

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL EM DISPOR DOS PRÓPRIOS DOMINICAIS À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL

Alcameno Alves e Silva*
alcameno.logos@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho objetiva servir de contraponto ao entendimento do Ministério Público em fazer valer, através de Ação Civil Pública as disposições do art. 17 do Estatuto Jurídico das Licitações, com o reconhecimento de magistrados da pertinência da ação e da condenação de alguns prefeitos que não seguiram todos os ritos preconizados pelo referido diploma legal, qual seja, a subordinação à existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia e licitação na modalidade de concorrência, que optaram pela concessão, ou concessão de direito real de uso, sem a realização de procedimento licitatório. Neste contexto, imprescindível entender-se a evolução do direito perante a realidade do cotidiano, ao qual, forçosamente terá que se amoldar, de forma a possibilitar, sob o manto da legalidade, o atendimento das demandas sociais. Por outro lado, o administrador municipal, a quem foi delegado autonomia para tratar de assuntos de interesse local, premido pelas novas funções do município e pela crônica escassez de recursos, precisa de toda a criatividade no sentido de buscar forças sociais e recursos, seja humano, financeiro ou material, fora do aparato estatal, de forma a possibilitar uma nova feição na relação administrador/administrado/cidade, em um cenário de novas conquistas sociais. Logo, a utilização dos bens dominicais pode constituir-se uma alternativa na consecução de propósitos delineados a bem da coletividade.

Palavras-chave: Administração Pública; Poder Discricionário; Bens Dominicais; Função Social.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos quando veio a lume sofreu várias críticas da doutrina no sentido de tratar de assuntos específicos, não se limitando a estabelecer normas gerais quando o próprio “caput” do seu art. 1º, traz expressamente: **“Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (BRASIL, 1996).**

* Analista legislativo da Câmara Municipal de Araxá. Engenheiro e graduando pelo UNIARAXÁ.

Insurge-se o Ministério Público contra leis municipais que disciplinem alienações que retiram do Município tanto a posse, quanto a propriedade de bens dominicais, ou contra ato administrativo que caminhe no mesmo sentido, por não respeitarem as regras insculpidas no art. 17 da lei 8.666/93, em especial, quando não ocorre procedimento licitatório.

Este comportamento maniqueísta engessa a gestão municipal tornando-se obstáculo à promoção do desenvolvimento econômico, do desenvolvimento social no sentido de atrair investimentos privados que resultem em geração de postos de trabalho, maior arrecadação ou investimentos privados que culminem em maior atenção social ao munícipe. Exemplifique-se: Uma instituição filantrópica que ofereça educação infantil de forma gratuita pretende se instalar em um município, para isto, necessita de um terreno e o solicita à administração municipal. Este município com déficit na disponibilidade de matrícula e sabendo do déficit financeiro na manutenção desta modalidade de ensino em virtude do valor aluno, parâmetro para fixar o montante de recursos financeiros a receber do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) – sendo que o déficit financeiro pode ser calculado da seguinte forma: n.º alunos por professor de educação infantil na creche tempo integral = 8; valor a receber pelo município por aluno R\$ 3.655,21 multiplicado pela quantidade de alunos por professor = R\$ 29.241,68. Como o piso do professor 40 horas é R\$ 2.135,64 e adicionando-se 16% referente a encargo previdenciário, tem-se um valor ano do custo do professor de R\$ 32.205,45, computado o décimo terceiro salário. A abertura de um processo licitatório, em que não haja “direcionamento”, procedimento que macula a licitação, poderá ou não transferir a posse do imóvel de acordo com o interesse maior da Administração.

Ademais, está na Constituição que a propriedade cumprirá sua função social (art. 5º, XXIII) e, a Constituição não é restritiva, quando cita propriedade incluiu a privada e a pública, significando dizer que a propriedade pública cumprirá sua função social, inclusive no aspecto mais amplo de cumprir sua função social consoante o Estatuto da Cidade, sua função social no sentido da “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (Estatuto da Cidade, Inciso I, art. 2º).

E assim o é, em termos de propriedade pública, porque ela está afetada a um fim ou interesse público, pela sua própria natureza. Logo, a utilização do bem público por particular atenderá o interesse público de forma a maximizar resultados.

Di Prieto (2016), pontifica:

A partir da tese sobre “Uso Privativo de Bem Público por Particular” temos, em inúmeras oportunidades, salientado que os bens públicos, precisamente pela função social que desempenham, devem ser disciplinados de tal forma que permitam proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo desdobrar-se em tantas modalidades de uso quantas forem compatíveis com a destinação e a conservação do bem.

