a presença de referências expressas no bojo da Emenda nº 1/69 a este tema – quando então elencava-se entre as hipóteses ensejadoras de crime de responsabilidade do Presidente da República a ausência de probidade administrativa – a imoralidade administrativa vinha tão somente atrelada à figura do desvio de Poder que na abalizada lição do insigne Celso Antonio Bandeira de Mello é assim definida:

"Suscintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida."

.....

No desvio de poder há sempre um "móvel", isto é, intenção inadequada. Pode ser de boa ou má fé. Com ou sem desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que o vicia, portanto, não é o defeito de intenção – ainda que através disto se possa perceber o vício – mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência."

(Elementos de direito administrativo 3ª edição, p. 127).

O "status quo" então reinante, levou alguns à conclusão segundo a qual o exame da moralidade dos atos editados pela Administração Pública refugiria à competência do Poder Judiciário situação esta que se alterou radicalmente com a inserção da figura do Desvio do Poder entre as hipóteses de ilegalidade consoante o abalizado relato de Maria Sylvia Zanella Di Pietro in verbis:

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

(Direito Administrativo, Atlas, p.66/67)

Assim sendo, a introdução no Texto Magno do Princípio da Moralidade Administrativa, que desta forma assume uma feição autônoma do Princípio da Legalidade, sacramentou, como corolário, a possibilidade de seu controle pelo Judiciário, fortalecendo, outrossim, o controle do Poder pelo próprio Poder de molde a evitar arbítrios por parte da Administração.

De outra parte, cumpre salientar que uma vez detectada a imoralidade administrativa poderá ela render ensejo à invalidade do ato praticado pelo Judiciário ou pela própria Administração ou com exclusividade por esta em se tratando de revogação.

De resto, convém registrar que a referida hipótese ganhou consistência com a alteração do perfil atribuído pelo constituinte à Ação Popular, como se verifica da transcrição do inciso LXIII do artigo 5º in verbis:

"qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência."

Por derradeiro, é bem de ver que além de deixar expressa a possibilidade de manifestação do Poder Judiciário no que concerne à moralidade administrativa, cuidou o constituinte de estipular outra sorte de penalização para o seu descumprimento indo desde a suspensão dos direitos políticos do agente que o praticou até o enquadramento em crime de responsabilidade nos termos seguintes:

Artigo 37 parágrafo 4º "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

Artigo 85: "São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

V - a probidade na administração."

V. Licitação

1. DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

a) Princípio da Legalidade

Como já visto anteriormente, no capítulo relativo aos princípios constitucionais reguladores da atividade administrativa, o papel assumido pelos princípios em nosso ordenamento jurídico é de extrema relevância na medida em que surgem eles como vetores a indicar os nortes, a serem seguidos pelo Poder Público.

Neste sentido, o primeiro passo a ser dado para que possamos compreender o instituto da licitação é o de procurarmos perscrutar os princípios reguladores da matéria previstos no artigo 3º do Decreto Lei 2300/86 assim redigido:

"A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos."

De início, cumpre observar que o rol de princípios neste dispositivo previsto não se constitui em um elenco exaustivo mas tão somente exemplificativo abrindo, pois, ensejo a outros não previstos de forma explícita mas contemplados no artigo 37 do Texto Constitucional

Neste sentido o primeiro princípio digno de registro é o da legalidade em função do papel primordial que exerce para sustentação de um Estado de Direito.

No que se refere ao campo ora em debate o princípio enfocado significa que somente será considerado legítimo, correto, válido, aceitável, regular, o ato administrativo incluso no procedimento licitatório que obedecer aos limites gizados pelo nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, convém relembrar, uma vez mais, que o princípio da legalidade no campo do Direito Público está a significar que o administrador só poderá fazer expressamente aquilo que a lei autoriza não havendo espaço para qualquer manifestação de vontade em sentido contrário.

Em outras palavras, e seguindo os ensinamentos deixados por Ivan Barbosa Rigolin in Manual Prático das Licitações, Saraiva, pág. 36, tem-se que:

"Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente, segundo sua escolha ou seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei."

b) Princípio da Isonomia

O Princípio da Isonomia conforme já visto anteriormente gerou diversas dúvidas com relação ao seu correto entendimento e só vieram a ser dissipadas com a idealização da forma proposta pelo insigne publicista Celso Antonio Bandeira de Mello.

Destarte, segundo entendimento adotado pelo eminente professor agride-se o Princípio da Igualdade sempre que o fator de discriminação utilizado no caso concreto não estiver compatibilizado com o objetivo da norma.

No que se refere ao tema em exame o Princípio da Isonomia está a significar a impossibilidade do administrador estabelecer no bojo do certame seletivo alguma cláusula exigindo cumprimento de requisitos de forma a não assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes.

Em outras palavras, estabelecimento de cláusulas que importem, ainda que de forma implícita, em benefício para qualquer concorrente em detrimento dos demais será passível de impugnação por afronta ao Princípio ora em exame refletido de forma cristalina no inciso XXI do art. 37 do Texto Constitucional.

Tal se dá com o intuito de impedir a configuração de possíveis direcionamentos dos certames licitatórios o que surge de forma a macular a sua lisura e transparência.

c) Princípio da Publicidade

Previsto pela vez primeira no *caput* do art. 37 do Texto Constitucional, o Princípio em tela tem por objetivo oferecer conhecimento a todos os possíveis interessados em acorrer ao certame seletivo quanto à sua existência.

Deveras, não se pode descuidar que o objetivo colimado pelo Legislador com relação às licitações é o de procurar selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração o que,

será extremamente facilitado na medida em que surja um número maior de propostas.

Desta sorte, a não divulgação da abertura de licitação bem como a adoção de prazos exíguos para que os interessados consultem o edital completo bem como para que providenciem os documentos ali exigidos de forma a comprovar sua capacidade técnica e econômica, surgem como formas de agressão a esse Princípio Constitucional.

No mesmo sentido, o Princípio da Publicidade está a exigir a necessidade de oferecimento de vistas aos eventuais interessados de todos os documentos integrantes do procedimento seletivo bastando para tanto, que haja sido formulado um pedido por escrito.

Assim sendo o acesso ao conteúdo das propostas dos demais licitantes, desde que posterior à fase de abertura dos envelopes, encontra plena justificativa não se admitindo a recusa do Poder Público.

d) Princípio da Probidade Administrativa

O Princípio em tela está a exigir uma conduta proba do agente público durante todo o transcorrer do procedimento seletivo sob pena de ver impugnadas as suas atitudes.

De resto, cumpre salientar que a improbidade administrativa vem prevista e caracterizada como crime pelo Código Penal a teor do disposto no seu título XI denominado "Dos crimes contra a administração pública".

e) Princípio do Julgamento Objetivo das Propostas

O Princípio ora analisado surge ao nosso ver como corolário de todos os demais até aqui mencionados em especial o da Legalidade e o da Isonomia.

