

- Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 573-653.
- BACIGALUP, Enrique. *Sanciones Administrativas: Derecho Español y Comunitario*. Madrid: Colex, 1991.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988/1989.
- BRINDEIRO, Geraldo. "A liberdade de expressão e a propaganda eleitoral ilícita", *Revista de Informação Legislativa* 28 (110):175-180, Brasília, abr.-jun. 1991.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 6ª ed. Bauru: Edipro, 1996.
- CAVALCANTE, José Gerim Mendes. "Outdoors em propriedade particular", *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral do TRE/SP* 8 (29):24-30, São Paulo, jan.-mar. 1995.
- I CONGRESSO CENTRO-SUL DE DIREITO ELEITORAL, Campo Grande, Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul, 1998, 215 pp.
- COSTA, Adriano Soares. *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1996.
- COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- DALLARI, Adílson Abreu. "Divulgação das atividades da Administração Pública — Publicidade administrativa e propaganda pessoal", *Revista de Direito Público* (98):245-247, São Paulo.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. "Libertad de comunicación y de medios", in BENDA, Ernst et alii. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- LEAL, Víctor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LOBO, José María Quirós. *Principios de Derecho Sancionador*. Granada: Editorial Comares, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1986.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Principios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

## DOCTRINA

## A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA SUPORTE DA FUNÇÃO REGULADORA E A "INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA"

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Doutor em Direito Público pela Universidade de São Paulo.  
Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. Procura-se no presente texto focar a questão da contratação de empresas privadas de engenharia consultiva para a prestação de serviços de gerenciamento, acompanhamento e apoio à fiscalização das concessionárias de sistemas rodoviários.

O interesse em focar tal tema advém, imediatamente, do crescente interesse que o poder concedente destes serviços tem de lançar mão de empresas especializadas para apoiá-lo nas suas funções e da emergência (melhor seria ressurgimento) de questionamentos relacionados à suposta impossibilidade de contratação destas atividades, porquanto seriam elas intransferíveis aos particulares.

Porém, o interesse também é suscitado, de forma mediata, pelo fato de que o tema permite-nos palmilhar questões sempre candentes para os administrativistas.

2. A natureza das atividades estatais; a indelegabilidade do poder de polícia; o caráter insubstituível das carreiras públicas; as fronteiras do serviço público. Enfim, voltar à discussão acerca da legalidade da contratação de empresas privadas para gerenciar empreendimentos do poder público é sempre uma irresistível oportunidade para tan-

genciar (sem pretender esgotá-lo, por impossível) o manancial polêmico destas questões. É o que pretendemos fazer, tendo por vetor a contratação cogitada no item 1 supra.

### 1 — Introdução

3. Muito já se controverteu acerca da contratação de terceiros (empresas privadas) para a execução de obras ou serviços públicos. Tempo houve em que todos os cometimentos de interesse público (da abertura de estradas ao calçamento de ruas com paralelepípedos) eram executados por funcionários do Estado. O próprio instituto da concessão de serviços públicos foi precedente à simples contratação de empresa para mera execução de obras e serviços, afigurando-se, ainda no século passado, como uma primeira iniciativa para ensejar a participação de particulares na realização de intervenções necessárias à coletividade, mormente nas áreas de ferrovias, fornecimento de gás e eletricidade.<sup>1</sup>

1. Cf. Arnoldo Wald, Luiza R. Moraes e Alexandre Wald: *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, Ed. RT, 1996, pp. 57 e ss.



II. Em suma, afora aquelas atividades que sejam, desde o texto constitucional, inerentes ao poder estatal (legislar, implementar a jurisdição, cercear as liberdades individuais, por exemplo), será sempre lícito que, para execução destas atividades, o Estado se socorra de particulares pessoas jurídicas e não de pessoas físicas. Aqueles que exercem a chefia da Administração (e que no Estado Democrático de Direito são eleitos para tanto) podem optar por construir uma usina hidrelétrica recorrendo apenas aos seus funcionários, comprando equipamentos e concursando especialistas. Seria uma catástrofe do ponto de vista da gestão da coisa pública, mas nem por isso ilegal. Do mesmo modo, pode o administrador optar por contratar empresas para gerenciar ou subsidiar a atividade de fiscalização de um dado cometimento executado por particulares sem que com isso violente o ordenamento jurídico.

12. Note-se, porém, que quando se faz referência à execução de um determinado serviço ou obra públicos por meio da contratação de particulares, não se está referindo especificamente ao instituto da concessão deste serviço ou obra a particulares. Dentro do gênero (contratação de empresas para cometer estas atividades) situam-se diversas modalidades de execução destes cometimentos. Pode-se ter tal execução por concessão, permissão, empreitada ou tarefa. Destas duas últimas, a concessão se difere porque, nela, o particular executa o serviço por sua conta e risco, conforme prenota a própria definição legal do instituto (cf. art. 2º, II da Lei n. 8.987/1995). Na empreitada (por preço global, unitário ou integral) e na tarefa, não há delegação e a execução é contratada às expensas e sob responsabilidade da Administração (cf. art. 6º, VIII e art. 7º, § 2º, III da Lei n. 8.666/1993). Nuance-se aqui também a distinção, a qual retomarei na seqüência.

13. As notas introdutórias acima servem para, mais que introduzir o tema, mostrar o quão relativas são algumas formula-

ções feitas na doutrina e mesmo por vezes nos Pretórios. A indelegabilidade do poder de polícia, a intransferibilidade da atividade fiscal ou sancionadora, a vedação de contratação de empresa para executar atividades-fim, enfim, as formulações generalizantes que cercam o tema e, inadvertidamente, adquirem peso de sentenças fundamentais, devem ser questionadas para que não nos aprisionemos por sentenças tão peremptórias quanto vazias, que obumbram a complexidade e riqueza do debate. Em torno desta idéia central é que pretendemos desenvolver a seguir as questões nodais subjacentes ao tema.

#### II — Algumas notas sobre os contratos de gerenciamento

14. A contratação em torno da qual gira a presente reflexão envolve várias atividades de engenharia consultiva, todas elas correlacionadas, basicamente, ao gerenciamento dos serviços rodoviários concedidos. De fato, as atividades de “acompanhamento da execução de obras”, “aferição do cumprimento das metas contratadas”, “suporte técnico na atividade de fiscalização das obrigações contratuais”, enfim, todas as atividades compreendidas no assessoramento do poder concedente relacionado ao devir das atividades das concessionárias podem bem ser albergadas sobre o gênero dos contratos de gerenciamento<sup>6</sup> de obras e programas da Administração Pública. Daí porque cremos convir adentrar um pouco nas especificidades desta espécie de contratos.

6. Em homenagem ao seu caráter precursor, cite-se Hely Lopes Meirelles, um dos primeiros a tratar do tema, com o didatismo que lhe era peculiar: “Contrato de gerenciamento (*Contract of Management* dos norte-americanos), é aquele em que o contratante, no caso, o Governo, comete ao gerenciador a condução de um empreendimento de engenharia, reservando para si a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da execução das obras e serviços pro-

15. Há quase um lustro, publicamos estudo versante especificamente sobre os contratos de gerenciamento.<sup>7</sup> Retornando a este texto verificamos que as linhas ali traçadas calham perfeitamente ao que ora sustentamos. Tomamos a liberdade de sumariar o que lá disséramos.

