



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF

**NOTA AO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO DA MP 521/2010
(Regime Diferenciado de Contratações Públicas)**

O Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal vem **manifestar-se DESFAVORAVELMENTE à aprovação dos dispositivos abaixo elencados constantes do Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010** em tramitação nesta Nobre Casa Legislativa, o qual versa sobre lei institutiva do denominado **Regime Diferenciado de Contratações Públicas** a ser aplicado às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, pelas razões a seguir descritas.

Primeiro dispositivo:

“Artigo 3º Fica instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, aplicável às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica - APO; e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo - GECOPA 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA2014 e, no caso das obras, as constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.



(...)"

Razões:

Houve afronta ao artigo 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI, ambos da Constituição. A Constituição estabelece o dever da legislação federal normatizar, a título de norma geral, as licitações e contratações; estabelecer ou fixar, portanto, o regime das licitações. Isto significa ter parâmetros suficientes para que o Administrador, pretendendo satisfazer determinada necessidade administrativa - concernente a determinado objeto licitável - tenha de antemão a previsibilidade das regras a serem cumpridas na execução do certame licitatório.

A nosso ver, a aplicação do regime RDC às "licitações e contratos" "necessários à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo - GECOPA 2014" é uma **cláusula intoleravelmente aberta**, e que, a rigor, indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critério de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto.

Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação "necessária" aos eventos previstos na norma, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao "Grupo Executivo - GECOPA 2014". **Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidades vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade.**

Interessante perceber que a mesma indeterminação foi reduzida no plano da lei no caso das "obras", porque a lei só autoriza para as "constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios."

Na forma da redação atual, o artigo 3º, inciso II, viola a Constituição Federal, em especial os artigos 22, inciso XXVII, e artigo 37, inciso XXI, porque de forma expressa outorgou o poder de definir o próprio regime de determinada licitação ou contrato ao próprio destinatário das limitações que a lei deve consignar.

Há violação de princípios constitucionais da Administração Pública. Atenta contra a isonomia, porque admite em tese aplicação de regimes jurídicos díspares para contratações similares, a depender da exclusiva e subjetiva decisão da Administração Pública em determinado



momento. Também gera violação da moralidade administrativa, porque a lei está chancelando - e não limitando - a atividade arbitrária do Administrador.

Segundo e terceiro dispositivos:

Art. 10. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia são admitidos os seguintes regimes:

(...)

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada.

*§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no **caput** deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.*

(...)

*§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do **caput**, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.*

Art. 11 Nas licitações de obras e serviços de engenharia serão no âmbito do RDC poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificado.

*§1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, respeitadas as condições de solidez, segurança, durabilidade, qualidade, prazo de entrega e preço especificados no instrumento convocatório, respeitado o disposto no **caput** do art. 8º..*

§2º No caso de contratação integrada:

I - o edital deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado, aos padrões de segurança, à estética do projeto arquitetônico, à adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, á durabilidade e aos impactos ambientais;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da



obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento técnica e preço;

§3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, fica vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos;

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Os dispositivos conferem à Administração o dever de adoção preferencial do regime denominado contratação integrada, no caso de obras e serviços de engenharia. Com isto, obras e serviços de engenharia ficam livres da exigência de apresentação de projeto básico e de projeto executivo, nos termos da legislação geral em vigor (artigo 7º da Lei nº 8.666/1993).

Tendo em vista a definição legal do regime (artigo 11 e §1º), no qual se observa a amplitude do objeto da licitação no referido regime, havendo previsão apenas de que o Edital deverá conter um “anteprojeto de engenharia” (art. 11, §2º, inciso I), resta já confessado que o Poder Executivo irá adotar o RDC para **obras e serviços** de engenharia através do referido regime.

Ocorre que o conteúdo do denominado “anteprojeto de engenharia” é extremamente vago, genérico, e implicará a não a definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, violando expressamente o artigo 37, inciso XXI, que impõe o dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia e pressupõe logicamente a sua exata configuração. Não há licitação sem prévio e determinado objeto, porque sem isto não há condições de disputa.

Admitindo-se o “anteprojeto de engenharia”, isto implicará violação do princípio da competitividade, isonomia e da impessoalidade, porque impedirá o julgamento objetivo da licitação. Também poderá ensejar



graves desvios de verbas públicas em razão da deficiência e da insuficiência do citado “anteprojeto de engenharia”.

A inadequação do “anteprojeto de engenharia” para definir o objeto da licitação é confirmada pela previsão genérica do modo de fixação do valor estimado da contratação (art. 11, §2º, inciso II).