Com efeito torna-se claro o objetivo do Legislador ao inserir esse tema entre os princípios balizadores do instituto.

Isto porque o que se busca através dele é fazer com que os documentos apresentados na fase de habilitação pelos licitantes e o conteúdo das propostas na fase de classificação sejam julgados pela Comissão de Licitação de forma transparente e de acordo com critérios previamente estabelecidos em lei de forma a não deixar qualquer dúvida quanto ao aspecto subjetivo das decisões por ela prolatadas.

Em outras palavras, julgamento objetivo é aquele que, por sua natureza não comporta interpretação da conformidade, da documentação ou das propostas dos licitantes, com as exigências da Administração.

Extremamente preocupado com o problema enfocado o Decreto Lei 2300 tratou de, em outro passo, estabelecer quais os fatores que poderão ser levados em consideração pela Comissão Licitante bem como quais os tipos de licitação que poderão ser utilizados em uma clara tentativa de evitar manipulações que surgem infelizmente de forma tão freqüente em nosso Ordenamento Jurídico.

f) Princípio da Vinculação às Cláusulas do Edital

O Princípio ora em tela surge como um desdobramento do Princípio da Legalidade e da Moralidade verdadeiros nortes das atividades administrativas como já visto.

Com efeito, o que está a se demonstrar com a sua previsão é o absoluto caráter vinculado de procedimentos administrativos desta natureza não dando margem a que se manifeste a vontade do administrador sob pena de agressão ao Princípio da Isonomia entre os licitantes.

Em outras palavras, utilizar-se de expedientes não previstos anteriormente no edital para efeito de julgamento dos documentos apresentados na fase de habilitação bem como da análise das propostas apresentadas quando da fase classificatória, significa vilipendiar o Ordenamento Jurídico como um todo que no Princípio da Licitação encontra um dos seus alicerces.

Assim sendo, o respeito às cláusulas previstas no edital, acaba por garantir a igualdade de condições entre os licitantes prevista no inciso XXI do art. 37 de nossa Constituição.

Por derradeiro, cumpre salientar uma vez mais, que a análise dos princípios alojados no art. 3º do Decreto lei 2300/86, bem como no art. 37 *caput* do Texto Constitucional não esgota a matéria em função da existência, ainda que de forma implícita de outros princípios.

Neste diapasão acabam encontrando lugar os Princípios da Indisponibilidade do Interesse Público, da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, da Finalidade, da Proporcionalidade.

2. CONCEITO DE LICITAÇÃO

O instituto da Licitação pode ser definido como procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre ramos possíveis, a proposta mais vantajosa ao interesse público visando à celebração de um futuro ajuste.

Neste sentido cumpre salientar que a regra geral é a da obrigatoriedade da licitação para a administração pública a teor do disposto no artigo 2º do Decreto-lei 2300/86 bem como no artigo 37, XXI do Texto Constitucional.

Nada obstante, sobreleva notar que, em que pese ser esta a regra geral norteadora das atividades desenvolvidas pelo Poder Público, o próprio constituinte houve por bem fazer previsão de possíveis exceções como está a demonstrar a redação oferecida no inciso XXI do artigo 37 que a seguir se reproduz:

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

Neste diapasão, foram plenamente recepcionadas pelo Texto Constitucional em vigor as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação alojadas respectivamente nos artigos 22 e 23 do Decreto Lei 2300/86 que serão analisadas em seguida.

3. DA DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A dispensa de licitação tem lugar quando ocorrerem circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultem a não realização do certame seletivo.

Conclui-se, pois, que, incidindo a situação concreta em uma das hipóteses elencadas no artigo 22 do Decreto Lei 2300/86, surge como recomendável, e não obrigatória a dispensa do procedimento seletivo.

Isto porque, se passarmos em revista os casos aqui consagrados facilmente constataremos que, exceção feita aos incisos I e II referentes a limites de despesas o que sem dúvida caracteriza-se como dados extremamente objetivos, não oferecendo margem a qualquer dúvida, todas as demais hipóteses demandarão justificativa por parte da autoridade responsável de molde a justificar a opção realizada.

Tal procedimento deverá ser adotado sempre que a Comissão de Licitação não se sentir segura o suficiente para justificar a opção pela dispensa do certame seletivo de forma a evitar a possibilidade de realização de dispensa ilegal o que, inquestiona-

velmente, poderá gerar problemas futuros junto ao Tribunal de Contas do Estado através de uma impugnação ou mesmo por via de Ação Popular pela realização de ato ilegal e ilegítimo.

Assim sendo, diante de expressões subjetivas como: grave perturbação da ordem, calamidade pública, emergência, comprovada conveniência e necessidade administrativa todo o cuidado deverá ser tomado pelo Administrador para que não tenha sua imagem arranhada pela reprovação de suas contas.

Por outro lado, cumpre observar que os riscos da não adoção de uma licitação para estes casos envolvendo expressões de certa forma fluidas, subjetivas, assume uma proporção ainda maior na medida em que, como visto, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas se por um lado não apresenta caráter definitivo, posto que passível de alteração atingido o quorum de 2/3 da Câmara de Vereadores, por outro não poderá ser questionada até o momento de apreciação da matéria pela Casa Legislativa à qual se subordina.

Em outras palavras, impugnadas as contas, o que ocorre variadas vezes, em caráter eminentemente político, sofrerá um enorme desgaste o chefe do Executivo Municipal na medida em que terá de efetuar, sem dúvida, diversas composições junto ao Legislativo de forma a ver a decisão, anteriormente proferida pela Corte de Contas, alterada.

Dentro deste contexto temos para nós, e a experiência comprova, que os casos mais freqüentes de embates quanto às questões envolvendo dispensa de licitação surgem em torno dos conceitos de situação emergencial e nos casos de contratação direta para complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior.

Com relação ao primeiro, embora surja a expressão emergencial carregada de alta dose de subjetivismo oferecendo, pois, ensejo a diversas interpretações, nossa melhor doutrina acaba por oferecer importantes subsídios para sua caracterização conforme se verifica dos trechos a seguir reproduzidos:

"Quando reclama-se solução imediata de tal modo que a realização da licitação com os prazos e formalidades exigidos poderá causar prejuízo à empresa ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, bens ou provocar paralização das atividades independente de incúria administrativa." (Lucia Valle Figueiredo *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação* – RT, 2ª edição)

"A emergência que dispensa licitação caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipa-

mentos e outros bens públicos ou particulares. Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas." (Licitação e Contrato Administrativo, 10ª edição, pág. 102 – Hely Lopes Meirelles).

Assim sendo, exsurge claro que as situações emergenciais caracterizam-se como aquelas que transcendem as rotinas administrativas de forma a reclamar providências imediatas das autoridades competentes com o intuito de minimizar os efeitos nefastos que possam gerar.

Por sua vez, as situações de calamidade pública têm lugar quando fenômenos da natureza tais como inundações, vendavais, trombas d'água, secas prolongadas, surtos epidêmicos atingirem proporções de molde a comprometer a segurança e a saúde das pessoas.