Possuem, dizíamos à época, os contratos de gerenciamento, algumas notas características que lhes são próprias e definidoras de sua especificidade.

15.1 A primeira delas se refere ao caráter eminentemente *accessório* dos contratos de gerenciamento. Como dizíamos à época, “os contratos de gerenciamento não existem *de per se*. Pelo contrário, os contratos de gerenciamento só encontram razão de ser em virtude das especificidades de outros contratos, estes últimos de obra ou serviço”.<sup>8</sup> Deste caráter *accessório*, temos que os contratos de gerenciamento dependem sempre da realização do contrato principal, cujo objeto é gerenciado. Presta-se, pois, a dar suporte à atividade gerencial da Administração contratante no que toca à boa e plena execução do contrato gerenciado. Se este último se extingue, perde sentido o gerenciamento. Inobstante, se a execução dele se

jetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação. Nessa moderna modalidade contratual — já escrevemos em estudo anterior — todas as atividades necessárias à implantação do empreendimento são transferidas ao gerenciador (empresa ou profissional habilitado) pela entidade ou órgão interessado, que apenas retém o poder de decisão sobre os trabalhos e propostas apresentados, e, uma vez aprovados, passa a responsabilizar-se pelo seu custo, nas condições ajustadas com seus elaboradores e executores” (in *Licitação e Contrato Administrativo*, 10ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 320).

7. Cf. nosso “Contratos administrativos — Gerenciamento de obras e programas de obras públicas — Conceito e características — Pertinência do gerenciamento externo”, in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* 75/35 e ss., jan.-fev. 1994.

8. Ob. cit., p. 38.

atrassa, automaticamente se protela o contrato de gerenciamento.

15.2 Outro traço peculiar que destacávamos nestes contratos é o seu caráter de especialização técnica “[o gerenciamento é] um contrato cujo objeto é a execução de um serviço que envolve, fundamentalmente, a posse de uma tecnologia, de conhecimento técnico-científico específico, singular, por parte da empresa gerenciadora”.<sup>9</sup> Tanto caracteriza um serviço dotado de uma especialização técnica que a própria Lei n. 8.666/1993 coloca o gerenciamento no rol dos serviços denominados técnico-especializados (cf. art. 13, inciso IV).

15.3 A terceira nota que destacávamos naquele trabalho se refere ao conteúdo bastante peculiar destes contratos. Dissemos: “Em termos teóricos, poderíamos dizer que em tais contratos o particular pode ser encarregado de planejar, coordenar, supervisionar, oferecer subsídios técnicos, fiscalizar execução e produto final e, no caso de programas, prestar contas das atividades e dos desembolsos efetuados às entidades de financiamento. Todas estas atividades, imprescindível dizer, devem ser articuladas por um método, científico, por um padrão de racionalidade”.<sup>10</sup> Todas estas atividades, detectadas no escopo do gerenciamento, devem ser vistas dentro de seu parâmetro de *accessoriedade*. O gerenciador presta todos estes serviços dentro de um quadrante de suporte e assessoria do órgão contratante da obra, serviço ou programa gerenciado. Aporta, pois, a tecnologia gerencial que desenvolveu e possui para permitir a racionalização, o melhor desempenho e o incremento da atividade de acompanhamento, fiscalização, pagamento e eventual sanção por parte do órgão contratante.

16. Esta tentativa de delimitar o que seja o conteúdo e a natureza mesma dos contratos de gerenciamento permite-nos focar

9. Ob. cit., p. 40.

10. Ob. cit., p. 40.

los à luz das preocupações que motivam o presente estudo.

Em outros tempos, tais contratos já enfrentaram questionamentos semelhantes aos aqui abordados. Imaginávamos que estivessem superados. Ao que parece, estávamos enganados.

Desde logo deve-se frisar que, dado o seu caráter acessório e de especialização técnica, nunca o gerenciador irá substituir a Administração naquilo que é irrenunciável: suas prerrogativas decorrentes da função pública (poder-dever inerente à autoridade e voltado exclusivamente à consecução de uma finalidade pública).

Dito de um outro modo: a Administração, ao firmar um contrato de gerenciamento não se desfaz de suas prerrogativas, nem transfere atividades ínsitas à autoridade. Pretende, isto sim, recorrer ao concurso de uma empresa especializada, reunidora de uma *expertise* que a Administração não possui e nem pretende (ainda dentro daquela margem de opções administrativas) empregar esforços para desenvolver. Antes de importar o gerenciamento na renúncia a qualquer prerrogativa ou atividade inerente ao poder público, ele permite — em tese — o aperfeiçoamento desta, a partir da utilização de meios tecnologicamente mais desenvolvidos.

Seja permitido um exemplo um tanto fora de moda, mas ainda assim cabente à espécie. Antigamente, era comum as famílias abastadas recorrerem a preceptores, pessoas de cultura e erudição destacada, que se incumbiam da formação dos jovens bem-nascidos. Ora, o trazimento pelo pai de um preceptor para contribuir na formação do seu filho não significaria, nunca, a renúncia ao pátrio poder ou abdicação de sua autoridade paterna sobre seu rebento. Aristóteles foi fundamental na formação de Alexandre, o Grande. Nem por isso deixou o príncipe Alexandre de se curvar à autoridade de seu pai, Felipe da Macedônia.

17. O que importa é que o gerenciador não tem *poder decisório* no tocante à ativi-

dade gerenciada. É certo que ele influencia as decisões do poder público contratante do gerenciamento. Porém, não adquire, por força de contrato, qualquer laivo de autoridade. Não é difícil demonstrar o que afirmamos.

A autoridade, o poder, as prerrogativas intransferíveis do poder público decorrem, sempre, da Lei (princípio da reserva legal, decorrência por seu turno do princípio da legalidade<sup>11</sup>). “A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. A Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade”.<sup>12</sup> Pois se o exercício das atividades inerentes à autoridade pública só existe porque a Lei outorgou ao órgão ou agente público a competência para efetivá-lo, não seria por meio de contrato que ser-lhe-ia retirada tal competência.

18. O fato de a Administração firmar contrato com empresa privada, para que esta gere obra ou serviço executado por outro particular, não representa, nem juridicamente nem na prática, a transferência de qualquer poder.

18.1 Não o é na prática porque é intrínseca ao gerenciamento a distinção entre o dono da obra (ou do serviço, ou do bem, ou do empreendimento) e o gerenciador. Se

11. Celso Antônio Bandeira de Mello assim assevera acerca do princípio da legalidade: “Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto — o administrativo — a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pois pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social — garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral” (in *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., 1996, p. 57).

12. C. A. Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, cit., p. 152.

houver confusão entre os dois papéis, desapparece a figura do gerenciador (já que, por óbvio, dono e gerente não podem ser a mesma pessoa, ainda que aquele possa acumular as funções deste), emergindo uma substituição do titular da obra. Se o contratante de uma obra ou de um serviço recorre a um gerenciador, é porque quer cometer a ou-trem a tarefa de gerenciar, preservando para si a capacidade de decidir, em última instância, sobre o devir da contratação gerenciada.