Por fim, para a realização da presente pesquisa valeu-se, em sua essência, do método bibliográfico em razão do estudo doutrinário e legislativo empregado.

2 A INCONVENIÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 17 DA LEI 8.666/93 AOS MUNICÍPIOS

A ADI 927-3-RS na qual, o Governo do Rio Grande do Sul questiona, dentre outras, a aplicabilidade de dispositivos do art. 17, traz um conceito lapidar de Normas Gerais: “Legislar sobre normas gerais significa dispor «com generalidade» (= sem detalhamento, estabelecendo os grandes parâmetros, a «moldura», dentro dos quais as normas locais, específicas, e com detalhamento, deverão se acomodar).”

E, a inconstitucionalidade destes dispositivos, suspensos até decisão final da Suprema Corte foi fundamentada nas minudências da Lei nº 8.666/93, que afastou o caráter de normas gerais.

Maria Sylvia Zanella Di Prieto (2002, p. 301) ensina, com clareza peculiar:

a Lei nº 8.666/93 já declara, no artigo 1º, que todas as disposições nela contidas têm a natureza de normas gerais. Se alguma dúvida houvesse, ela se dissiparia com a norma do art. 118, que determina aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da

administração indireta a obrigatoriedade de adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos “ao disposto nesta Lei”. A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo.

Mello (2000. p. 472), arremata, mais crítico:

acentue-se que a Lei 8.666, conforme estabelecem seu art. 1º e parágrafo único, pretende ser impositiva não só para quaisquer Poderes da União, mas também para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como se tudo que dela constasse tivesse o caráter de “normas gerais”. Esta pretensão, aparentemente alucinada aos olhos de quem tenha algum conhecimento jurídico, certamente vingará.

Abem da verdade, a União ao prescrever condutas para a Administração Pública em todos os níveis de governo, inclusive as prescrições do art. 17 usurpa a competência dos Municípios e de outros entes da federação, resguardada na ADI 927-3-RS, em termos de doação podendo estes entes avocar sua autonomia político-administrativa para decidir e dispor sobre seu patrimônio e, destiná-los a qualquer donatário, inclusive particulares. Além da doação, onde o Poder Público cede posse e propriedade a discricionariedade concedida deveria se estender a concessão e cessão de uso, institutos menos onerosos, onde a Administração não perde a propriedade e cede apenas a posse com um relevante interesse público.

A doutrina de Barroso (RDP 97/99) assevera:

Não pode ser considerada norma geral aquela que, em lugar de ditar um princípio ou reger questão fundamental, dispõe sobre pormenores, invadindo esfera interna *corporis* de organização de uma entidade

Se, a doutrina esmiúça as definições de norma geral, e a jurisprudência da nossa mais alta Corte foi mais além, tornou discricionária a doação de bem imóvel para ato dos Estados e Municípios, esta discricionariedade deveria alcançar, por similaridade, a proibição da transferência da posse, pois, àquele a quem o mais é lícito, não deixa de ser lícito o menor, ou seja, se existe a

discricionabilidade em doar, onde se transfere propriedade e posse, também será lícito a transferência da posse, entendida esta, como, como acessório daquela.

Ademais a própria União e com referência aos seus próprios apresenta legislação específica, a lei 9.636, de 15 de maio de 1.998, remetendo a critério do Poder Executivo a cessão gratuita ou em condições especiais (art. 18, I, e II), dispensando a licitação quando a cessão for relativa a bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública ou, bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006 (art. 18, § 6º, I e II).

Dessa forma a União reconhece que o art. 17 da lei 8.666/93 adentra particularidades próprias que seriam afetas ao Município, ou seja, particularidades que seriam de sua competência legislativa.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS DOMINICAIS

Conforme dito pela Constituição, em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos). A propriedade atenderá a sua função social. A topografia do texto constitucional leva ao entendimento de que a função social da propriedade engloba direitos de cada pessoa, sem fazer distinção em física ou jurídica, abrangendo tanto a dimensão individual como a coletiva. Neste sentido a boa hermenêutica recomenda: “quando o constituinte não faz distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo”. Logo, a função social da propriedade pública constitui-se mais um direito do cidadão perante o Estado, assumindo a função social a conotação de interesse juridicamente tutelado de todos os cidadãos, inferindo aos bens dominicais a obrigatoriedade de atendimento que lhe destina a sociedade através da Administração, isto é, a função social do bem público atingirá o interesse coletivo.