Desta forma, conclui-se que a justificativa para a dispensa de certame seletivo deve ser minuciosa, descrevendo detalhadamente a situação provocada por estes eventos da natureza não sendo suficiente a sua simples menção.

De outra parte, no que respeita à dispensa de licitação com base na necessidade e conveniência de contratação direta, cumpre observar que para que a hipótese se viabilize faz-se mister o cumprimento de dois requisitos fundamentais: que a necessidade e conveniência sejam comprovadas a partir de relato minucioso e desde que única e exclusivamente para complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior e com o mesmo empreiteiro ou fornecedor de serviços, não podendo ultrapassar os 25% do valor original contratado.

Outrossim, para o caso de licitação deserta consoante previsão estipulada pelo legislador no inciso V do artigo 22, todas as cautelas, de igual sorte deverão ser tomadas, posto que esta hipótese só se viabilizará caso a publicidade do edital não tenha sido insuficiente de forma a impossibilitar amplo conhecimento do conteúdo da licitação pelos eventuais interessados; que o prazo oferecido para providências relativas aos documentos exigidos não tenha sido insuficiente e que, finalmente, os requisitos exigidos na fase de habilitação não sejam incompatíveis, despropositados.

Aliás, com relação aos documentos exigidos na fase habilitatória do certame seletivo, importante observar que eles deverão ser de molde a comprovar a qualificação técnica e

econômica dos licitantes de forma a demonstrar serem eles dotados de suficiente solidez para o cumprimento das obrigações que irão assumir.

Já no que se refere à dispensa de licitação em razão da pessoa, o inciso X do artigo 22 abre expressamente esta possibilidade quando se tratar de operação envolvendo exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, paraestatais ou aquelas que se encontrem sob o controle majoritário do Estado.

Neste particular, importante registrar que, no que se refere às duas últimas hipóteses o comando legal só se aplica para os entes prestadores de serviço público posto que, não entrando em competição com a iniciativa privada, quando do exercício de suas atividades por desenvolverem áreas de pertinência exclusiva do Poder Público não faria o menor sentido abrir-se uma licitação.

Em contrapartida, em se tratando de ente paraestatal desenvolvedor de atividade econômica, o mesmo raciocínio já não se sustenta eis que implicaria em concorrência desleal agressora do princípio da livre concorrência informador do capítulo relativo da Ordem Econômica previsto em nossa Carta Magna.

Cumpra salientar ainda que esta regra geral só poderá ser excepcionada no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços por órgãos integrantes da própria administração ou no caso de fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa.

Com relação aos casos de inexigibilidade de Licitação, situação diversa se verifica posto que cuida-se aqui de circunstâncias especiais, de fato ou de direito, previstas em lei as quais porque inviabilizadoras de competição afastam a possibilidade de licitação.

Em outro dizer, não se trata aqui de mera faculdade do Poder Público de dispensar ou não o procedimento licitatório a seu critério mas sim de hipóteses em que a realização de licitação se mostra inviável pela impossibilidade de confronto de propostas por expressa disposição legal.

Neste sentido ainda cumpre salientar que as hipóteses alojadas no dispositivo legal enfocado não se constituem em *numerus clausus*, conclusão que se extrai da parte final da redação do seu *caput*.

Com efeito, depois de estipular que a inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de competição, o legislador teve o cuidado de deixar clara sua intenção ao dizer: "*em especial*" o que, inquestionavelmente nos conduz ao raciocínio segundo o

qual nada está a impedir a idealização de outras circunstâncias capazes de encaixar na moldura legal elaborada, desde que encontrem amparo no ordenamento jurídico.

De resto, outro não foi o entendimento adotado por Lucia Valle Figueiredo:

"Dessa forma, dependendo portanto do enfoque outorgado pelo estudioso ao tema diremos que textualmente não estão as hipóteses de dispensa e inexigibilidade arroladas em *numerus clausus*.

Entretanto, em visão contextual, claro está que o ordenamento jurídico abraça a matéria em *numerus clausus*. Isto é, só se admite a pesquisa das figuras de dispensa e da inexigibilidade e sua descoberta, se não ultrapassados os princípios vetoriais do instituto, constitucionais e infraconstitucionais, como, aliás, já referido.

Assim, o elenco legal não é fechado, no sentido de que outros rótulos de dispensa ou inexigibilidade são admissíveis, mesmo não arrolados expressamente em lei, mas é fechado, no sentido de que tais rótulos não podem ultrapassar os conteúdos legalmente traçados e não podem comportar hipóteses infratoras aos princípios norteadores do instituto refletidos nos casos expressamente agasalhados em direito positivo." (Dispensa e inexigibilidade de licitação RT, 2ª edição, pg. 34).

A leitura do excerto colacionado não deixa margem a dúvidas quanto à possibilidade de adoção da inexigibilidade de licitação para outros casos diferentes dos previstos no artigo 23 do Decreto-lei 2300/86 desde que não ultrapassadas as balizas estabelecidas por nosso ordenamento jurídico.

Avançando um pouco mais sobre o tema ora enfocado surgem como extremamente oportunas algumas considerações sobre as hipóteses alojadas no citado artigo 23.

A primeira hipótese elencada diz respeito àquelas circunstâncias em que se vislumbra a inviabilidade de competição em função da exclusividade de fornecimento na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros o que se justifica pela singularidade do objeto ou do produtor de forma a impedir o estabelecimento de confronto entre diversas propostas.

Nestes casos, em assim procedendo deverá o administrador cercar-se de todas as cautelas possíveis justificando a necessidade da aquisição.

Outrossim, consoante reiteradas decisões proferidas pela Corte de Contas do Estado de São Paulo, deverá solicitar do futuro contratado prova cabal de sua exclusividade sob pena de ver descaracterizada a hipótese.

Por outro lado, a mesma atitude deverá ser tomada para evitar insinuações com relação à existência de direcionamento das licitações quando a opção se der por alguma marca.

Isto porque, importante observar que sua adoção não poderá merecer qualquer reprovação desde que fartamente comprovada a impossibilidade, tendo em vista as características apresentadas pelo caso concreto, de compra de outro equipamento ou produto.

A segunda hipótese ensejadora de inexigibilidade de licitação é aquela referente à contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 12, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Por seu turno, o conceito de notória especialização é fornecido pelo parágrafo único do artigo 12 deste Estatuto que diz:

"Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

A leitura do dispositivo legal gerador de tantas polêmicas não deixa dúvidas quanto a serem dois os requisitos a serem cumpridos de forma a possibilitar ao administrador público a contratação direta: a notoriedade do profissional ou empresa a serem contratados e a singularidade da situação que esteja a exigir a presença de um profissional ou empresa dotados destas características.