18.2 Juridicamente, tampouco há transferência do poder. Além do já antes dito (acerca da base legal da autoridade) há também o fato de que o contratante não quer ser substituído na titularidade dos direitos e obrigações decorrentes do contrato principal cuja execução será gerenciada. Juridicamente, o plexo de obrigações contraídas pelo poder público num contrato de execução de obra, serviços ou mesmo de concessão destes, permanece sempre com o poder público.

Ao gerenciador se cometem aquelas atividades *de suporte, acessórias e técnicas* que referimos no item 15.3. E mesmo assim, tais atividades são executadas como suporte, como auxílio ao exercício das prerrogativas do contratante. Este é quem, em última instância, aprova orçamentos, autoriza pagamentos, anui com o recebimento da obra e, no caso dos contratos administrativos, decide aplicar sanções ou rescindir unilateralmente o ajuste. Ao gerenciador cabe acompanhar, relatar, noticiar, municiar os fatos derivados do contrato, dando subsídio e elementos para o exercício da autoridade.

19. Em suma, o contrato de gerenciamento, pela sua própria definição, já afasta a alegação de que ele representa uma abdicação de função pública. Muito ao revés, ao contratar o gerenciamento externo, a Administração intenta adquirir um apoio técnico e especializado que, assessorando-a, permita-lhe melhor exercer a função pública que lhe é outorgada pela Lei. Daí a razão por que marcada, e bem marcada, a característica de acessoriedade intrínseca aos contratos de gerenciamento.

Ninguém duvida do caráter de indelegabilidade da função jurisdicional. Trata-se de exemplo paradigmático de função pública intransferível. Não obstante, ninguém discute a legalidade de o juiz se socorrer de peritos para apoiar sua decisão em processos que envolvam alguma complexidade técnica. Certo é que o Judiciário poderia criar cargos e mais cargos de contabilistas, engenheiros, peritos em explosivos, grafotécnicos. Poderia mesmo submeter os magistrados a anos de cursos de especialização nestas áreas do conhecimento humano. Porém, entendendo contraproducente fazê-lo, institui a Lei (no caso o Código de Processo Civil) a possibilidade de utilização de técnicos (e muita vez de empresas especializadas) para municiar a decisão judicial (cujo poder permanece nas mãos do juiz competente) do suporte técnico apto a tornar mais des-cortinado o exercício desta competência jurisdicional.

20. Visto parece-nos estar que o recurso pela Administração a empresas de engenharia consultiva, especializadas e capacitadas, para cometer-lhes o gerenciamento de obras, programas, serviços, enfim, empreendimentos que envolvam a relação do ente público com outros agentes privados não caracteriza de forma alguma subtração, redução ou menoscabo do exercício de função pública. Totalmente ao contrário, caracteriza um reforço da capacidade do poder público de exercer as funções que lhe são outorgadas pela Lei, funções estas que se caracterizam pelo exercício da autoridade, do poder decisório e não pela prática das atividades e providências de suporte. Atenhamo-nos um pouco na dicotomia que subjaz a estas atividades.

### III — A imprestabilidade da dicotomia atividade-meio e atividade-fim

21. A doutrina é pródiga em construir dicotomias. Estes recursos, normalmente, se prestam a tornar didáticas as classificações

e para desbastar áreas nebulosas do Direito. Porém, trazem efeitos colaterais. O mais grave deles é que, muita vez, as dicotomias adquirem vida própria, autônoma, passando a ser verdades inquestionáveis, dogmas que para simplificar obnubilam o raciocínio do jurista. É o que parece ocorrer com a distinção entre atividade-meio e atividade-fim para estabelecer o que pode e o que não pode ter sua execução transferida a terceiros.

Justiça seja feita, a confusão parece ter sido estabelecida não por nós, administrativistas. Foi-nos emprestada da Justiça Trabalhista. Com efeito, tentando equacionar os crescentes problemas surgidos com a chamada "terceirização de mão-de-obra", o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n. 331 em que normatizou o tema, consagrando a distinção (que parece hoje desprovida de conteúdo jurídico) para dizer que não estabelece vínculo empregatício a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Por agora, impende demonstrar o quão imprópria é a distinção por atividade.<sup>13</sup>

13. Improriedade que, aliás, é notada pelos próprios estudiosos do Direito do Trabalho. Ricardo Azevedo Leitão perora que "Como já analisado acima, muitas vezes, é ténue a distinção entre atividade-meio e atividade-fim da empresa, porém, muito mais característico determinar se há ou não subordinação ou pessoalidade na prestação do serviço. Seja qual for a atividade executada, a partir do momento em que há uma interferência direta do tomador de serviços no trabalho executado, serve o contrato de prestação de serviços apenas como simulação da realidade. Neste sentido, as palavras de Vantuil Abdala, sintetizando a questão: '(...) se o tomador de serviços exige que quem vai executar os trabalhos sejam sempre pessoas certas e determinadas e, comanda, e dirige, e fiscaliza a realização de serviços, descaracteriza-se o contrato de prestação de serviços, para emergir claramente o vínculo de emprego entre o obreiro e o tomador de serviços. É que aí, nesta relação, verifica-se a presença de todos os elementos da definição de empregador e de empregado e, portanto, a relação de emprego'" (cf. "Terceirização e vínculo de emprego", in *Revista do Advogado* 54/83, Associação dos Advogados de São Paulo, dez. 1998).

22. No mundo hodierno, pautado pela especialização e sinergia das atividades econômicas e, de outro lado, pela sofisticação tecnológica, coloca-se praticamente impossível distinguir o que seja e o que não seja atividade-meio. Ninguém desconhece que a atividade-fim de uma instituição financeira seja a captação e venda de disponibilidades financeiras. Porém, cada vez mais, os bancos (principalmente os seus ramos de investimentos) passam a oferecer novos produtos, financiamentos sofisticados que envolvem a participação da sua instituição na gestão da empresa financiada. Assim, a avaliação e posterior co-administração de companhias com os escopos mais diversos tornam-se atividade indissociável dos objetivos principais das instituições financeiras. Em uma palavra, confundem-se com as tais "atividades-fim" dos bancos.

Apenas mais um exemplo. As empresas de transporte, por óbvio, têm por escopo (atividade-fim) transportar cargas. Porém, o avanço tecnológico e a evolução dos métodos industriais de produção *just in time* tornaram imprescindível que estas grandes transportadoras se especializassem no planejamento, organização e estratégia de distribuição dos produtos que lhes são confiados. A tal ponto, que esta atividade (genericamente denominada de logística) tornou-se mais importante que o simples transporte. Baralhou-se meios com fins.

23. O fato é que a distinção por atividade em relação ao escopo do ente que contrata terceiros omite pontos relevantes. O principal deles é que não permite divisar com clareza a forma como é executada a atividade para a qual se firmam contratações externas.

