

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 158

abril/junho – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Da aplicabilidade do mandado de segurança

Extensão às autoridades de empresas estatais em casos de procedimentos licitatórios decorrentes do exercício da concessão de serviços públicos

Hugo Sarubbi Cysneiros de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. Do mandado de segurança – ato de autoridade passiva. 3. Da aplicabilidade do writ a atos de empresas públicas – entendimento jurisprudencial. 4. Da extensão aos casos de procedimento licitatório no exercício da concessão de serviços públicos – fundamentação. 4.1. Da concessão de serviço público e da licitação. 4.2. Dos princípios da administração pública afetos ao procedimento da licitação. 4.3. Da consideração de procedimentos licitatórios realizados por empresas concessionárias de serviço público como atos de império. 4.4. Da hermenêutica constitucional. 5. Conclusão.

1. Introdução

Funda-se o presente artigo na necessidade de se alcançar a mais ampla aplicabilidade de um remédio constitucional cuja evolução e importância convivem visceralmente com o Estado democrático de direito: o mandado de segurança.

Sem se valer de processos de hermenêutica comprometedores da ordem jurídica e preservando, sobretudo, o interesse público, busca-se debater uma problemática constantemente enfrentada pelos administrados, com vistas ao fortalecimento do poder difuso de controle sobre os atos da administração.

Este sucinto ensaio é, pois, provocado por um continuado entendimento jurisprudencial que, a despeito de ser aparentemente unânime, não pode, *data maxima venia*, ser

Hugo Sarubbi Cysneiros de Oliveira é Bacharel em Direito pela UFPE e Advogado inscrito na OAB/DF.

aceito pelo presente autor, que o faz imbuído da sua mais absoluta modéstia.

Trata-se, portanto, de uma breve exposição acerca da aplicabilidade do *writ of mandamus* contra atos provenientes das autoridades regentes de empresas públicas, quando da condução de procedimentos licitatórios, em decorrência do exercício da concessão de serviços públicos.

2. Do mandado de segurança – ato de autoridade e legitimidade passiva

Reza a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no seu artigo 1º, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de *poder*, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Mais adiante, no parágrafo primeiro do citado artigo, esclarece a lei, com redação dada pela Lei 6.978, de 19 de janeiro de 1978, o conceito de autoridade, que considera para seus efeitos “os representantes ou órgãos dos partidos políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções”.

Por sua vez, no inciso LXIX do seu art. 5º, a Constituição da República consagrou o mandado de segurança, garantindo a sua concessão a fim de “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Das previsões legais acima referidas, pretende-se aqui destacar a figura do ato de autoridade e, conseqüentemente, o patrocinador desse ato, ou seja, a autoridade coatora.

Na categórica definição do insubstituível mestre Hely Lopes MEIRELLES (1992),

“ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”.

Para fins de mandado de segurança, portanto, deve-se entender por autoridade pública aquela que possui poder hierárquico, capaz de emanar atos administrativos decisórios. Saliente-se, contudo, que não apenas essas autoridades podem praticar atos de autoridade, mas também os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais, além das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas.

Tem-se, assim, a autoridade coatora – ou, em termos processuais, a parte impetrada – considerada como tal por ser a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e que responde pelas suas conseqüências administrativas, dispondo da competência para corrigir a ilegalidade atacada judicialmente.

Enfim, pode o coator pertencer a qualquer Poder ou entidade estatal, paraestatal ou autarquia, bem como aos serviços delegados, cujas atribuições, apesar de pertencerem à entidade delegante, colocam-no como o agente que pratica o ato impugnado.

3. Da aplicabilidade do writ a atos de empresas públicas – entendimento jurisprudencial

Muito embora seja a Constituição da República cristalina ao prever a concessão do mandado de segurança quando configurada a ilegalidade ou abuso de poder praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”, registra-se maciçamente na construção pretoriana pátria um entendimento restritivo no que se refere às atribuições que estariam realmente abraçadas pelo comando constitucional.

Tal problemática decorre do fato de que o Estado, por força de outorga constitucional, pode exercer as suas atividades de variadas formas: a centralizada na administração direta e a descentralizada ou delegada, seja em favor de pessoas jurídicas integrantes da administração indireta, seja por meio de pessoas alheias ao aparato estatal.

Pronunciam-se os tribunais no sentido de que apenas os atos exercidos pelas entidades delegadas, mediante o poder de império da administração pública, poderiam ser objeto do mandado de segurança. Assim, atos de mera gestão de órgãos da administração pública indireta ou de qualquer pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público não seriam passíveis do controle via o *writ of mandamus*.

Assim, devido ao hibridismo jurídico de entidades paraestatais – como empresas públicas, por exemplo –, atos meramente negociais inerentes à prestação de um serviço concedido escapam do crivo de “ato de autoridade”, por não haver verdadeira coação administrativa.