A **inadequação do “anteprojeto de engenharia”** para definir o objeto da licitação e do contrato também é confirmada na previsão do artigo 11, §4º, inciso II, **no qual já se estabelece a possibilidade de “alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação”**. Esta possibilidade já é contemplada na legislação atual, mas será indiscutivelmente potencializada com a indefinição do objeto licitado no regime da contratação integrada.

A licitação é um procedimento destinado a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do artigo 37, inciso XXI, CF. No regime da contratação integrada, leva-se ao extremo a idéia de flexibilização da identificação do objeto da licitação, levando o regime para o campo da inconstitucionalidade, porque não se tem no referido regime objeto definido e apto a ser licitado, a servir de parâmetros para propostas diversas que possam ser objetivamente comparáveis. Ou seja, não se tem a definição do objeto contratável, e, portanto, há nítida fuga ao dispositivo constitucional citado.

A lei procura amenizar a inconstitucionalidade, fazendo referência à adoção obrigatória do critério de julgamento técnica e preço. Ora, procurou desviar o foco da inconstitucionalidade, porque não há como promover a elaboração adequada de exigências de formação de propostas técnicas sem o prévio e adequada definição da obra ou serviço de engenharia.

De outro lado, o artigo 11, §1º, reporta-se ao respeito às condições de preço especificado no instrumento convocatório. Isto agrava a inconstitucionalidade do regime da contratação integrada, porque permite situação de “anteprojeto de engenharia” com preço global especificado no Edital, com critério de “maior desconto” (art. 20, inciso I).

É uma violação manifesta dos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, todos inspirados na indisponibilidade dos interesses públicos. Em rigor, a lei estará a autorizar a quase plena disponibilidade do interesse público pelo Administrador. A obra é pública, e não do Administrador, sendo certo que a execução de obra pública é



atividade constitucionalmente regida pelos princípios do Direito Administrativo (art. 37).

Certamente, o regime de contratação integrada implicará maior rapidez na execução dos serviços e obras de engenharia. Todavia, esta pretendida celeridade não pode ser obtida com eliminação do núcleo essencial do princípio da licitação, que exige especificação adequada do objeto, e não apenas “documentos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço”, como pretende inconstitucionalmente o projeto. A Constituição não pode ser alterada por norma jurídica de estatura hierárquica inferior.

Ademais, sabe-se que a utilização indevida do critério de técnica e preço para obras e serviços sem cunho intelectual e irregularidades na condução de projetos pelos contratados já deram causa a diversos desvios em licitações e prejuízos ao erário. A esse respeito, cita-se as ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público Federal em relação às obras dos Aeroportos de Vitória, Macapá, e Rio de Janeiro (Santos Dumont)¹, as quais foram, inclusive, objeto da CPMI do Apagão Aéreo.

Quarto e quinto dispositivos:

Art. 20 Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: (...)

V - maior retorno econômico.

Art. 25. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

§1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

¹ Processos 2008.34.00.039431-1, 2009.34.00.006669-6 e 2008.34.00.035166-9, respectivamente, todos em curso na Seção Judiciária Federal do Distrito Federal.



*§2º Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento.*

§3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.”

Razões:

A consagração do critério “maior retorno econômico”, conjugado com a criação de novo tipo contratual - o denominado “contrato de eficiência” - tal como adotado na redação atual do Projeto, conflita com o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, *caput*) e a objetividade nas licitações públicas.

Não há delimitação legal sobre o campo de abrangência do denominado “contrato de eficiência”. Tal como configurado no projeto (art. 25, §1º), qualquer espécie de serviço ou atividade da Administração Pública poderá ser objeto do aludido contrato. Com a sua aprovação, a nova figura de contrato administrativo abrangerá, na literalidade da proposta, qualquer contratação de prestação de serviços, na amplíssima dicção legal.

É manifestamente subjetivo apontar o julgamento de uma licitação, com base no citado critério “maior retorno econômico”.

Não adiantar estabelecer que o julgamento será efetivado pelo emprego de parâmetros objetivos definidos no Edital (art. 19, §1º), quando logicamente é impossível traduzir em dados objetivos o que é essencialmente subjetivo.

A lei criou uma nova categoria de contrato administrativo, bem similar à denominada concessão administrativa da Lei da PPPs (Lei nº 11.079/2004). Basta observar o objeto do contrato de eficiência (art. 25, §1º) e ver a semelhança entre os modelos normativos. Mas o contrato de



eficiência é diferente no parâmetro de remuneração, que estaria embasada na redução de despesas correntes. O projeto não contém nenhuma limitação ao novo modelo contratual, em termos de valor estimado, prazo de vigência, formas de alteração unilateral e de rescisão unilateral etc.