O que importa, mormente em sede de direito administrativo, é que o exercício do poder decisório seja conservado com aqueles para quem a Lei outorgou competência. Para um órgão exercer a vigilância sanitária faz-se mister a realização de exames laboratoriais. Isso não impedirá que dito órgão (criado exclusivamente para exercer a atividade de vigilância sanitária) contrate

uma universidade, um instituto ou um laboratório privado para realizar os testes químicos e biológicos com as amostras. O que realmente releva é que, verificadas irregularidades nos alimentos analisados, detectadas falhas puníveis nos exames laboratoriais, as sanções, as penas, as medidas administrativas sejam efetivadas pelos agentes para tanto competentes.

Isso, repita-se, inobstante uma ou mais atividades especializadas integrem o núcleo das tais "atividades-fim" do órgão público (como ocorre no exemplo com a verificação das condições sanitárias dos estabelecimentos fiscalizados).

24. No direito público, o que nos parece relevante é que o cometimento para o qual se quer contratar terceiros não corresponda a atividades intrinsecamente estatais, porquanto caracterizadoras do exercício de função pública assim prevista na Constituição ou em Lei. De outra sorte, essa intransferibilidade é inerente ao poder, não atingindo as atividades que possam ou devam ser exercidas como preparação, suporte ou assessoria ao exercício deste poder.

25. Portanto, parece-nos absolutamente irrelevante saber se a atividade para o exercício da qual se contrata uma empresa de gerenciamento caracteriza ou não atividade-fim do órgão ou entidade contratada. O que releva saber é se a atividade em espécie envolve ou não o exercício de função pública (poder-dever ditado pela ordem jurídica para atendimento de uma finalidade de interesse público assumida pelo Estado), intrinsecamente estatal. E, como visto acima, não constitui escopo dos contratos de gerenciamento a assunção deste poder-dever que permanece, sempre, com a autoridade para tanto competente.

#### IV — A não caracterização das atividades enfocadas como intrinsecamente estatais

26. Como já dito, o móvel de nossa reflexão é a irresignação que se tem verifica-

do no tocante à contratação de empresas para executar o gerenciamento dos contratos de concessão de sistemas rodoviários em implementação pelo país. Não nos parece que os escopos compreendidos nestes contratos caracterizariam atividade intrinsecamente estatal.

27. Deveras. O que se intenta — como já dissemos — é a contratação de empresas que dêem suporte no acompanhamento da execução das obras e serviços objeto do contrato de concessão, monitoramento dos indicadores de qualidade, suporte na fiscalização, depuração e processamento de informações gerenciais, verificação da qualidade das obras de ampliação, recuperação e manutenção eventualmente realizadas, cruzamento do cronograma de investimentos com aqueles contratualmente obrigados, enfim, são fazeres eminentemente de suporte e apoio ao exercício das prerrogativas de poder concedente. Não se aproximam, nada disso, de atividade típica de Estado.

28. As atividades típicas de Estado são aquelas que correspondem apenas às providências que justificam a existência do poder estatal. Deve, pois, o conjunto destas atividades ser bastante restrito, ligado diretamente àquelas funções que envolvem um caráter de imperatividade.<sup>14</sup> Alude Diogo Figueiredo Moreira Neto, citando a Lei Básica de Bonn (Constituição alemã), que a solução que melhor se coaduna à moderna economia é aquela que reporta tais atividades exclusivamente ao núcleo coercitivo mínimo das atividades sociais. Diz ele que "o diploma constitucional alemão contém o protótipo de uma solução que assim se pode esquematizar: a exclusividade do Estado na

14. Ver neste sentido Fábio Giusto Morolli, "A evolução do Direito Público e a parceria com a iniciativa privada — Transferência de serviços públicos de natureza social", in *Boletim de Direito Administrativo*, v. 10/97, Ed. NDJ, out. 1997, p. 641 e Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 249.

imposição de um núcleo coercitivo fundante, combinada com a colaboração do Estado com a sociedade em tudo o que possa ser objeto de negociação sem comprometer esse núcleo".<sup>15</sup>

Esse núcleo de atividades inerentes ao Estado (e portanto indelegáveis, intransferíveis) parece-nos cingir-se àquelas atividades para o exercício das quais seja imprescindível o poder político, o poder estatal. Resumem-se elas, ao nosso ver, ao exercício último da produção do Direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos.<sup>16</sup> Ou seja, cuida-se apenas daquelas atividades que sejam exercidas como inerência do poder de coerção (balizado pela Lei) que justifica a existência do Estado. Nos dizeres de Max Weber, que pressuponham o monopólio da violência (efetiva ou simbólica) legítima.

29. De outro bordo, não há na Constituição da República ou do Estado de São Paulo nenhum dispositivo que concentre as atividades cogitadas exclusivamente na Administração pública, vedando o concurso de terceiros. Mesmo porque, fugiria aos pressupostos da ordem econômica (v.g., art. 170 da CR) a obrigatoriedade de execução direta de tais atividades pelo Estado.

Bem anota Carlos Pinto Coelho Motta que, "sob o prisma constitucional, não há qualquer obstáculo ao trespasse de atividades de pessoa jurídica pública ou governamental a particulares que possam desempenhá-las a contento. O inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal não distingue os serviços que admitem, ou não, execução por ter-

15. "O sistema de parceria entre os setores público e privado — Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes — Aplicação adequada destes institutos", in *Boletim de Direito Administrativo*, v. 2/97, Ed. NDJ, fev. 1997, p. 76.

16. Ver neste sentido, D. F. Moreira Netto, *O Estado e o Futuro: Prospectiva sobre Aspectos da Instituição Estatal*, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 32, apud Morelli, ob. cit.

ceiros: não caberia, pois, ao intérprete fazer tal distinção".<sup>17</sup>

29.1 Note-se que as disposições constantes dos arts. 21, 23 ou 25 da Constituição da República não fazem qualquer alusão à competência exclusiva e indelegável para exercer atividades de acompanhamento e mesmo de fiscalização da execução dos ajustes firmados pelo poder público. De outro lado, nem o art. 20 nem o art. 26 (que prescrevem os bens da União ou dos Estados) trazem regra que vede a contratação de terceiros para tutelar, zelar ou fiscalizar o uso dos bens públicos. Fosse assim e um dos serviços cuja terceirização é mais comum (vigilância patrimonial) tornaria inconstitucional, pois se presta ele fundamentalmente à fiscalização e zeladoria de bens e patrimônio públicos.

29.2 Frise-se por demais que o art. 23 da CR arrola competências comuns das três esferas da Federação, incluindo no inciso I aquela atinente à conservação do respectivo patrimônio. Ora, lobrigar aí uma competência indelegável ou uma vedação ao concurso de terceiros para o exercício desta competência significaria estender tal vedação para outras competências presentes no art. 23, como por exemplo a saúde pública, a proteção de obras e bens de valor histórico, o acesso à cultura, proteção do meio ambiente, abastecimento alimentar, atividades para o desempenho das quais o poder público se utiliza habitualmente dos serviços de terceiros.