Seguindo esse entendimento, pode-se citar os seguintes julgados: AMS 90.02.07139-6, TRF 2ª, 1ª T, DJU 09.09.93; REO-MS 95.01.22891-6/MA, TRF 1ª, 1ª T, DJU 14.12.1998, p. 69; AMS 94.01.11553-2/DF, TRF 1ª, 1ª T, DJU 14.12.1998, p. 66; AMS 96.01.46212-0/DF, TRF 1ª, 1ª T, DJU 04.10.1999, p. 28.

Ocorre que tal raciocínio, assentado, é bom salientar, em bem fundamentado exercício intelectual, sofre de danoso desvirtuamento. Não há dúvidas de que tarefas meramente gerenciais estão excluídas do rol de atos de autoridade; entretanto, o problema surge quando atos claramente revestidos das prerrogativas e poderes característicos do serviço público são tratados como simples procedimentos formais administrativos.

Se, por um lado, o exercício delegado de poder público cerca-se de atos gerenciais pertencentes à atividade-meio do ente executor, por outro, ele também se vale de mecanismos afetos à condução da função ad-

ministrativa, cujo caráter de ordem pública o insere no âmbito da parcela de poder delegada. Nesse sentido, destaca-se a realização de procedimentos licitatórios realizados por entidades concessionárias de serviço público.

4. Da extensão aos casos de procedimento licitatório no exercício da concessão de serviços públicos – fundamentação

4.1. Da concessão de serviço público e da licitação

A Constituição Federal, em seu artigo 175, estabelece que “incumbe ao poder público, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Tem-se, assim, estampada a manutenção do caráter público do serviço prestado pela administração pública quando o faz diretamente, ou por meio de delegação.

Para efeitos deste artigo, restringimo-nos exclusivamente à modalidade da concessão, cuja natureza jurídica é proficientemente identificada pela professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1999, p. 72), para quem se trata de um “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Tal raciocínio funda-se na norma que expressamente dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos – Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 –, cujo artigo 2º, inciso II, prevê que “concessão é a delegação de prestação de serviço, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Consoante se percebe nos termos dos dispositivos normativos citados, exige o or-

denamento jurídico brasileiro, sempre, a ocorrência de procedimento licitatório quando da hipótese de concessão de serviço público.

A imperiosidade da norma justifica-se no fato de que, quando se procede a transferência de poderes a terceiros, é necessário buscar aqueles que apresentem as melhores condições para a realização dos serviços delegados. A licitação, assim, além de garantir a opção que melhor atenda o interesse público, impede que o procedimento de concessão de serviços públicos privilegie a vontade pessoal de administradores ou administrações, fato que facilitaria desvios na condução da atividade pública.

De acordo com a já citada professora Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2001, p. 291), licitação é, pois, “o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”.

4.2. *Dos princípios da administração pública afetos ao procedimento da licitação*

Assim, o procedimento licitatório encerra a consagração de alguns princípios da administração pública, em especial, o da legalidade, o da supremacia do interesse público, o da impessoalidade, e ainda o da igualdade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência.

Deve-se lembrar que o princípio da legalidade constitui lastro constitucional para toda a administração pública e que no caso de procedimento licitatório o mandamento do estrito respeito à lei torna-se ainda mais importante. Desobedecer tal princípio significaria ignorar o mandamento capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, como bem ilustra o renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de MELLO (2000, p. 71):

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a

quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). (...) É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

Da mesma maneira, a vinculação da Administração Pública à licitação decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a administração terá sempre que escolher a proposta que melhor atenda ao interesse público, e do princípio da impessoalidade, pois sem o procedimento licitatório não há garantia de que houve objetividade no atendimento do interesse público, nem de que não houve pessoas prejudicadas e/ou favorecidas.

Não há, também, como olvidar outro princípio alicerce da licitação, o da igualdade entre as partes. Ele visa não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, *in casu*, licitar.

No que tange aos princípios da moralidade administrativa e da publicidade, a Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, elimina quaisquer dúvidas quanto à sua imprescindibilidade: “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais

vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Assim, torna-se imperioso exigir da administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração e os princípios da justiça e da equidade, visto que, além de garantir a todo o procedimento ampla divulgação e abertura, possibilita a fiscalização da atividade administrativa.

Precisas são as palavras do combativo Celso Antônio Bandeira de MELLO (p. 90) acerca do princípio da moralidade administrativa: “de acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violar o próprio direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição”.

Finalmente, no que tange ao princípio da eficiência, a Mensagem Presidencial nº 886/95, convertida em proposta de Emenda Constitucional e que culminou na Emenda Constitucional nº 19 (que dispõe sobre princípios e normas da administração pública), observava, em sua exposição de motivos, que “o aparelho de Estado deverá-se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, (...) a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos”.

Conforme observa o comemorado constitucionalista Alexandre de MORAES (2001, p. 312),

“o princípio da eficiência é aquele que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca de qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social”.

Ante todo o exposto, conclui-se que a licitação, sobremaneira quando serve de requisito para a delegação de serviço público, encerra uma série de atos administrativos revestidos de todos os atributos que os cercam e sujeitos aos princípios orientadores da administração pública.