Silva (2000), esclarece:

[...] com as normas dos arts. 182 e 183,

a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas, de propiciar habitação (moradia), condições adequadas ao trabalho, recreação e de circulação humana.

Sob o viés do Estatuto da Cidade, que veio concretizar o direito urbanístico enquanto fundamento constitucional, pois emana da Constituição, a política urbana se funda na função social que subordinam a propriedade e a posse, no objetivo de garantir o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais.

A respeito da constitucionalização do direito urbanístico Sundfeld (2002, p. 49), ministra:

...a ligação constitucional entre as noções de direito urbanístico e política urbana (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo desse direito, que surge como direito de uma função pública chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público a quem cabe fixar e executar a citada política

Observe-se que o direito urbanístico através do Estatuto da Cidade traz garantias que se tornam direito do cidadão e obrigação do Município, entre elas o dispor discricionariamente dos seus bens para atingir um fim urbanístico, o qual, em sua natureza se reveste de interesse público, conforme salienta Gasparini (2008, p. 873) ao ressaltar o aspecto da autonomia federativa:

Guardada a competência da União para legislar sobre Direito Civil (CF, art. 22, I), cabe a cada uma das pessoas políticas (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) regular alguns aspectos da aquisição, do uso, da administração e da alienação dos bens que integram seus respectivos patrimônios, visto que essa atribuição é da essência da autonomia dos entes federados.

Para o Direito Civil, pode-se dizer que a propriedade, sinteticamente, é a soma de três faculdades, o uso, a fruição e a disposição.

Uso (*jus utendi*) é a faculdade do proprietário em usar a coisa. Na cessão, concessão de uso ou outra modalidade de transferência do bem imóvel, ele será utilizado pelo munícipe (proprietário do bem público) na promoção seu desenvolvimento social ou econômico, não se perdendo o *jus utendi*.

Fruição ou gozo (*jus fruendi*) é a faculdade do proprietário também explorar a coisa economicamente, auferindo seus benefícios e vantagens. Neste caso, os benefícios ou vantagens do munícipe decorrem dos benefícios ou vantagens social ou econômica da utilização do bem, continuando o *jus fruendi*.

Disposição (*jus abutendi*) é o poder do proprietário dispor do bem, como lhe convier. Como, a transferência da posse do bem imóvel, mas não a propriedade concede ao Poder Público, a faculdade de reavê-la a qualquer momento, há a continuidade do *jus abutendi*.

Nesta perspectiva, também sob o manto do Direito Civil não perde a propriedade pública a sua função social.

Para cumprir sua função social os bens dominicais hão de se transformar em instrumentos que levem à consecução do propósito, dentre outros, de moradia, trabalho, equipamentos urbanos e comunitários (escola, posto de saúde, etc.), todos finalidades precípua da Administração Pública.

4 DA LIMITAÇÃO DA DISPONIBILIZAÇÃO DOS BENS DOMINICAIS

Partindo do pressuposto que o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 927-3, decidiu suspender a eficácia da expressão “exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, inseriu-se na discricionariedade da Administração Municipal a doação de imóvel, sem a realização de licitação, respeitadas as demais exigências - interesse público justificado, avaliação prévia e autorização legislativa, conforme leciona Fernandes (2000, p. 241 e 242):

Com a força normativa da decisão em epígrafe, os Estados poderão promover doação, inclusive a particulares, como dito, ficando a sociedade e os órgãos de controle

incumbidos de avaliar a correlação entre o ato do donatário e a satisfação do interesse público, que deve ser o ‘pano de fundo’, escopo permanente do ato administrativo.

No entanto, a dispensa de licitação deve encontrar outros limites na legislação local, exatamente para a satisfação do interesse público, observando o mais vantajoso para a Administração e, por conseguinte para os administrados. É o princípio da supremacia do interesse público, o qual, de forma brilhante Celso Antônio Bandeira de Mello (2000. p. 472) assim fundamenta: “É que, a o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado fundamenta-se na própria ideia de Estado”.

Este princípio encontra-se consagrado nos institutos da desapropriação e da requisição, previstos constitucionalmente nos inc. XXIV e XXV do art. 5º.

Logo, o interesse público e a sua supremacia hão de ser considerados pela Administração quando da decisão da alienação, de acordo com o prescrito no inciso I, art. 23 da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

A antítese de tal dispositivo, quando comparado à possibilidade de disponibilização do patrimônio público alteando-se este em relação àquele reside, inequivocamente, na supremacia do interesse público, e este, certamente privilegiará não a doação que lhe retira a propriedade, mas a transferência da posse através da concessão de direito real de uso, conforme ensina Carvalho Filho (2002, p. 897), com maestria

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.