30. Da mesma forma, a Constituição estadual paulista nada traz no sentido de vedar a contratação de empresas para gerenciar obras, serviços ou empreendimentos públicos. Inclusive, nenhum impedimento contém para que esta contratação envolva o suporte e assessoramento à fiscalização da execução contratual. Aliás, ilustrativo neste ponto é o disposto no art. 115, XX da Carta Bandeirante. Neste dispositivo, en-

17. Ob. cit., p. 806.

contramos regra segundo a qual *competem privativamente aos agentes fiscais da administração fazendária a fiscalização dos tributos estaduais*. Ora, se o constituinte estadual houve por bem precisar que a atividade de fiscalização tributária é privativa dos seus agentes (servidores públicos, portanto) silenciando no que toca à fiscalização da execução de contratos, é lícito concluir que não intentou o constituinte empecer o trespasse desta atividade, ainda que dele se cogitasse.

31. Resta-nos sobremodo claro que as atividades que se têm em vista contratar, mediante procedimentos licitatórios, junto a empresas especializadas, não caracterizam, nem de longe, atividades próprias de Estado. São, muito ao contrário, atividades acessórias, de apoio, desvestidas do caráter de imperatividade, independentes do poder de coerção estatal, e, portanto, de realização absolutamente trespasável a terceiros.

#### V — A absoluta inexistência de burla ao princípio do concurso público

32. Dizer, como faz o Ministério Público Federal na ação acima noticiada, que a contratação de empresas gerenciadoras da forma como ventilado seria descumprir o art. 37, II, da Carta maior, parece-nos, vênua concedida, optar por uma leitura colegial da Constituição. Significa cometer o pecado de "ler a Constituição em tiras, aos pedaços" contra o qual adverte Eros Grau.<sup>18</sup>

33. De fato, o dispositivo em apreço determina que a investidura em cargo ou emprego público dar-se-á por concurso público. Nada mais justo e cediço. Contudo — e a isso voltaremos — o próprio art. 37 prevê (inciso XXI) a possibilidade de a Administração Pública contratar obras e serviços de terceiros. O que difere a contratação de ser-

18. Cf., neste sentido, *A Interpretação da Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Ed. RT, 1990.

viços e obras da simples contratação de mão-de-obra é o fato de que naquela há um objeto claro e determinado.

34. Mesmo em se tratando de serviços de natureza continuada (e veja-se que a Lei n. 8.666/1993 admite expressamente a contratação deste tipo de atividades que se prolonga pelo tempo — cf. art. 57, II), não ocorrerá a mera contratação de pessoal se o cometimento avençado se revestir de especialidade e de peculiaridade nitidamente identificáveis. Aqui emerge forte o traço de especialização técnica que é característico dos contratos de gerenciamento, conforme demonstramos no item 15.2 supra.

Ademais, a possibilidade de a administração "terceirizar" a execução de serviço voltado ao atendimento de necessidades públicas é matéria fora de dúvida. Até mesmo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das doutrinadoras mais avessas às diversas modalidades de terceirização na Administração Pública, assevera que "no âmbito da administração pública também é plenamente aceitável a terceirização como contrato de obra, como contrato de serviço, até porque tem fundamento na própria Constituição e está disciplinada pela Lei n. 8.666".<sup>19</sup>

35. A se levar a sério o argumento, concluiríamos que todas as contratações de serviços de natureza contínua seriam inconstitucionais, na medida em que estaria uma empresa privada colocando pessoas (seus empregados) a executar uma atividade de interesse público. Bobagem. Visando a contratação administrativa à realização de um serviço bem determinado, por período certo, sob a responsabilidade da empresa contratada e com produtos finais identificados no objeto contratual, afasta-se a alegação de burla ao princípio do concurso público.

19. "O sistema de parceria entre os setores público e privado — Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização — Aplicação adequada destes institutos", in *BDA — Boletim de Direito Administrativo* 9/586, Ed. NDJ, set. 1997.

36. Aqui que se colocam importantes as notas que destacamos no intróito deste trabalho: optar entre executar uma atividade de interesse ou relevância para a coletividade (e que não se caracteriza como atividade típica de Estado — cf. tópico anterior) por meio de pessoas físicas (base no art. 37, II da CR) ou por pessoas jurídicas (base no art. 37, XXI da CR) é algo que cabe apenas ao administrador, no exercício da sua margem de discricionariedade, impenetrável ao controle externo, mesmo do judiciário. Parte da doutrina, o Ministério Público, eu ou o leitor podemos, a partir de nossas convicções ideológicas, discordar da opção do administrador. Nem por isso será ela inconstitucional.

#### VI — A inexistência de ilegalidade pela alegada “delegação do poder de polícia”

37. Outro argumento aparentemente forte para questionar a contratação de empresas para gerenciar a execução dos contratos de concessão tem sido o verdadeiro anátema da “indelegabilidade do poder de polícia”. Esta alegação, porém, não serve para invalidar a contratação do gerenciamento de tais contratos. Vejamos.

38. Em primeiro lugar deve-se fazer uma distinção entre a detença do poder de polícia e a disponibilidade dos meios para o exercício deste poder. Se não se pode transferir a autoridade pública ao agente privado de molde que esta imponha sacrifícios ou restrições aos direitos dos outros particulares, nenhum óbice pode haver em se cometer a uma empresa privada o encargo de colocar à disposição do poder público recursos materiais e técnicos para efetivar o exercício desta autoridade.

39. Em segundo lugar, mesmo a tese da indelegabilidade deve ser vista dentro de alguns condicionantes. É o que nos ensina Cid Tomanik Pompeu, para quem “é clássica a afirmação de que o poder de polícia é

indelegável. Convém, entretanto, que, preliminarmente, tal assunto seja estudado sob dois aspectos: o da *delegação genérica* e o da *delegação específica*. (...) De fato seria incompreensível que o Estado, titular do poder de polícia, pudesse delegá-lo *genericamente* às pessoas de direito privado, tanto físicas quanto jurídicas”.<sup>20</sup>

E prossegue o autor: “Em casos específicos, entretanto, a *delegação do seu exercício sempre foi aceita, principalmente em relação às pessoas jurídicas de direito privado*, as quais, da mesma forma que as pessoas jurídicas públicas administrativas, são regidas pelo princípio da especialidade, isto é, só podem exercer as atividades para as quais tenham sido constituídas. A concessão, a permissão e a *delegação para o desempenho de atividades de interesse público, anteriormente a cargo do Estado, são, portanto, exemplos de delegação do exercício do poder de polícia em setores determinados, de há muito tempo aceitos pelo direito*”.<sup>21</sup>

Portanto, bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração, *nada obsta que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular*. E menos óbice ainda há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade.

40. Retomemos, outra vez, as notas que introduziram este estudo. O que define se há ou não violação aos institutos constitucionais no tocante à transferência de atividades intrinsecamente estatais é a abdicação, pela Administração, do poder que a sociedade lhe atribui. Este poder se revela na capacidade de exercer a imperatividade, de exercitar a capacidade de coação administrativa.

20. “O exercício do poder de polícia pelas empresas públicas”, in *Revista Forense* 258/438 e 439.

21. Ob. e loc. cit. Neste sentido, ver também Carlos Ari Sundfeld, “Empresa estatal pode exercer o poder de polícia”, in *BDA* 2/93, pp. 98 e ss.