Destarte, não faria o menor sentido proceder-se a contratação de profissional ou empresa rotulados da forma exigida pelo Legislador para a execução de serviços que em sua essência nada de excepcional apresentam, facilmente realizáveis por profissionais de capacidade mediana.

Com efeito, para a perfeita caracterização da situação descrita pelo Legislador o aspecto diferenciador deverá ser comprovado tanto com relação ao sujeito quanto ao atinente ao objeto dos serviços por ele prestados.

Por seu turno, a hipótese consagrada no inciso III trata dos casos de contratação direta de profissionais de igual sorte especializados só que pertencentes ao setor artístico, que deverão ter o reconhecimento da opinião pública ou da crítica especializada com relação ao trabalho desenvolvido.

Dentro deste contexto, temos para nós que em que pese a alta dose de subjetividade constante nas expressões aqui enunciadas o

que, em tese poderá render ensejo a inúmeras distorções, o Poder Público deverá buscar um consenso ao menos quanto ao seu reconhecimento dentro dos limites geográficos em que se situa.

Em outras palavras, despropositada será a contratação pelo Município de São Paulo na modalidade aqui prevista, vale dizer, com inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico que tenha seu trabalho reconhecido apenas em alguns pequenos municípios do norte-nordeste sendo a recíproca verdadeira.

O inciso IV consagra a inexigência de licitação para os casos de compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público cujas necessidades de instalação e localização surjam como condicionantes de sua escolha.

Neste particular, embora possa imaginar-se tratar o inciso ora analisado de hipótese despida de maiores dificuldades o administrador ao lançar mão dela deve procurar cercar-se de determinadas cautelas, posto que não é qualquer compra ou locação de imóvel que poderá aqui enquadrar-se.

Com efeito, para que a operação possa ser executada sem o certame seletivo faz-se mister a comprovação da razoabilidade acerca da escolha do imóvel de forma a demonstrar, às claras, a existência de uma pertinência lógica entre o imóvel escolhido e as necessidades administrativas.

Em outras palavras deverá o administrador comprovar que o imóvel objeto de sua escolha atende às necessidades do serviço público em função de suas características bem como de sua localização o que o torna de tal modo singular para o caso concreto que acaba por impossibilitar a abertura de uma licitação.

Em outro dizer ainda, nada obstante cogitar a espécie de ato de natureza discricionária a ausência de justificativa de molde a comprovar de forma objetiva a opção realizada pode render ensejo a anulação do ato praticado por afronta aos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, mormente o da finalidade, consoante descrição já anteriormente feita. (Vide capítulo relativo aos Princípios Constitucionais da Administração Pública).

Por derradeiro, listou o legislador como hipótese dispensadora de certame seletivo aquela voltada para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

Obra de arte e objeto histórico são, nas palavras de Raul Armando Mendes,

"Todos aqueles que, por suas características e certas circunstâncias, destacam-se do comum das coisas ou não tenham similares, ou sejam originais."

(Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, RT. pág. 71).

Nada obstante para que possam os administradores adquirir os bens dotados destas características cumpre salientar a necessidade de preenchimento de outros dois requisitos: certificação de sua autenticidade com o intuito de evitar imitações; sejam eles inerentes às finalidades do órgão que os adquire o que, inquestionavelmente abre a possibilidade de sua aquisição tão somente para museus ou outros órgãos envolvidos com a questão cultural.

4. DA FASE DE HABILITAÇÃO

Deixando-se agora de lado as hipóteses ensejadoras de não utilização de certame seletivo, cumpre mencionar, ainda que superficialmente, alguns obstáculos que costumam aparecer depois de aberta a licitação, em especial os registrados nas fases de habilitação e julgamento das propostas extremamente delicados levando-se em conta o momento político vivenciado pelo país.

De início impende observar que a natureza destas dificuldades está contida na redação oferecida pelo já citado artigo 37 do Texto Constitucional especialmente a registrada em seu inciso XXI que, pela importância que assume para o desate das questões que serão desenvolvidas, pedimos vênias para uma vez mais transcrever:

"Ressalvados os casos especificados na legislação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (gn.)

A leitura do dispositivo trazido à tona em que pese a clareza de sua redação, acabou por gerar intensa polêmica em nossa doutrina no que se refere à documentação passível de ser exigida pelos órgãos do Poder Público quando da abertura de algum procedimento licitatório.

Isto porque por ter o Constituinte autorizado somente a exigência de documentação que sirva para comprovação da capaci-

dade econômica e financeira das empresas que acorrerem à licitação alguns tem entendido que o referido comando constitucional acabou por revogar o conteúdo do artigo 25 do Decreto Lei 2300/86 cuja redação a seguir se reproduz:

"Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - Capacidade jurídica
- II - Capacidade técnica
- III - Idoneidade financeira
- IV - Regularidade fiscal."

Sem embargo da robustez dos argumentos alinhados por aqueles que assim pensam, com eles não comungamos posto que, segundo pensamos, a expressão "*qualificação econômica*" utilizada pelo constituinte surge de forma a abranger todo o conteúdo do dispositivo inserido no Diploma das Licitações.

Desta sorte, todos os documentos que se mostrarem hábeis à comprovação da situação financeira e fiscal das empresas para efeito de cumprimento das obrigações que deverão assumir, continuam encontrando respaldo em nosso ordenamento jurídico.

A importância da discussão de temas como o que neste passo se enfoca assume um relevo ainda maior em função da orientação estabelecida pelo Legislador conferindo efeito suspensivo aos recursos que porventura sejam interpostos nesta fase do certame seletivo.

Destarte, é a conclusão que se extrai da leitura do artigo 75, I do Decreto Lei 2300/86 *in verbis*:

"Dos atos da Administração Federal decorrentes da aplicação deste decreto cabem:

I - recurso, no prazo de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante:

parágrafo 2º: o recurso previsto na alínea "a" do inciso I, deste artigo, terá efeito suspensivo. A autoridade competente poderá, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva, nos casos previstos nas alíneas "b" e "e" do inciso I deste artigo."

Assim sendo, qualquer impugnação às decisões da Comissão de Licitação nesta fase gerará a suspensão da tramitação da licitação.

5. DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

A relevância do tema ora enfocado exsurge manifesta tendo em vista a utilização, com larga frequência pelos administradores, de critérios extremamente subjetivos que acabam por destoar, por completo, das orientações gizadas pelo Legislador no artigo 37 do Decreto Lei 2300/86 *in verbis*:

"O julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou responsável pelo convite, realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos."

Por seu turno, ainda preocupado com o tema em questão, por entender ser ele de importância candente posto que fundamental para evitar tentativas de direcionamento, manipulação de forma a manchar a lisura e a transparência de qualquer procedimento seletivo, o Legislador listou os fatores que deverão ser utilizados pela Comissão de Licitação de forma a garantir a objetividade do critério de julgamento nos termos seguintes:

"No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os seguintes fatores:

- I - qualidade
- II - rendimento
- III - preço
- IV - prazo
- V - outros previstos no edital ou no convite.