4.3. Da consideração de procedimentos licitatórios realizados por empresas concessionárias de serviço público como atos de império

Ocorre que, em alguns casos, as entidades delegadas, ou seja, as concessionárias de um determinado serviço público, por causa da natureza do poder concedido por meio de uma licitação, vêem-se, também, obrigadas legalmente a realizar procedimentos licitatórios.

Nesses casos, a licitação não constitui mera formalidade gerencial, posto que representa, por força de lei, exercício direto do poder delegado, mormente quando se examinam hipóteses de contratações de bens e serviços ou casos de posteriores concessões públicas decorrentes do serviço concedido.

Patente é o caso constante do art. 21, inciso XII, alínea ‘c’, da Constituição Federal, segundo o qual “compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeronáutica”.

Vê-se, portanto, que a exploração, ou melhor, a administração da infra-estrutura

aeronáutica constitui um serviço público passível de concessão, como, de fato, ocorre na maioria dos grandes aeroportos nacionais. À Infraero – Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeronáutica, empresa pública criada por lei, foi delegado tal poder, por exemplo.

Assim, na condução de suas atividades, a Infraero necessita lançar mão de prerrogativas inerentes à administração pública, específicas do serviço concedido. Uma delas é a concessão de uso de áreas públicas, que apenas pode ser realizada mediante procedimento licitatório.

Como considerar, então, a natureza desses atos necessários ao deslinde da imperiosa licitação? Admiti-los como passos substancialmente formais e de gestão, por certo, não parece ser o melhor caminho.

Essas hipóteses consubstanciam, claramente, o exercício do poder de império da entidade detentora dos poderes delegados/concedidos pela administração pública. São, no sentido da legislação que regula o mandado de segurança, atos de autoridade, e os autores de eventuais ilegalidades ou abusos de poder, quando da sua implementação, serão passíveis de serem enquadrados como autoridades coatoras.

Isso equivale a dizer que a licitação, cujo objeto é a contratação de bens ou serviços ou a concessão de área pública – atos necessários ao desempenho da atividade delegada pela administração –, afeta o cerne da atividade pública federal, de sorte que sua revisão pode dar-se pela via do remédio constitucional aqui examinado.

No caso da Infraero, hipótese aqui escolhida, licitar e contratar compõem o serviço público delegado de “explorar a infra-estrutura aeronáutica”. Portanto, eventuais desvios desses atos poderão ser atacados em sede de mandado de segurança.

4.4. Da hermenêutica constitucional

O *caput* do artigo 37 da Constituição Federal representa motivo suficiente para se concluir pela procedência de tal raciocínio.

Conforme revela o dispositivo: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

A Carta Magna, dessa maneira, em casos como o de licitações, equipara as empresas públicas à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, tornando possível que atos daquelas empresas possam ser, do ponto de vista literal do art. 37, impugnados na via mandamental.

Esse entendimento está categoricamente articulado no parecer emitido pelo ilustre Procurador Regional da República da 1ª Região Odim Brandão Ferreira, nos autos do recurso de apelação em mandado de segurança nº 2000.34.00.000215-5/DF.

“Tal conclusão, apoiada no teor literal do art. 37, parece confirmada pelo critério de interpretação mais importante – o teleológico – de modo a se sobrepor ao argumento sistemático, baseado no art. 173 da CF, que, hoje, tenho por equivocado e, que, outrora, me levou a negar o cabimento do mandado de segurança em casos desta espécie. A finalidade do art. 37 consiste em submeter o Estado – quer sob a aparência clássica da administração direta, quer sob as formas modernas da administração indireta – a controles uniformes, em pontos sensíveis. Assim, seria contrário à finalidade constitucional permitir que o Estado se subtraia do rápido controle do mandado de segurança, apenas porque empregou formas privadas de realizar serviços públicos. De resto, a EC 19/1998 parece ter caminhado na direção do reconhecimento de que, ao desempenharem certas atividades, as empresas públicas e sociedades de economia mista estão investidas de poder público. Tanto assim, que importou para o artigo que sujeita tais pessoas jurídicas ao regime da inicia-

tiva privada a seguinte imposição: ‘licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública’, na forma de lei própria (§1º, II)”.

5. Conclusão

É arrimado nesses motivos que o presente autor cultiva a sua inconformidade – já anteriormente citada – e procura, assim, demonstrar quão danosos podem ser os efeitos do aparente lapso de interpretação observado na produção jurisprudencial hoje dominante.

Conduzir um procedimento licitatório, por imposição legal, quando do exercício da concessão de um serviço público, indubitavelmente representa um ato dotado de imperiosidade administrativa, sujeito, portanto, ao controle judicial por meio do mandado de segurança. Privar a coletividade da utilização de um importante remédio cons-

titucional em casos como esses não só compromete a lisura e legitimidade da atuação pública, como também enfraquece um instrumento de defesa da ordem democrática, conquistado a tão duras penas.

Bibliografia

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Empresa estatal pode exercer o poder de polícia*. Boletim de direito administrativo, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 98-103, fev. 1993.