A nova figura não traz suficiente regramento apto a fornecer segurança jurídica na sua aplicação pela Administração Pública. É bom frisar que, nos termos do art. 3º, §2º, a adoção do RDC resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos. Para o “contrato de eficiência”, há profunda obscuridade no regime estabelecido, dada a singela disciplina legal, em vista da elevada complexidade que sua aplicação certamente provocará.

Conclusão:

São estas as considerações que o Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal leva ao conhecimento do Congresso Nacional, para que sejam apreciadas no momento da análise e votação do projeto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, na certeza de que possam subsidiar o processo legislativo na melhor deliberação na matéria, à luz da Constituição Federal.

Ressalta-se que a presente Nota destaca apenas os pontos mais significativos do Projeto de Lei de Conversão da MP 521/2010, na redação à qual o Ministério Público Federal teve acesso. Assim, a impugnação dos dispositivos acima apontados não exaure a análise deste órgão acerca de outros artigos, cuja inconstitucionalidade poderá ser questionada pelo controle concentrado.

Brasília, 10 de maio de 2011.

Athayde Ribeiro Costa
Procurador da República

Carolina de Gusmão Furtado
Procuradora da República



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ana Carolina Oliveira Tannus Diniz
Procuradora da República

Paulo Roberto Galvão de Carvalho
Procurador da República

Agência TCU

Início
Notícias
Programas de TV
Voz do Brasil
Fale conosco
Agência Senado

ACESSO RESTRITO

Usuário

Senha

[Conectar](#) [Alterar senha](#)

[Cadastre-se](#) 

[Acesso com Certificado Digital](#) 

[Saiba+](#)

[Portal TCU](#) > [Agência TCU](#) > [Notícias](#) > Detalhes de notícias



(17/06/2011 12:28) Posicionamento do TCU sobre a MP 527

Com relação à aprovação da Medida Provisória 527 pela Câmara dos Deputados nesta quarta-feira, 15 de junho, o TCU informa que acompanha respeitosamente o trâmite da matéria no Poder Legislativo, não interferindo nos trabalhos a cargo do Congresso Nacional, até porque ainda há destaques do texto pendentes de apreciação pela própria Câmara, além de posterior análise pelo Senado Federal.

Sempre que foi chamado a colaborar tecnicamente no estudo de temas relacionados a licitações e contratos, este Tribunal, como órgão responsável pela fiscalização dos recursos públicos federais, nunca se furtou ao debate técnico, inclusive colocando seus auditores à disposição do Parlamento, em observância, também, a sua missão constitucional de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo. Se necessário for, poderá voltar a contribuir por ocasião de novas discussões acerca de aspectos ainda não definitivamente deliberados.

O TCU considera que o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) apresenta avanços que podem aperfeiçoar o controle de recursos públicos e o andamento das licitações e contratações (inversão de fases, redução de prazos, publicidade por meio eletrônico, entre outros). Contudo, há aspectos específicos que podem ainda ser discutidos no âmbito do Congresso Nacional, como por exemplo, o regime de execução por contratação integrada.

Tão ou mais importante que dotar o país de uma boa lei, é preciso estimular a cultura do planejamento. Projetos bem elaborados e qualificação de pessoal são requisitos essenciais para adequadamente aplicar a legislação aprovada. Afinal, a lei detém apenas capacidade limitada de influenciar a realidade. A execução adequada dos projetos e a boa gestão dos contratos dependem fundamentalmente de ações complementares que fogem ao escopo da discussão apenas encetada.

Por fim, o TCU esclarece que está atento às práticas adotadas pelos órgãos públicos, não apenas no que se limita ao conteúdo da MP 527. Nesse sentido, considera, também, conforme deliberado na última sessão do Plenário, que em observância ao princípio constitucional da publicidade, seja essencial a ampla disponibilização à sociedade da totalidade dos custos das obras, de modo a assegurar a transparência, a prestação de contas dos gastos públicos e permitir o controle social.

Para reclamações sobre uso irregular de recursos públicos federais, entre em contato com a Ouvidoria do TCU, [clique aqui](#) ou ligue para 0800-6441500.

O conteúdo desta página é de acesso público. [Saiba mais](#)

Atualizada em 11/02/2011, 17:25:15

Sobre o Portal www.tcu.gov.br:

[Termos de uso](#) | [Privacidade](#) | [Acessibilidade](#) | [Suporte técnico](#) | [Links](#)

Sector de Administração Federal Sul - SAFS, Quadra 4 Lote 1, CEP 70042-900, Brasília / DF | [Endereços e contatos](#) | [Horário de funcionamento](#).

Este Portal está em conformidade com os padrões:

Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa

**A Submissão do Princípio da Eficiência
à Moralidade Administrativa na
Constituição Federal de 1988**

**2ª Edição
Revista e Atualizada**



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISBN: 978-85-362-1984-4



Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.035-000 – Curitiba – Paraná – Brasil

D541 Dias, Jefferson Aparecido.
Princípio da eficiência & moralidade administrativa./
Jefferson Aparecido Dias./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá,
2008.
122p.