Carlos Ari Sundfeld, talvez o mais descontinuo dos administrativistas que integram a Sociedade Brasileira de Direito Público, chega a obter que “é preciso ter presente que poder de polícia e coação administrativa não caminham necessariamente juntos. Um órgão pode exercer atividade de polícia sem que esteja legitimado à coação administrativa”.<sup>22</sup>

#### 41. Recorra-se outra vez a um exemplo.

Quem em última instância pode prender um indivíduo é a autoridade policial. Não obstante, qualquer indivíduo pode deter um meliante que pratique crime às suas vistas. A lei faculta mesmo a qualquer do povo prender aquele que flagrantemente pratica delito (cf. art. 301 do Código de Processo Penal). É óbvio que isso não autoriza o sujeito a manter em cárcere privado o criminoso. Porém, confere-lhe a lei autorização para, mesmo que desvestido do poder de polícia, deter o infrator para, tão logo quanto possível, entregá-lo ao agente da autoridade.

42. O ordenamento jurídico tem consagrado a diferenciação entre exatamente o exercício do poder e o concurso dos meios para tanto necessários.

42.1 A Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), um dos diplomas mais atuais e hodiernos de que se tem notícia, traz dispositivo bastante interessante para o que aqui se desenvolve. Diz seu art. 59 que a Agência Nacional de Telecomunicações “poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio”.

No art. 22, parágrafo único, vem prevista regra semelhante, lavrada da seguinte

22. “Empresa estatal pode exercer o poder de polícia”, in *Boletim de Direito Administrativo*, Ed. NDJ, fev. 1993, p. 101.

maneira: “fica vedada a realização por terceiros da fiscalização de competência da Agência, *ressalvadas as atividades de apoio*”.

Vê-se, pois, que o legislador, aberto à melhor doutrina, consagrou na Lei a distinção entre o exercício de uma atividade tida como de polícia (no caso, a fiscalização) e outras, consideradas mero suporte para aquelas (as correspondentes atividades de apoio). Releva notar que contra o art. 59, e outros, arvoraram-se os representantes dos partidos de oposição no Congresso Nacional, intentando Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal. Pois, em sede de liminar, o STF apenas anotou (dando interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto) que tais contratações deverão reger-se pela Lei n. 8.666/1993. Portanto, o próprio Excelso Pretório, indiretamente, anuiu com a distinção entre o que seja o exercício do poder ínsito à Administração e o que seja o oferecimento dos meios para exercício deste poder.

42.2 Igualmente ocorre com a Lei Federal n. 9.503/1997 (Código Nacional de Trânsito). Aqui determinou o legislador que a lavratura do auto de infração de trânsito deverá ser efetuada por servidor civil (em qualquer regime) ou militar (cf. art. 280, § 4º). Inobstante, as providências anteriores à lavratura do auto poderão ser adotadas por terceiros que não servidores. Tanto é assim que se permite que o registro da infração seja feito por aparelho eletrônico ou equipamento audiovisual, os quais inclusive poderão ser fornecidos e operados por empresas especializadas (cf. art. 280, § 2º).

De igual modo, o Código, ao exigir a inspeção veicular (cf. art. 104) em todos os veículos em circulação, admite que tais aferições sejam feitas por entidades privadas, reservando-se por óbvio a adoção da medida administrativa de retenção dos veículos reprovados na inspeção para as autoridades competentes. Veja-se que ao vetar os §§ 1º ao 4º deste artigo, alegou o E. Presidente da República razões meramente de técnica le-

gislativa, não se voltando contra a expressa autorização para trespasse de tais atividades aos particulares.

42.3 Há, portanto, fortes precedentes na ordem jurídica a admitir que, para exercer atividade entendida como "poder de polícia", pode a Administração contar com o apoio de empresas privadas que lhe prestem assessoria ou suporte.

43. Ocorre que, ao nosso ver, as atividades que se quer cometer no âmbito do gerenciamento dos contratos de concessão não podem sequer ser caracterizadas como poder de polícia.<sup>23</sup>

23. Para adentrar no complexo tema do poder de polícia, vale citar, sem pretender ser exaustivo, as seguintes referências bibliográficas: Adolfo Merki, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1993, p. 323; Alberto Elguera, *Policia Municipal*, Buenos Aires, 1963; Alberto Domínguez, *Policia Sanitaria*, Buenos Aires, 1946; Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1969, pp. 17 e ss.; Álvaro Lazzarini e outros, *Derecho Administrativo da Ordem Pública*; Bartolome Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, v. II, pp. 645 e ss. e *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1962; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, pp. 240 e ss.; Clóvis Beznos, *Poder de Polícia*; Diógenes Gasparini, *Derecho Administrativo*, pp. 98 e ss.; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 293 e ss.; Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, v. II, pp. 159 e ss.; Francis-Paul Benoît, *Le Droit Administratif Français*, pp. 739 e ss.; Georges Vedel, *Droit Administratif*, pp. 779 e ss.; H. L. Laferrière, *Cours de Droit Public e Administratif*, v. I, pp. 368 e ss.; Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, 1966, p. 550; Héctor Eduardo Herraiz, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1970; Hely Lopes Meirelles, *Derecho Administrativo Brasileiro*, pp. 113 e ss.; Henry Bethélemy, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, pp. 235 e ss.; Jean Rivero, *Droit Administratif*, pp. 450 e ss.; José Cretella Jr., *Curso de Direito Administrativo*, pp. 521 e ss.; Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, v. IV, pp. 17 e ss.; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1973, pp. 510 e ss.; José Horácio Meirelles Teixeira, *Estudos de Direito Administrativo*, v. I, pp. 153 e ss.; Juan Francisco Linares, *Derecho Administrati-*

Celso Antônio Bandeira de Mello, em texto de há mais de vinte anos, um clássico na matéria, ensina que a Polícia Administrativa (v.g., que exerce poder de polícia) é "a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo".<sup>24</sup>

É o exercício do poder de polícia (polícia geral), portanto, voltado a limitar o exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos quando preordenada a assegurar, especificamente, "a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas".<sup>25</sup>

No mesmo sentido vem Benoît, para quem "la tradition de législateur français est de fixer cer limites de la police administrative générale à l'aide de trois mots: tranquillité, sécurité, salubrité. La tranquillité publique, c'est le bon ordre dans les rues et lieux publics, c'est-à-dire un état de fait compatible avec la destination de ces lieux;

vo, pp. 421 e ss.; Marcel Waline, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, pp. 240 e ss.; Néstor R. Valeri, *Implicancias Constitucionales del Instituto de Policía Santa Fe*, 1961; Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, v. II, pp. 3 e ss.; Pedro Guilherme Altamira, *Policia y Poder de Policía*, Buenos Aires, 1963; Rafael Bielsa, *Régimen de Policía*, Buenos Aires, 1957; F. Ramón Vázquez, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957; Roger Bonard, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, pp. 397 e ss.; Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pp. 461 e ss.; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 115 e ss.

24. "Apontamentos sobre o poder de polícia", in *Revista de Direito Público* 9/62.

25. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 494.

la sécurité publique, la limitation des risques d'accident; la salubrité publique, la limitation des risques de maladie".<sup>26</sup>

Trata-se, o poder de polícia, de exercício da supremacia da Administração sobre os particulares para cercear o livre exercício das faculdades (liberdade e propriedade) destes naquelas atividades em que a Administração não seja diretamente responsável.