Outrossim, estes fatores deverão ser utilizados de forma equilibrada nos seguintes tipos de licitação:

- "I - a de menor preço;
- II - a de melhor técnica;
- III - a de técnica e preço; e
- IV - a de preço-base em que a Administração fixe um valor inicial e estabeleça, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório."

Neste diapasão, a utilização de cláusulas dissonantes da orientação oferecida pelo Legislador poderá gerar a impugnação, por parte dos interessados, da cláusula respectiva do edital.

Assim sendo, neste particular, segundo pensamos, a regra geral a ser utilizada é a de adoção pelo Poder Público de critérios que não deixem repousar nas mãos da Comissão de Licitação o julgamento da melhor proposta segundo conceitos já sedimentados por seus membros mas que, ao revés, encontrem arrimo nos Diplomas Legais reguladores da matéria.

VI. Tribunal de contas

(inserto no CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL (no prelo) de Celso Spitzcovsky e Leda Pereira da Mota)

1. POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL

As intensas discussões que tem sido travadas acerca do papel ocupado pelos Tribunais de Contas em todo o país ganharam nos últimos tempos uma dimensão ainda maior tendo em vista as reiteradas manifestações destes órgãos rejeitando, sistematicamente, não só as contas apresentadas pelo Poder Público mas também as entidades paraestatais a ele vinculadas.

A questão ganha ainda novos contornos a partir da postura assumida por membros destas Cortes no sentido de que a não apreciação das contas pelo Legislativo no prazo de 90 dias implicaria em que a rejeição anunciada pelo Tribunal com relação às contas do Executivo ganharia foro de definitividade.

Realmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações significativas no que se refere à fiscalização contábil, financeira e orçamentária externa do Poder Público, incluindo-se, aqui, a Administração Direta e Indireta.

Destarte, o primeiro aspecto digno de registro diz respeito à posição ocupada pela Corte de Contas o que vem esclarecido pelo artigo 71 da Carta Magna:

"O Controle externo a cargo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União ao qual compete".

A leitura do dispositivo constitucional invocado não deixa margem a qualquer dúvida quanto ao papel a ser desempenhado pelos Tribunais de Contas, vale dizer, como auxiliares do Poder Legislativo.

Assim sendo, exsurge claro, dentro deste contexto, que as decisões pronunciadas por estes órgãos assumem a feição de pareceres técnicos que deverão ser submetidos, necessariamente, ao crivo do Poder Legislativo que, por seu turno, poderá, caso atinja o quorum de 2/3 exigido pela Constituição, reformá-los.

Destarte, emerge clara a conclusão segundo a qual na qualidade de órgão auxiliar não terão as decisões proferidas por

aqueles órgãos técnicos, a característica de "coisa julgada" eis que passíveis de futuras reformulações.

De outra parte, outra conclusão importante pode ser sacada do caput do artigo 71 no sentido de que, salvo a exceção expressamente configurada no parágrafo 1º para os casos de sustação de contratos, na qualidade de órgão auxiliar não poderão os Tribunais de Contas assinar qualquer prazo para que o Poder Legislativo se pronuncie acerca de suas decisões sob pena de subverter-se completamente a ordem dos papéis esmaecendo-se, inclusive, o Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes.

O segundo ponto digno de registro diz respeito à ampliação significativa de suas competências não só com relação ao seu alcance mas também no que pertine ao seu conteúdo.

Deveras, preocupado com a falta de controle existente até então sobre as empresas estatais, o Constituinte houve por bem estender esta fiscalização para estas entidades como se verifica da leitura do artigo 70 bem como de seu parágrafo único:

"A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da **administração direta e indireta**, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, operação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

"Prestará contas **qualquer pessoa física ou entidade pública** que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

De resto, não poderia ser diversa a postura assumida neste particular pelo Constituinte, quanto mais não seja para uniformizar-se com o disposto no capítulo VII do Título III relativo à Administração Pública quando então, traçando uma série de preceitos norteadores das atividades administrativas, houve por bem, com acerto, estendê-los para a Administração Indireta ou Fundacional.

Desta forma, não faria, segundo nosso entendimento, o menor sentido não atribuir às Cortes de Contas o dever de fiscalizar o correto desempenho destas Entidades.

Outrossim, no mesmo diapasão encontram justificativa o conteúdo das competências atribuídas aos Tribunais de Contas espraiado por todo o território nacional.

Isto porque ao exercer o seu poder fiscalizatório não podem fazê-lo de forma arbitrária. Ao revés, deverão ater-se à análise

dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais e somente à sua legalidade, legitimidade e economicidade, os mesmos princípios balizadores das atividades administrativas esculpidos no artigo 37, caput do Texto Magno.

Dentro deste contexto, pois, qualquer atitude tomada por estes Tribunais que extrapole estas balizas estipuladas pelo Constituinte restará irremediavelmente maculada pelo vício de inconstitucionalidade.

2. DAS COMPETÊNCIAS

Como visto anteriormente, no que pertine às atribuições conferidas às Cortes de Contas registra-se uma grande ampliação.

No bojo do rol exaustivo de matérias elencadas no artigo 71 do Texto Constitucional, destaca-se, indubitavelmente, a prevista no inciso I assim redigido:

"apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento."

O dispositivo supra submete nitidamente o Tribunal de Contas, quando do exercício deste mister, a dois limites: um de ordem material e outro de ordem formal.

Assim é que quando da análise das contas do Executivo deverá esta Corte, quanto ao mérito, ater-se aos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade consoante o disposto no caput do artigo 71.

De outra parte, terá que desempenhar esta tarefa em um prazo que em hipótese alguma poderá superar o limite de sessenta dias aqui estipulado sob pena de incidir-se no vício de inconstitucionalidade.

Por sua vez, o inciso II ao estipular a competência das Cortes para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta já não coloca prazo para que estas providências sejam estipuladas.

Por outro lado, quer nos parecer tenha incidido aqui o Constituinte em uma impropriedade ao inserir a expressão "julgar". Com efeito, quer nos parecer não estar ela, por tudo quanto foi até aqui explicitado acerca do papel assumido pelos Tribunais de

Contas, compatibilizada com o Texto Magno devendo, pois, ser interpretada com restrições sob pena de subverter-se, uma vez mais, a independência do Legislativo ao qual se subordina.

De outra sorte, ofereceu o Constituinte para o exercício dos misteres a ele atribuídos, novos instrumentos de molde a tornar mais ágil e eficaz o seu papel.

Destarte, é o que se conclui da possibilidade a eles conferida de realizar, por iniciativa própria inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário bem como nas entidades paraestatais, consoante o disposto no inciso IV do artigo 71.

Da mesma forma, encontram-se as competências previstas nos incisos IX para assinar prazo para o cumprimento de suas determinações e a de sustar, se não atendida, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal expressa no Inciso X. Neste particular, cumpre salientar, que a Constituição adotou procedimento diverso para os contratos quando então, a sustação ficará a cargo do próprio Legislativo (parágrafo 1º).