1. Direito administrativo. I. Título.

CDD 342 (22.ed)

CDU 342.9

Jefferson Aparecido Dias

Mestre em Teoria de Direito e do Estado. Professor de Programas de Pós-graduação
lato sensu. Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela
Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha (Espanha).
Procurador da República.

Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa

**A Submissão do Princípio da Eficiência
à Moralidade Administrativa na
Constituição Federal de 1988**

**2ª Edição
Revista e Atualizada**

Curitiba
Juruá Editora
2008

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição de 1988, em todo o seu texto, adotou expressa e implicitamente vários princípios que fundamentam a organização estatal e o sistema jurídico adotado.

O constituinte optou por estruturar o Estado e a sua relação com os cidadãos a partir de princípios, adotando a técnica de redação de estabelecer, inicialmente, os princípios fundamentais e depois discriminá-los através de outros princípios, subprincípios e regras.

Tal postura é facilmente verificável no capítulo VII do Título III (Da Organização do Estado) destinado à Administração Pública.

Logo no *caput* do art. 37, que inicia o referido capítulo, o constituinte estabeleceu, no texto original da Constituição, que a Administração Pública deveria obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Este rol foi ampliado por meio da Emenda Constitucional 19, conhecida como Reforma Administrativa, que incluiu o princípio da eficiência no *caput* do art. 37.

Nos parágrafos e incisos deste artigo, o constituinte enumerou outros princípios, subprincípios e regras, expressos e implícitos, que devem ser observados pela Administração Pública como forma de concretizar e dar maior densidade aos princípios enumerados no *caput*.

Além disso, é evidente que a atuação da Administração Pública não deve se restringir à observância destes princípios, devendo ser observados, também, outros princípios expressos e implícitos no texto constitucional.

A título de exemplo, é evidente que os princípios fundamentais previstos no art. 1º da Constituição (da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e do pluralismo político) devem necessariamente ser observados, apesar de não estarem contidos expressamente no capítulo destinado à Administração Pública, pois representam os princípios estruturantes de todo o sistema jurídico brasileiro.

Além disso, os princípios elencados expressa e implicitamente no rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos no art. 5º da Constituição e outros princípios gerais de direito também são mandatos de otimização a serem observados pela Administração Pública em sua atuação.

Diversos autores apresentam relações bastante distintas dos princípios a serem observados pela Administração Pública⁵⁰, razão pela qual optamos por cingir nossa análise aos princípios expressamente previstos no *caput* do art. 37 da Constituição; dentre eles os princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade serão analisados de forma sucinta a seguir, enquanto os princípios da eficiência e da moralidade, por serem os núcleos do presente trabalho, serão analisados em capítulos próprios.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A análise do princípio da legalidade deve partir da concepção que adotarmos para definir o que é lei, diante da mutação que este instituto sofreu durante o tempo.

⁵⁰ Mesmo no Brasil, onde a Constituição atualmente estabelece expressamente alguns princípios, existe grande divergência entre os autores quanto aos princípios que devem ser observados pela Administração Pública. A título de exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que a Administração Pública está vinculada aos seguintes princípios: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, princípio da legalidade, princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da motivação, princípio da impessoalidade, princípio da publicidade, princípio do devido processo legal e da ampla defesa, princípio da moralidade administrativa, princípio do controle judicial dos atos administrativos, princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos, princípio da eficiência e princípio da segurança jurídica (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**). Já Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (**Direito administrativo**) e Alexandre de MORAES (**Direito constitucional administrativo**) incluem neste rol os princípios da presunção de legitimidade ou de veracidade, princípio da especialidade, princípio do controle ou tutela, princípio da autotutela, princípio da hierarquia e princípio da continuidade do serviço público.

Canotilho alerta para o fato de que, “*desde o período pré-socrático até Aristóteles, passando por Sócrates, os estoicos e Platão, (que) o conceito de lei é praticamente inseparável da sua dimensão material: leis verdadeiras são as leis boas e justas dadas no sentido do bem comum*”⁵¹.

Neste primeiro momento, a concepção de lei estava intimamente ligada à idéia de justiça, tanto que Platão afirmou que “*é preciso que todos cooperem sempre no sentido da mais bela direção, a da lei*”⁵².

Esta concepção de lei como manifestação de justiça foi abandonada por Hobbes, que sentenciou: “*auctoritas, non veritas facit legem*”⁵³: “*... é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem. E também não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por quem se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe*”⁵⁴.