44. *Inconfundível*, portanto, *exercício de poder de polícia* (que recai sobre todos os particulares apenas no tocante à proteção do trinômio segurança, salubridade e tranqüilidade) com *aplicação de cláusulas exorbitantes ou de prerrogativas de poder concedente* (as quais, obviamente, só atingem o particular que mantém vínculo contratual com o Estado e mesmo assim no âmbito daquela relação contratual).

Segue daí que nenhuma relação existe entre a fiscalização decorrente do poder de polícia (vigilância sanitária, de trânsito, de edificações etc.) com a fiscalização da execução contratual.

E aqui é absolutamente indiferente tratar-se o contrato fiscalizado de uma simples empreitada ou de uma concessão de serviços públicos. Isso porque a fiscalização a ser exercida de parte da Administração tem base contratual e intenta assegurar o pleno atingimento das metas e objetivos contratados. Não guarda relação direta com a salubridade, tranqüilidade ou segurança dos indivíduos.

Bem traçadas, e portanto perfeitas para arrematar este tópico, são as considerações de Celso Bastos,<sup>27</sup> que tomamos como se fossem nossas:

"Na prestação de serviço público, a Administração cria uma certa utilidade: sua atividade produz algo de fruível pelo indivíduo,

26. Francis Paul Benoît, *Le Droit Administrative Français*, 1968, p. 762. No mesmo sentido, Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, p. 557.

27. "Repartição constitucional da competência para o exercício do poder de polícia", in *RDP* 16/173.

quer isoladamente, quer em conjunto com os demais membros da sociedade. De qualquer maneira, não fora a ação administrativa e inexistiria o bem a ser desfrutado. Há, portanto, uma relação de causa e efeito entre as medidas tomadas pelo Poder Público e a aparição de uma utilidade".

E prossegue o autor:

"De um lado coloca-se a Administração oferecendo o serviço público, tornado realidade através do seu próprio atuar, e de outro situa-se o cidadão, acrescendo às suas comodidades mais esta, proporcionada pelo Poder Público. No cumprimento, por outro lado, de suas funções de polícia administrativa, o Estado não chega a produzir diretamente uma utilidade pública. De pronto, a sua atuação limita-se a impor um 'não fazer', ou a levantar um óbice para que algo possa ser praticado, como no caso de expedição de autorização para o porte de armas. De qualquer maneira, tomada a sua atuação nas suas repercussões imediatas, dela não resulta nenhum bem à coletividade. A imposição de uma abstenção ao administrado, em hipótese alguma aumenta o rol de conveniências e comodidades à disposição do indivíduo. Ao invés de lhe trazer às mãos a satisfação de uma necessidade qualquer, como acontece na prestação de serviço público, o Estado vai, pelo contrário, infligir-lhe mais um gravame, representado pela regulamentação imposta à atividade a ser praticada".

45. Dessarte, parece claro que o acompanhamento, o monitoramento e a fiscalização da execução dos contratos de concessão de rodovias não caracterizam atividade de polícia, já que são realizados pela Administração na condição de contratante ou de poder concedente, posição bastante diversa do que aquela que ocupa como autoridade de polícia. Fica fora de cogitação, portanto, tratar-se de delegação de poder de polícia (já que este não existe em sede de obrigações contratuais).

De mais a mais, mesmo que se tratasse do exercício de poder de polícia, inexistiria

a guerreada delegação, pois que se cogita de contratar a execução de simples atividades de suporte, de apoio à Administração Pública, como prenota a acessoriedade típica do gerenciamento.

Tanto é descabida a alegação de ilegal delegação que, apreciando a tese esposada pelo MPF na ação civil supradita, o juízo da 13ª Vara, Seção Judiciária Federal de Brasília consignou:

“A propósito, *data venia*, numa análise perfunctória da matéria, não vislumbrei o pressuposto do *fumus boni juris*. Ao contrário, como consta das informações prestadas pelo DNER em sua contestação de fls. 1002 a 1020, dos documentos a ela acostados e dos próprios documentos trazidos com a inicial, verifico que não houve tal delegação, razão por que indefiro a liminar”.

46. De outro lado, no caso do Programa de Concessão de Rodovias do Estado de São Paulo, parece-nos claro que as competências específicas para fiscalizar os contratos e as metas das concessões estão reservadas e garantidas a órgão público estadual. Efetivamente, dando cumprimento ao prescrito na Lei estadual paulista n. 7.836/1992, o Decreto n. 43.011, de 3 de abril de 1998, instituiu a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviços Públicos no âmbito da Secretaria dos Transportes.

Esta Comissão, na verdade um embrião de um órgão regulador próprio, reúne as competências de acompanhamento pelo poder concedente, do devir das concessões. Contudo, nada obsta nestes diplomas normativos, que tal Comissão se socorra de empresas privadas para que estas lhes dêem apoio no seu mister. Não pretendendo construir uma macroestrutura de servidores, a Administração utilizar-se-á destas empresas para prover-lhes os meios necessários ao exercício de sua competência. Nada mais adequado ao ordenamento jurídico.

Descabe, portanto, também esta ordem de objeções.

#### VII — A base legal autorizadora da contratação em apreço

47. Chegamos pois ao derradeiro ponto da presente reflexão, atinente à existência ou não de lastro jurídico a permitir a contratação de gerenciamento externo. Fosse este tópico vestibular ao presente trabalho e, talvez, tudo o mais se tornasse despiendo. Isso porque são fortes e vastas as disposições legais a permitir a contratação de empresas especializadas em gerenciamento para acompanhar o devir dos contratos de concessão.

48. Inicialmente, destaque-se que a Lei n. 8.666/1993 prevê expressamente a hipótese de contratação de serviços técnico-especializados, dentre os quais destaca a fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços (cf. art. 13, inciso IV).

Vai além o legislador e reitera tal possibilidade prevendo que (art. 9ª, § 1ª) “é permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução como *consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento exclusivamente a serviço da Administração interessada*”.

Fosse isto pouco, e a Lei federal de licitações escancara a possibilidade da fiscalização de a execução dos contratos da Administração ser apoiada e assistida por terceiros contratados. Fá-lo no art. 67 que transcrevemos: “Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, *permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição*”.

Diz o brocardo que quando a lei é clara, cessa a interpretação. A ele acresceríamos que quando a lei é clara e peremptória, a interpretação não deveria sequer ser cogitada.

49. Apenas por pertinência com o tema, vale referir o claro escólio de Antônio Roque Citadine, que não deixa margem de dú-

vida quanto ao cabimento da contratação de empresas para gerenciar a execução de contratos complexos. Diz o doutrinador e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que: “*Poderá a Administração contratar o gerenciamento do contrato, especialmente quando envolver matéria de maior complexidade, e o objeto do contrato tiver ligações com outras obras, serviços ou bens, de forma que a fiscalização exercida venha a ter o respaldo técnico adequado, apontando as falhas no cronograma contratado, propondo correções, etc.* Na contratação de empresa ou pessoal para gerenciar e fiscalizar a execução de contrato, deverá o administrador precaver-se para que não exista ligação, pessoal, familiar, técnica, comercial ou empresarial, *entre quem fiscaliza e gerencia, e quem executa a obra, serviço ou compra (...)*”<sup>28</sup>

49.1 Se nos contratos administrativos em geral é lícita a contratação de empresa especializada para acompanhar, gerenciar e dar suporte à fiscalização de outros contratos administrativos, diverso não ocorre com os contratos de concessão. Afinal, já é bastante firme na doutrina o entendimento de que a concessão tem caráter contratual, em que pese a relevância dos que disso discordam.<sup>29</sup> A própria Constituição assim determina (cf. art. 175, parágrafo único, I).