Sem embargo, é bem de ver que, por expressa determinação constitucional, não providenciadas as medidas cabíveis no prazo ali estipulado, prevalecerá a decisão que os Tribunais tomarem a este respeito.

Em que pese não concordamos com a sistemática adotada pelo constituinte por transformar ela, para o fim deste dispositivo, um órgão subordinado em subordinante, é de mister seja ela acatada.

Por derradeiro, importante registrar que as decisões proferidas por estes Tribunais que impliquem em imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (parágrafo 3º).

É bem de ver ainda que as disposições aqui esmiuçadas, aplicam-se, no que couber, aos Tribunais estaduais e municipais onde existirem.

VII. A racionalização da máquina administrativa: uma questão municipal

Sem dúvida alguma, a questão relativa à racionalização da máquina administrativa é daquelas que assumem uma importância fundamental principalmente para aqueles que estão assumindo pela primeira vez as Administrações Municipais.

Com efeito, em que pese estarem os representantes eleitos pelo povo embuídos de boas intenções, no mais das vezes no afã de atingir os objetivos propostos em campanha acabam por esbarrar nas limitações e impedimentos de nosso Ordenamento Jurídico.

Por outro lado, a tomada imediata de decisões neste campo acaba assumindo uma feição própria na medida em que o que se verifica com freqüência é que o orçamento municipal votado no apagar das luzes da legislatura anterior acaba se mostrando quase que totalmente comprometido com a folha de pagamento do funcionalismo público.

Tal situação traz como corolário a impossibilidade de alocação de verbas para questões não menos importantes como as relativas ao setor de saúde, educação, transporte, obras públicas, o que acaba por comprometer sobremaneira a imagem da Administração junto à população logo no início da gestão.

Assim sendo, surgem, reiteradas vezes, declarações de nossos governantes com relação à impossibilidade de levar adiante as promessas feitas em campanha por terem encontrado uma triste realidade dentro da qual o orçamento encontrava-se completamente comprometido.

Neste sentido, o trabalho que se desenvolverá neste capítulo tem o condão de procurar apontar algumas soluções para este sério problema traçando, de igual sorte, as balizas estabelecidas pelo Constituinte neste particular.

Assim, a primeira sorte de considerações diz respeito às

possibilidades de redução do tamanho dos órgãos públicos caso se vislumbre esta necessidade tendo em vista a existência de atividades superpostas e até mesmo coincidentes.

Neste particular, a Constituição Federal, em seu artigo 48, X, atribuiu ao Congresso Nacional a competência para dispor sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública em geral. Por outro lado, de acordo com o artigo 37, XIX e XX da Carta Magna, a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, subsidiárias dessas empresas, autarquia e fundação pública dependerá sempre de lei específica.

Em resumo, os órgãos federais demandam a edição de lei específica para sua extinção, caso contrário as leis que os criaram continuam vigentes; os estaduais só poderão ser extintos com prévia autorização legislativa, sob pena de nulidade dos atos.

O segundo tema que se mostra extremamente pertinente para o assunto em análise é a questão relativa aos funcionários públicos principalmente com relação àqueles denominados popularmente por "*marajás*".

Dentro deste contexto cumpre esclarecer o que seja "*marajá*", expressão já integrante do vocabulário popular: não é quem "*ganha bem*", mas quem "*ganha bem ou demais*" *indevidamente*. Também há "*marajás*" que "*ganham pouco*", mas não trabalham, talvez porque isso não lhes seja exigido, além daqueles que possuem vários cargos, funções ou empregos que, somados os rendimentos, podem propiciar altíssima remuneração.

A primeira hipótese é caso de processo administrativo ou mesmo de processo criminal.

De outra parte, a questão relativa a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas deve ser entendida consoante os contornos estabelecidos pelo constituinte a teor do disposto no artigo 37, XVI, da Constituição Federal que a veda, exceção feita aos casos ali alojados, vale dizer, quando houver compatibilidade de horários, a de dois cargos, empregos ou funções de professor, um de professor com outro técnico ou científico; ou dois privativos de médico.

A pena para a acumulação remunerada, fora dessas exceções é a demissão, desde que, por óbvio, devidamente comprovados os argumentos em processo administrativo em que se garanta ao acusado a ampla defesa sob pena de em assim não procedendo, incorrer o Administrador em afronta a dispositivo constitucional inserido no Artigo 5º de nossa Magna Carta.

Dentro deste cenário, outras medidas surgem como possíveis com a colocação em disponibilidade dos funcionários mas com vencimentos ou remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Neste particular sobreleva notar que a demissão indiscriminada, vale dizer, aquela procedida de forma arbitrária, acaba por colidir frontalmente com o instituto da estabilidade previsto no art. 41, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Com efeito, remansoso em nossa doutrina e jurisprudência e de resto previsto na Lei das Leis que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou em decorrência de processo administrativo em que a garantia da ampla defesa seja assegurada; tudo isto como corolário do Princípio da legalidade que surge como norte para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade administrativa.

Deste modo, ainda que em caráter residual, quer nos parecer que dentro dos quadros componentes da Administração Pública, somente aqueles servidores que não forem dotados de estabilidade é que poderão ser objeto de demissão sem processo administrativo observados no entanto todos os requisitos previdenciários exigidos por lei tais como FGTS, indenizações etc.

Por derradeiro, cumpre registrar algumas palavras acerca do instituto da disponibilidade já mencionada, ainda que em caráter superficial no início desse capítulo.

Neste sentido, importante lembrar que a disponibilidade remunerada do servidor somente terá lugar até o seu aproveitamento em outro cargo, se o seu cargo for extinto ou se for declarada a sua desnecessidade consoante o disposto no art. 41, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal.

Por seu turno, não se pode descurar que enquanto a extinção de cargos públicos depende de expressa autorização legislativa (art. 48, X, da Constituição Federal) a declaração de desnecessidade poderá ser providenciada através de simples decretos emitidos pelo Chefe do Executivo local.

Cumpre, ainda, observar que os proventos dos servidores inseridos nessas hipóteses deverão ser proporcionais posto que interpretação contrária surgiria de molde a beneficiar aqueles que não trabalham trazendo inequívocos prejuízos para os cofres públicos.

Em função de tudo quanto foi exposto aqui, extrai-se a cristalina conclusão de tratar-se de tema extremamente delicado ca-

paz de gerar inúmeros obstáculos ao normal desenvolvimento dos planos de governo assumidos em campanha.

Sem embargo, temos para nós que, nada obstante a complexidade das questões aqui verificadas, importante salientar que contrariamente às expectativas de início verificadas, não se encontram os administradores completamente amarrados.

Deveras, diversas são as possibilidades atribuídas pelo Constituinte que em função da morosidade com que se desenvolvem devem merecer, antes de adotadas, uma profunda reflexão por parte de quem as promove para que não se convertam em instrumentos contundentes voltados contra os interesses da Administração Pública.