Para ele, a autoridade, mantida pela força, conduzia à observância da lei, e não o fato de, eventualmente, a lei ser considerada boa ou justa.

Posteriormente, Locke desenvolveu a idéia da lei como uma das garantias do cidadão, pela qual este teria a sua liberdade e propriedade protegidas do arbítrio de outros homens e do próprio soberano⁵⁵:

A lei, em sua verdadeira noção, não é tanto a limitação, mas a direção de um agente livre e inteligente em seu próprio interesse, e só prescreve visando o bem comum daqueles que lhe são submetidos ... De forma que, mesmo que possa ser errada, a finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a liberdade. Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas; o que não pode ocorrer onde não há lei: e não é, como nos foi dito, uma liberdade para todo homem agir como lhe apraz... Ela se define como a liberdade, para cada um, de dispor e ordenar sobre sua própria pessoa, ações, possessões e tudo aquilo que lhe pertence, dentro

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 707.

⁵² PLATÃO. **Leis**, p. 43.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 708.

⁵⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, p. 165.

⁵⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**, p. 115.

da permissão das leis às quais está submetida, e, por isso, não estar sujeito à vontade arbitrária de outra pessoa, mas seguir livremente a sua própria vontade.

Já Rousseau⁵⁶ foi além dos ensinamentos de Locke e concebeu as leis como instrumento por meio do qual cada cidadão, pela manifestação de sua vontade, que se juntará à vontade dos demais cidadãos para formar a vontade geral⁵⁷, impõe a si mesmo o limite de sua liberdade, visando garantir a vida em sociedade:

Todavia, quando todo o povo estatui sobre todo o povo, não considera senão a si mesmo, e nesse caso, se há uma relação, é entre o objeto inteiro sob um ponto de vista e o objeto inteiro sobre um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então a matéria sobre a qual se estatui é tão geral quanto a vontade que estatui. É a esse ato que chamo uma lei.

Kant⁵⁸ também associou o conceito de lei à idéia de liberdade:

Por conseguinte, a lei universal de direito age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é, na verdade, uma lei que me impõe uma obrigação, mas que não exige de mim que à causa dessa obrigação deva eu sujeitar minha liberdade a essas próprias condições; unicamente a razão diz que esse é o limite atribuído à liberdade por sua idéia e que de fato pode ser encerrada nele por outro.

Esta concepção de lei como garantia de liberdade e como instrumento de garantia de harmonia social foi explicitamente adotada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵⁹:

Art. 4º. A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**, p. 47.

⁵⁷ ROUSSEAU difere vontade de todos da vontade geral: “*via de regra, há uma diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares*”. (*Idem*, p. 37)

⁵⁸ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**, p. 46.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 68.

No Brasil, passou a ter sede constitucional na Carta de 1891 que em seu art. 72, § 1º, estabeleceu: “*Ninguém pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude de lei*”⁶⁰.

A partir daí o princípio da legalidade foi reproduzido em todas as Constituições⁶¹, com exceção da Constituição de 1937.

Atualmente, além de ter sido adotado expressamente como direito e garantia fundamental pela Constituição de 1988, também deve nortear a atuação da Administração Pública, conforme determina o art. 37, *caput*, da Carta Magna.

A aplicação do princípio da legalidade na Administração Pública pode ser concebida a partir de duas espécies de vinculação: negativa ou positiva.

Pela vinculação negativa, a Administração Pública pode fazer tudo que a lei permite ou não proíbe, ou seja, a Administração está obrigada a cumprir a lei nos casos dos atos regrados ou vinculados, ocasiões em que não teria opção e agiria pela aplicação legal automática.

Ao lado desta atividade vinculada, a Administração teria a discricionariedade para agir livremente nos casos não regulamentados pela lei, possuindo uma “*liberdade absoluta de determinação, radicalada no centro mesmo da personalidade administrativa*”⁶².

Por esta concepção negativa, a lei limitaria a atuação da Administração Pública da mesma forma que o faz para o particular, que somente é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude da lei, tendo total liberdade para agir nos casos em que ela não impuser uma conduta.

⁶⁰ CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**, p. 746.

⁶¹ **Constituição de 1934: art. 113.** “... 2) *Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei*”.

Constituição de 1946: art. 141. “... § 2º *Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Constituição de 1967: art. 150. “... § 2º *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Constituição de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969: **art. 153.** “... § 2º *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Constituição de 1988: art. 5º. “... II – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. (CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**)

⁶² ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, p. 372.

Esta concepção, contudo, foi substituída por uma vinculação positiva da Administração ao princípio da legalidade, pela qual ela somente pode agir nos termos da lei, que limitaria e regulamentaria inclusive a sua atuação discricionária.