49.2 Como contrato administrativo, são aplicáveis à concessão, necessariamente, as regras da Lei n. 8.666/1993 que não colidam com aquelas específicas previstas na Lei n. 8.987/1995. Tal aplicabilidade é expressamente determinada pelo art. 2ª da Lei de Licitações quando faz referência à regência pelos termos das concessões (art.

28. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 353.

29. Celso Antônio Bandeira de Mello é hoje o mais forte expoente desta linha doutrinária. Apesar disso, reconhece que “no Direito brasileiro a concessão de serviço público tanto quanto a de obra pública são pura e simplesmente nominadas de contrato administrativo” (*Curso...*, cit., p. 436).

2ª, *caput*) e quando define que os contratos por ela disciplinados são todos os ajustes que estipulem obrigações recíprocas entre as partes (art. 2ª, parágrafo único).

49.3 Portanto, as disposições acima referidas da Lei n. 8.666/1993 são aplicáveis diretamente aos contratos de concessão, o que já demonstra haver sobeja base legal para a contratação do gerenciamento externo destes contratos.

50. Tampouco serviria para impedir tal contratação a disposição constante do art. 30, parágrafo único, da Lei federal n. 8.987/1995, segundo a qual “a fiscalização do serviço concedido será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada”.

Ora, é certo que o poder de fiscalização da execução de um contrato é do ente contratante. Afinal, trata-se de fiscalização de execução contratual e, portanto, o contratado (cessionária) somente está vinculado ao contratante (poder concedente). Isso não quer afastar a possibilidade deste órgão (concedente) se socorrer de suporte técnico para bem exercer seu poder de fiscalização.

É exatamente este o entendimento da melhor doutrina. Eurico de Andrade Azevedo leciona que: “A fiscalização deve ser efetuada por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada (art. 30, parágrafo único). Abre-se uma nova fase para o Estado, que passa de executor de serviços a seu agente controlador (...) *Convém distinguir, contudo, o poder de fiscalização e os serviços técnicos a ela necessários. Nada impede que tais agências venham a contratar os serviços técnicos indispensáveis à sua atuação. O que não podem é delegar as funções públicas que lhes foram atribuídas por lei*”<sup>30</sup>

Marçal Justen Filho é ainda mais enfático ao dizer, comentando este mesmo art. 30, que: “Ademais, a fiscalização deverá ser

30. In *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 122.

efetuada segundo regras técnicas apropriadas, por pessoal capacitado para tanto. Se a Administração não contar com recursos humanos capacitados para esse fim, caberá recorrer a terceiros especializados. *Não teria sentido a Administração realizar fiscalização meramente formal, através de servidores não habilitados para apurar a regularidade do serviço*.<sup>31</sup>

A citação calha perfeitamente ao que acima peroramos acerca da especialidade dos contratos de gerenciamento e do aporte técnico que a eles subjaz. Desnecessário alongar-se no tema.

51. Diga-se apenas que o próprio art. 30, parágrafo único, da lei de concessões prevê a possibilidade de o poder concedente firmar convênio com entidade (que não diz dever ser pública) para execução das atividades de fiscalização. Tendo a Lei n. 8.666/1993 igualado o convênio ao contrato administrativo (cf. seu art. 116), resta também por isso autorizadíssima a contratação de empresas para realizar o assessoramento do órgão concedente nestas atividades.

Parece-nos, portanto, sobrar amparo legal para a contratação de que aqui se trata.

#### VIII — Conclusão

52. Cremos ter chegado a hora de concluir. Por tudo que afirmamos, parece indubitável que o recurso pelo poder concedente a empresas privadas especializadas para que

estas gerenciem os contratos de concessão é medida absolutamente ajustada ao ordenamento legal e constitucional. Mais ainda, cuida-se de providência necessária para bem atingir o dever do poder público nas concessões, traduzido no cumprimento dos objetivos para os quais se concedeu o bem ou serviço público.

52.1 De outra banda, não há qualquer delegação (de poder de polícia ou de poder de fiscalização) que possa ser tida como írrita à ordem jurídica. Isto porque simplesmente o que se está a contratar são os meios para a atuação do poder concedente, meios estes de que não dispõe.

52.2 Amparo legal há, e bastante claro. A Lei n. 8.666/1993 é pródiga e expressa em admitir tais contratações. E a própria Lei n. 8.987/1995 admite, ainda que de forma indireta, tal contratação (que trata inadvertidamente por convênio).

52.3 Pretender exigir que as atividades de acompanhamento, monitoramento, suporte à fiscalização, enfim, que o gerenciamento das concessões seja executado diretamente por servidores ou mesmo empregados públicos importaria invadir o campo de discricionariedade administrativa, fazendo prevalecer concepção ideológica de Estado (elogiável, mas não única) contra aquela legitimada pelo voto popular para o período que vivemos.

Eram essas as ponderações que nos ocorrem, sabendo contudo que o debate certamente prosseguirá.

31. In *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 301.

## DOCTRINA

### CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE).  
Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP.  
Professor de Direito Administrativo da Universidade Potiguar e da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Advogado em Natal/RN.

1. Introdução. 2. Requisitos dos atos administrativos. 3. Invalidades dos atos administrativos. 4. Regimes jurídicos dos atos administrativos inválidos. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

Um capítulo crucial para a dogmática jurídica do Direito Administrativo reside no fenômeno das invalidades dos atos administrativos. Relevância que se assenta no próprio arcabouço normativo do controle dos atos da administração pública e, naturalmente, na própria garantia da cidadania no exercício da função administrativa.

Função administrativa é aqui entendida como a atividade do Estado que tem por escopo a satisfação do interesse público constitucional ou legalmente fixado, mediante a expedição de normas jurídicas complementares às normas legais e sujeitas a controle jurisdicional, numa posição privilegiada e superior diante dos particulares.

Não há posição pacífica quanto à classificação dos atos administrativos fulminados por ilegalidade. Ávidos, procuram os

administrativistas, dentre os dispersos enunciados do regime jurídico-administrativo, critérios para agrupá-los e rotulá-los.

O trabalho que lhe apresentamos tem por fim oferecer uma classificação desses atos administrativos. Também é um modo de fazer um reajuste e uma revisão das idéias que andamos compartilhando com a comunidade jurídica. Trata-se de uma reflexão que gostaríamos de compartilhar com o leitor.

#### 2. Requisitos dos atos administrativos

##### 2.1 Pertinência, validade e eficácia dos atos administrativos

Postos no sistema do Direito Positivo mediante declarações unilaterais imputadas ao Estado, os atos administrativos são normas concretas que têm por escopo a realiza-