Assim é que a demissão em massa de servidores que se encontrem em situação irregular deve merecer algumas considerações de ordem política posto que uma única decisão contrária, neste particular, prolatada pelo Judiciário terá o condão de reverter completamente as expectativas anteriormente geradas voltando a opinião pública contra a Administração por não ter ela respeitado os direitos dos servidores gizados pelo Constituinte.

VIII. Contratos administrativos

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O tema a ser focado neste capítulo assume uma importância fundamental para o normal desenvolvimento das atividades praticadas pela Administração Pública posto que os contratos por ela celebrados representam a forma de contato com os particulares.

Dentro desse contexto cumpre observar que a definição de Contrato Administrativo vem permeada por alguns aspectos característicos todos eles consagrados na definição oferecida pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello que pedimos vênha para tomar de empréstimo:

"É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado." (Elementos de Direito Administrativo, 3ª ed., Malheiros Ed., pág. 220).

A definição oferecida está a revelar assumirem estes contratos um perfil diferenciado daquele verificado nos ajustes firmados entre particulares em função da posição sobranceira ocupada por uma das partes envolvidas, vale dizer, o Poder Público.

Deveras, como já verificado, tal se dá tendo em vista que no exercício de seus misteres a Administração surge não como proprietária, mas sim como simples gestora a representar o interesse de terceiros, é dizer, a população.

O raciocínio até aqui desenvolvido, assume extremo relevo para a compreensão do tema que será desenvolvido posto que faz com que os ajustes dessa natureza sofram o influxo de regras diferenciadas a começar pelos princípios norteadores das atividades públicas contidos no *caput* do art. 37 do Texto Constitucional.

Outrossim, sobreleva notar que os ajustes referenciados regular-se-ão, de igual sorte, pelas balizas estabelecidas no Decreto lei

2300/86, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, bem como pelos Diplomas posteriores que o alteraram.

Neste sentido, é que deve o intérprete procurar compreender a situação diferenciada ocupada pela Administração Pública nos ajustes desta ordem, procurando evitar, por outro lado, o cometimento de arbitrariedades que não encontram guarida em nosso Ordenamento Jurídico.

2. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inquestionavelmente, a característica marcante de ajustes desta espécie diz respeito à existência de um desnivelamento das partes o que absolutamente, ao contrário do que imaginam alguns, não está a significar a outorga de privilégios injustificáveis à Administração Pública.

Neste sentido, como bem observa Lúcia Valle Figueiredo, não pode a Administração pactuar da forma como bem entender, por encontrar-se ela na posição de gestora do Erário Público. São suas estas palavras:

"O desnivelamento das partes resulta, sem dúvida, da relação de Administração, como denominada por Rui Cirne Lima. A Administração Pública tem o dever de somente celebrar contratos cujo fim imediato seja de interesse público. Ademais, tem o dever de não dispor da coisa pública que é indisponível. Portanto, não pode pactuar com a autonomia da vontade." (Direito Administrativo na Constituição de 88, RT. pág. 139).

Outro ponto fundamental característicos dos ajustes firmados pela Administração é o que diz respeito à presença da chamada cláusula *rebus sic stantibus* por força da qual à Administração Pública fica atribuída a possibilidade de alteração dos contratos pactuados, de forma unilateral, sem que possa ser alegado qualquer impedimento por parte do contratado.

Com efeito, tal se verifica por encontrar-se a Administração Pública como visto, em situação sobranceira tendo em vista os interesses por ela representados.

À evidência cumpre salientar que esta prerrogativa, como de resto todas as demais a ela conferidas, deve ser utilizada de forma parcimoniosa por tratar-se não de poderes-deveres, mas sim de deveres-poderes o que é algo completamente diverso.

Assim sendo, impende observar, com fulcro em nossa melhor doutrina, que estas prerrogativas não podem ser utilizadas

de forma absoluta a render ensejo à prática de arbitrariedades por parte do Poder Público, não sendo outras as lições ministradas por Lúcia Valle Figueiredo as quais pedimos vênias, para uma vez mais, transcrever:

"O direito de instabilizar o vínculo, modificando-o, não é - de forma alguma - como vem sendo entendido, direito absoluto sobre o contrato, de a Administração instabilizá-lo se e como quiser. Não é isso o "ius variandi". Na verdade, o direito de instabilizar o vínculo descende da indisponibilidade do interesse público, da indisponibilidade da coisa pública, porém está atrelado à relação de administração. Outorga-se tal possibilidade, à administração não como prerrogativa mas como dever." (Ob.cit. pág. 141).

3. REQUISITOS E FORMALIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O primeiro ponto de fundamental importância a ser abordado nesse capítulo diz respeito à necessidade de existência de uma licitação prévia à celebração de todo e qualquer contrato administrativo.

Com efeito, a regra geral gizada pelo legislador no artigo 3º do Decreto-lei 2300/86 é aquela segundo a qual a Administração deverá sempre, no desenvolver de suas atividades com terceiros buscar a proposta que se afigure como a melhor, a mais vantajosa, o que sem dúvida só poderá ser aferido através do confronto, do cotejo entre todos aqueles que se mostrarem interessados.

Desta forma, temos para nós que o objetivo colimado pelo Legislador só poderá ser atingido mediante a realização de prévia licitação que deverá, pois, anteceder o firmamento de todo e qualquer contrato administrativo com a só exceção daquelas hipóteses em que o próprio Legislador houve por bem dispensar ou inexigir a realização do certame seletivo.

Em outras palavras, a realização de certame licitatório surge como a mais objetiva forma de assegurar a lisura e a transparência dos futuros contratos a serem firmados pela Administração.

Neste sentido, cumpre observar, uma vez mais, a necessidade de respeito, por ocasião do firmamento do ajuste, às cláusulas do edital que inaugurou o procedimento licitatório, sendo que a inclusão de pontos ali não consagrados representará, de forma inquestionável, agressão ao Princípio da Isonomia entre os licitantes inserido no inciso XXI, do art. 37, do Texto Constitucional.

Neste particular ainda, sobreleva notar que as únicas hipóteses autorizadoras de alterações nos contratos estabelecidos são aquelas em que se verificarem aquelas hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Deveras, se para efetivação de um novo contrato, em situações análogas à que ora se discute não está o Legislador a exigir a elaboração de um novo contrato precedido de licitação, com muito mais razão, estará o administrador autorizado a abrir mão deste certame seletivo, sem que se possa cogitar de agressão a princípios constitucionais em particular ao da Isonomia entre os licitantes.

Isto porque em situações como esta exsurge clara a prevalência do interesse público sobre o privado, verdadeiro norte balizador, ainda que de forma implícita das atividades desenvolvidas pelo Poder Público.

Outro ponto a merecer destaque entre os requisitos indispensáveis ao aperfeiçoamento dos contratos administrativos é o concernente à existência de disponibilidade de verba de forma a oferecer sustentação aos termos pactuados.