Toda a atuação da Administração, por esta concepção, precisa ser precedida de uma atribuição normativa, cabendo à Administração atuar como executora de normas antecedentes, pois a “... *ação administrativa apresenta-se-nos assim como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído. Sem uma atribuição legal prévia de potestades, a Administração, simplesmente, não pode atuar*”⁶³.

Entre nós, Hely Lopes Meirelles resume a vinculação positiva da Administração Pública⁶⁴: “*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador significa “deve fazer assim”.*”

Também bastante clara a lição de Carlos Ari Sundfeld sobre o tema⁶⁵:

Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que ela não concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Por isso, seus agentes não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais – mas de competências, hauridas e limitadas na lei.

A lei agiria assim como uma “*jaula de hierro*”⁶⁶ a limitar a atuação da Administração Pública, admitindo apenas os movimentos que já estiverem nela previstos.

Contudo, é importante destacar que esta vinculação positiva da atuação administrativa pode ocorrer de duas formas: algumas vezes, todos os elementos do ato administrativo estão expressamente previstos na lei, e o ato é vinculado; outras vezes, a lei não prevê todos os elementos do ato, existindo margem para o administrador optar por alguns

⁶³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, p. 376-377.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 83.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, p. 29.

⁶⁶ MENDIETA, Manuel Villoria. **Ética pública y corrupción**: curso de ética administrativa, p. 29.

elementos de acordo com a conveniência e oportunidade, ocasião em que o ato será discricionário.

Importante destacar, também, que inexistente ato administrativo totalmente discricionário, uma vez que dos cinco elementos do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade, a competência e a finalidade em sentido estrito sempre estarão previstas na lei e serão vinculadas, cabendo ao administrador, ao praticar o ato administrativo, utilizar a conveniência e oportunidade para preencher os outros elementos do ato⁶⁷:

Puede ocurrir que la competencia de la administración esté totalmente reglada: tal ocurre con el cálculo de la retribución de los funcionarios o con un ascenso por antigüedad. Inversamente, no hay ningún ejemplo en el que el poder de la administración sea totalmente discrecional: incluso cuando dispone de un gran poder de apreciación ... está limitada por reglas de competencia, por la obligación de actuar en un fin de interés público, y por la prohibición de fundar su decisión sobre hechos materialmente inexactos o sobre una apreciación viciada por error manifiesto. La mayor parte de las decisiones actúan por un lado con poder discrecional y por otro con competencia reglada: la acción de la administración está limitada en algunos puntos y libre en otros.

Dessa forma, o administrador deverá agir sempre na observância da lei, completando-a nos casos em que ela deixar reservada, à sua conveniência e oportunidade, a escolha de alguns dos elementos do ato administrativo.

Não se confunda, porém, o ato discricionário com o ato arbitrário, pois a arbitrariedade significa violação à lei, enquanto a discricionariedade nada mais é que a atuação por conveniência e oportunidade, mas sempre dentro dos estritos limites estabelecidos pela lei⁶⁸.

A concepção de vinculação positiva da Administração ao princípio da legalidade tem sido ampliada a fim de complementar ou substituir a idéia de subordinação à lei pela subordinação ao Direito, adotando-se o que a doutrina francesa tem chamado de “*bloc legal*”⁶⁹.

⁶⁷ WEIL, Prosper. **Derecho administrativo**, p. 142.

⁶⁸ Para um estudo da discricionariedade administrativa, ver DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.

⁶⁹ ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado**, p. 175.

Por esta doutrina, não só a lei seria o fundamento e o limite precedente da atuação administrativa, como também os princípios gerais do Direito, as normas e tratados internacionais, bem como outras normas deontológicas.

Ao lado deste processo de ampliação da vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, existe um movimento, em sentido contrário, que defende a sua restrição nos casos em que a Administração Pública exerce atividades de direito privado.

Para este movimento, a atuação da Administração Pública deve ser dividida em duas partes: a “Administração agressiva”, que exerce atividades do direito público, e a “Administração prestadora”, que englobaria as atividades de gestão privada exercidas pela Administração Pública⁷⁰.

Apenas as atividades da “Administração agressiva” estariam sujeitas à vinculação positiva ao princípio da legalidade, enquanto a “Administração prestadora” seria regulada pela concepção negativa deste princípio.

A Administração Pública, ao atuar sob o regime jurídico privado, estaria livre para agir com ampla autonomia nos casos não previstos na lei, adotando-se o entendimento de que aquilo que não está proibido é permitido.

Esta concepção visa prestigiar a atuação privada da Administração Pública, libertando-a das restrições que são impostas pelo princípio da legalidade, permitindo-lhe atuar da mesma forma que as entidades privadas nas atividades econômicas, numa nítida influência das concepções que levaram à inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional.