Aliás, esta exigência decorre de lei consoante disposição inserida no artigo 45, V, do Decreto lei 2300/86 assim redigido:

"São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

.....

V - A indicação dos recursos para atender às despesas."

Ainda sobre esse tema, importante observar que a reserva de verba se fará necessária, por óbvio, somente naqueles procedimentos que visem à aquisição de pessoas ou a contratação de serviços para a própria entidade responsável pela abertura da licitação.

Em contrapartida, em tratando-se de contratos estabelecidos com outras entidades da própria Administração, surge como imprescindível a necessidade de providenciar-se, até a assinatura do respectivo ajuste da Nota de Empenho que surge não só como forma segura de indicação de provisão financeira, mas também para atendimento de requisito estipulado por lei.

De outra parte, cumpre observar que outro requisito importante entre aqueles impostos pelo Legislador é o da finalidade do contrato que deverá ser necessariamente pública, de interesse público, não ficando, pois, ao livre talante do administrador.

Por outro lado, no que diz respeito às formalidades que devem estar presentes em todos contratos administrativos, impor-

tante observar a necessidade de cumprimento pelo administrador de todos os requisitos gizados pelo Legislador a teor do disposto no já mencionado artigo 45, do Decreto-lei 2300/86.

Neste diapasão, importante relembrar que o descumprimento de qualquer uma das cláusulas listadas no dispositivo invocado terá o condão de gerar a anulação do instrumento celebrado do qual fazem parte.

Ainda com relação às suas formalidades, em particular no que diz respeito aos prazos de início, de etapas de execução, de conclusão e de entrega, houve por bem o Legislador admitir a prorrogação do ajuste firmado desde que presentes uma das hipóteses alojadas no art. 47 do Decreto lei 2300/86.

Neste sentido, é bem de ver que a simples menção dos fatos ali previstos não será suficiente para transformar a prorrogação pretendida em ato válido, posto que necessária a devida fundamentação, vale dizer, as razões que deram ensejo à propositura da demanda, além da devida comprovação dos fatos alegados através de documentos que deverão, necessariamente, instruir o expediente.

Assim é que a menção da existência de fortes chuvas em determinados períodos como razão justificadora do atraso das obras realizadas não tem o condão, por si só, de autorizar a prorrogação pretendida, fazendo-se necessária a instrução do processo com os índices pluviométricos verificados no período.

De outra parte, no que se refere às possibilidades de alteração dos contratos celebrados, importante observar serem elas de natureza diversa, uma de caráter unilateral e outra por acordo entre as partes.

Neste particular, convém lembrar uma vez mais que as hipóteses ensejadoras de alterações contratuais alojadas no art. 55 referenciado, surgem como um rol exaustivo e não exemplificativo levando à impossibilidade de criação, pelo administrador, de outras hipóteses diferentes das ali elencadas.

Por derradeiro, no que se refere às causas ensejadoras da rescisão dos contratos administrativos, surgem elas expressamente previstas pelo Decreto-lei 2300/86 e, para efeito de didática, pedimos vênica para reproduzir o quadro sinótico elaborado de forma magistral pela Prof. Lúcia Valle Figueiredo:

"Cessação dos efeitos do contrato administrativo: em decorrência de implemento do objeto, em decorrência de decurso de prazo.

Extinção natural do contrato: por extinção do objeto contratual; por extinção da pessoa jurídica; por concordata do contratado; por morte do contratado.

Extinção patológica do contrato:

- a) provocada pela administração: por inadimplência do contratado; por rescisão administrativa: fundamentos e limites.
- b) provocada pelo contratado: por aditamentos contratuais indevidos; por desbalanceamento da equação econômico-financeira.
- c) provocada pela administração, pelas Cortes de Contas ou Poder Judiciário: por vício do ajuste ou licitação precedente." (Ob. cit. pág. 153)

Por derradeiro, cumprem alguns esclarecimentos com relação à exceção de contrato não cumprido, regra passível de invocação na seara do Direito Privado consistente na alegação de descumprimento do contrato por uma das partes envolvidas, por descumprimento de cláusula contratual por parte da outra.

Neste particular, temos para nós que a invocação de cláusula desta natureza nos contratos administrativos deve ser envolvida de toda cautela em nome do Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos.

Isto porque, não se pode descurar, por ser regra de fundamental importância, o Poder Público no exercício de suas atividades representa interesse de terceiros, vale dizer, a população, que não pode ser prejudicada em função de descumprimento de cláusulas contratuais.

Outrossim, com o intuito de preservar o equilíbrio da equação econômico-financeira, lógico está que o descumprimento invocado, deverá merecer penalização para o seu responsável em que pese a necessidade de continuidade das obras e serviços desenvolvidos.

Neste particular, nada obstante a opinião por nós esposada, faz-se mister registrar a existência de tendência diferenciada em nossa doutrina onde muitos já entendem que há cobertura legal para invocação da *exceptio non adimplenti contractus* ainda que de maneira incipiente.

Por tudo quanto foi exposto quer nos parecer que o tema relativo aos contratos administrativos teve a sua importância comprovada ainda mais em função da intensa fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas tendo em vista as novas competências a eles atribuídas pela Constituição em vigor.

A ignorância das regras que presidem esse tema gerará com certeza, desagradáveis conseqüências para o administrador que terá, inquestionavelmente, sua imagem arranhada perante a opinião pública, obrigando-o, como visto, a uma série de barganhas com representantes dos demais partidos no Legislativo, o que, sem dúvida, não será nada confortável.

PÓLIS

Instituto de Estudos, Formação e
Assessoria em Políticas Sociais

O Pólis é um instituto que atua no campo das políticas sociais com o objetivo de contribuir para a ampliação dos direitos civis e políticos na nossa sociedade.

O objetivo principal do Instituto é desenvolver programas de estudos e pesquisas, de formação, assessoria e consultorias no campo das políticas sociais, visando contribuir para o debate, a divulgação de idéias e ampliação dos direitos civis e políticos em nossa sociedade.

Nesta perspectiva, as atividades desenvolvidas pelo PÓLIS compreendem temas como movimentos sociais, administração pública, processos legislativos, análises de conjuntura política e econômica, bem como representações no campo da cultura e do cotidiano.

O Pólis desenvolve as seguintes atividades:

- diagnósticos, estudos e pesquisas no campo das políticas sociais;
- projetos técnicos para a formulação de políticas das diversas áreas dos serviços públicos e da administração municipal;
- formação e treinamento de técnicos do serviço público e de lideranças da sociedade civil;
- assessoria e consultoria para prefeituras, órgãos legislativos, entidades e movimentos da sociedade civil.

O Pólis para isso utiliza de instrumentos como seminários, cursos, debates, publicações, vídeos, pesquisas de opinião e pesquisas aplicadas.

O Pólis possui uma equipe de profissionais habilitados para responder às exigências técnicas e às demandas próprias à construção de um projeto democrático de gestão municipal.