2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Luís XIV, que ficou conhecido como “Rei Sol” e reinou na França no período compreendido entre os anos de 1661 a 1715, teria dito a célebre frase “*O Estado sou eu*”.

Esta frase deixa claro que, em alguns regimes absolutistas, o Estado se confundia com a figura do soberano, inexistindo qualquer

⁷⁰ ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado**, p. 178-187.

separação entre ambos⁷¹: Estado e soberano eram a mesma coisa, caracterizando um Estado personificado que, ao lado de apresentar algumas supostas vantagens, possui vários pontos negativos⁷²:

O poder personificado, no entanto, a par de certas vantagens como a coesão, o apoio, a liderança, a disciplina, tem seu lado negativo; primeiramente o poder, quando titularizado por uma pessoa, por imperativo de ordem até natural, tende a ser abusivo e egoísta. Depois, sempre poderá ser confrontado ante a possibilidade usual do surgimento de outra pessoa com qualidades semelhantes às do chefe ou mais afinadas com os anseios e as necessidades sociais do momento. Tal forma de poder enseja a troca do comando, com maior ou menor intensidade, fato que gera insegurança, instabilidade e temor social.

Visando inibir este governo personificado, de homens sobre homens, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 lança as bases do Estado Constitucional, ao estabelecer em seu art. XVI que “*toda a sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem constituição*”⁷³.

Com a adoção deste Estado constitucional, abandona-se o modelo de Estado personificado, e as leis (e não mais os reis) passam a exercer o papel de regular a vida em sociedade, conforme foi apresentado no tópico anterior sobre o princípio da legalidade.

Uma decorrência lógica desta despersonificação é que os governantes passam a atuar em nome do Estado, mas com este não se confundem.

Este é um dos aspectos do princípio da impessoalidade, pelo qual os administradores devem agir em nome e buscando atender aos interesses da Administração Pública e nunca a interesses pessoais.

Assim, é vedado aos administradores agirem em nome próprio, ou buscarem atender a interesses pessoais, uma vez que, na condição de agentes públicos, deverão atuar única e exclusivamente no interesse da Administração Pública.

⁷¹ Esta forma de governo seria o despotismo, no qual, segundo Montesquieu, um só governa, “*sem lei e sem regra, arrasta tudo segundo a sua vontade e os seus caprichos*”, o qual “*se corrompe sem cessar, porque ele é corrupto por natureza*” (SECONDAT, Charles de; MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**, p. 83 e 146).

⁷² ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**, p. 39-40.

⁷³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Realinhamento constitucional**, p. 17.

O princípio da impessoalidade se concretiza em várias regras constantes da Constituição, inclusive nas que exigem a realização de concurso para o provimento de cargos, e nas que estabelecem a necessidade das licitações para a celebração de contratos pela Administração Pública.

Outra manifestação deste aspecto do princípio da impessoalidade se dá no art. 37, § 1º, da Constituição, que estabelece:

Art. 37. (...)

§ 1º 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.

Além deste aspecto do princípio da impessoalidade, que diz respeito aos administradores, existe outro que se relaciona com os administrados em face dos quais se exige um tratamento igualitário.

Por esta outra concepção, o administrador público não poderá agir tendo como fim principal beneficiar ou prejudicar determinada pessoa, devendo atuar sempre buscando atender ao interesse público⁷⁴.

Claro que, em várias ocasiões, a atuação da Administração Pública acaba por beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas, mas este deverá ser um efeito secundário do ato, que nunca poderá tê-lo como um fim precípua.

O Judiciário também tem reconhecido a importância do princípio da impessoalidade, que foi muito bem conceituado pelo Min. Cézár Peluso, do Supremo Tribunal Federal⁷⁵:

A impessoalidade apresenta duas dimensões em relação ao exercício desse poder: diz respeito à titularidade em si e ao exercício do poder discricionário, jungido ao interesse público e ao bem comum. Seus traços substanciais estão exatamente nesses dois alcances: primeiro, coibir o exercício do poder voltado a favorecer

⁷⁴ A subjetividade e imprecisão do que venha a ser “interesse público” é uma das grandes dificuldades enfrentadas para melhor definir este aspecto do princípio da impessoalidade, que está intimamente relacionado com outros princípios implícitos, como o da finalidade e do interesse público.

⁷⁵ **Medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade.** ADC-MC 12/DF. Voto do Min. Cézár Peluso. Data: 16.02.2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2007.

ou a prejudicar pessoas, e, depois, impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal, que a mesma Constituição proíbe de maneira peremptória.

Dessa forma, o princípio da impessoalidade é um mandamento para o administrador público agir de forma despersonalizada, buscando atender ao interesse público, vedando a atuação que tenha como objetivo atender a interesses pessoais, sejam eles do administrador ou dos administrados⁷⁶.

2.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Como vimos, a atuação da Administração Pública deve respeitar diversos princípios que têm como fim precípua garantir que o interesse da sociedade seja respeitado e atendido.

Contudo, para que seja possível a verificação da conformidade da atuação administrativa com estes princípios, é imprescindível que os cidadãos possam conhecer os elementos e as circunstâncias nas quais os atos foram praticados, o que somente é possível se os atos forem públicos.

Assim, é o princípio da publicidade que garante a possibilidade de se verificar se os demais princípios e regras foram observados, como bem salientou Canotilho⁷⁷:

*A justificação do **princípio da publicidade** é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos dos actos normativos, e proíbe os **actos normativos secretos** contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos, por parte dos cidadãos, faz-se, precisamente, através da **publicidade**. (grifo do autor)*

Se a atuação da Administração Pública fosse secreta e sigilosa, os administrados não teriam condições de verificar a legalidade e a real finalidade de seus atos, impossibilitando a manutenção do Estado de Direito e do jogo democrático.

⁷⁶ Poderíamos adotar a imparcialidade como um dos elementos do princípio da impessoalidade, mas, conforme veremos no próximo capítulo, parece-nos que a imparcialidade é uma das principais características do princípio da moralidade administrativa.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 870.

Beccaria já alertava para os perigos do sigilo indevido⁷⁸:

Em muitas nações, pela fraqueza da organização, acusações secretas, mas consagradas e necessárias, provocam desordens, costume esse que torna os homens falsos e dissimulados. Quem achar que outrem é delator, nele terá um inimigo. Os homens costumam, então, mascarar os sentimentos e, tendo o hábito de ocultá-los dos outros, acabam finalmente por ocultá-los de si mesmos. Infelizes os homens que chegaram a tal extremo!

Dessa forma, os atos de Administração precisam ser públicos, o que permite à sociedade fiscalizá-los e controlá-los, sendo possível a restrição a esta publicidade apenas nos casos em que o sigilo for imposto pela lei.

Augustin Gordillo alerta para o fato de este princípio, apesar de consagrado constitucionalmente, não ser observado plenamente, persistindo a ocorrência de atos sigilosos indevidos⁷⁹:

Mientras las leyes y hasta las Constituciones consagran enfáticamente el principio de la publicidad de los actos de gobierno, y el más irrestricto acceso de los interesados a las actuaciones administrativas salvo que ellas sean calificadas por acto expreso y motivado como “confidenciales”, lo cierto es que en la práctica tales disposiciones jamás se cumplen fácilmente.

E, citando Brandeis, destaca a importância da publicidade para garantir que a atuação da Administração Pública respeitará as demais normas que norteiam sua atividade⁸⁰: “*La luz del sol ... es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía*”.

A fim de garantir a amplitude desta fiscalização realizada pelos cidadãos, a publicidade deverá ser a mais ampla possível, aproveitando-se de todos os meios de comunicação existentes.

Assim, graças ao rápido desenvolvimento dos meios de comunicação, a publicidade dos atos administrativos pode ser incrementada com a sua divulgação pela internet, emissoras de TV, rádios, periódicos impressos e outros meios que garantam a transparência da

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 59.

⁷⁹ GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**, p. 54.

⁸⁰ *Idem*. **Después de la reforma del estado**, p. XI-16.

Administração Pública e o conhecimento pelos cidadãos dos atos por ela praticados, a fim de que possam controlá-los e fiscalizá-los⁸¹:

*Como a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever da absoluta transparência. “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” (CF, art. 1º, § 1º). É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem **direito** de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder. (grifo do autor)*

Contudo, é importante deixar claro que a publicidade deve ser concebida como um mandamento para que a Administração Pública atue com transparência, não podendo ser concebida como sinônimo de propaganda e promovida para obter a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico), pois esta concepção, assim como o sigilo, impede que os verdadeiros motivos que fundamentaram a prática do ato venham a público.

Cabe à Administração Pública informar sobre os seus atos aos administrados, e não atuar com “*afán propagandístico*”⁸², visando à promoção pessoal de seus dirigentes, o que acabaria por violar o princípio da impessoalidade, ou ainda, visando justificar esta ou aquela atuação, com o objetivo de obter a adesão popular a um determinado plano de governo⁸³.

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio da publicidade administrativa. Direito de certidão, vista e intimação**, p. 54.

⁸² BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo y. **El reto de una administración racionalizada**, p. 94.

⁸³ Nas guerras modernas, a exemplo da ocorrida recentemente entre EUA e Iraque, fica evidente a ocorrência da propaganda e o abandono da transparência.