Neste contexto a transferência da posse ao atender o interesse público obedecerá a uma legislação de âmbito local, que dentre as peculiaridades do Município deixe evidente o interesse público, como, por exemplo os dispositivos abaixo, que definem contraprestação para a destinação de bens públicos:

I – utilização de bem público por instituição privada de fins filantrópicos: a obrigatoriedade de prestar serviço público de forma gratuita, eficiente e eficaz, sujeitando-se à fiscalização do Poder Público, exercendo a população controle social das ações da instituição;

II – utilização do bem público por particular: a obrigatoriedade de geração de postos de trabalho para os residentes no município, responsabilizando-se o cessionário pelo treinamento de recursos humanos; a destinação de recursos financeiros legalmente dedutíveis aos fundos municipais.

Por outro lado, quando a alienação ocorrer no sentido de obtenção de receita para o Município sua destinação, será para despesa de capital, exceto se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos, consoante o disposto no art. 44, da Lei Complementar 101. Neste caso indispensável a licitação, no desiderato de obter-se a proposta mais vantajosa para a Administração, no caso, uma maior receita.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.666/93 E DA SUA NÃO APLICAÇÃO PELOS MUNICÍPIOS.

Sem dúvida que o tema caráter geral ou especial do artigo 17 da Lei 8.666 constitui profícuo tema para o debate, para o fim de se concluir quanto a sua incidência nacional.

Mesmo assim, não bastasse a doutrina e a jurisprudência citada, transcrevemos sobre a inconstitucionalidade da lei 8.666/93 valiosa lição de Mukai (1990, p. 131 e 132), citando o célebre Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Já o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, abordando a questão que nos preocupa efetuou excelente sistematização das normas gerais, ao levantar e confrontar as posições da doutrina a respeito. Por aí se verifica que são normas gerais aquelas que:

- a) Estabeleçam princípios, diretrizes, linhas mestras (Pontes, Alcino Pinto Falcão, José Afonso da Silva, Cláudio Pacheco);
- b) Não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (Pontes, Alcino Pinto Falcão, José Afonso da Silva, Cláudio Pacheco);
- c) Devem referir-se a questões fundamentais (Pontes, Adilson Dallari);
- d) São normas de aplicação direta (Cláudio Pacheco, Geraldo Ataliba)

E o mesmo autor, em outro lugar, tem a seguinte assertiva, a propósito do tema, tocando inicialmente no inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal:

A respeito deste último aspecto, é preciso insistir que as exceções devem ser interpretadas restritivamente. SE, por princípio, todas as entidades federativas têm autonomia político-administrativa, também por corolário, competelhes definir o processo (finalístico), e o procedimento (instrumental) para realizar a administração que lhe cabe. Ora, o que o art. 22, XXVII, estabeleceu como exceção a esse princípio foi o tratamento das licitações, enquanto processo administrativo, e não dos procedimentos, pois, deve tratar do geral (finalístico) e não do particular (instrumental).

O procedimento é constituído de normas específicas, de minudências operativa, que devem, necessariamente, ser definidas conforme as possibilidades de cada ente político, ao passo que o processo, este sim, comporta normas gerais de aplicação uniforme em toda a federação. O processo licitatório se caracteriza pela sequência de atos de caráter decisório, que a União pretendeu uniformizar e não pela sucessão de atos secundários, que são procedimentais.

Daí conclui esse autor que: Em suma, toda norma procedimental do Dec.-lei 2.300/86 não é, por ser incompatível com o conceito adotado, uma norma geral de licitação.

Portanto, é, a todas as luzes, inconstitucional, a lei 8.666/93, no ponto em que sendo como é, um diploma legal completo sobre licitações e contratos, pretendeu em todas as suas disposições procedimentais ou não, fossem consideradas normas gerais.

Longa a doutrina para ficar patenteada a inconstitucionalidade do art. 17 da lei de licitações, corroborando a discricionariedade do Município em dispor dos bens dominicais, desde que atenda à supremacia do interesse público, escoimada em limites que, efetivamente, conduzam à plena consecução do bem comum, com a utilização do patrimônio público neste escopo.

Maior polêmica deriva do procedimento a ser adotado pelo Administrador Municipal diante do caso concreto e a obrigatoriedade de decidir a bem do interesse público, afastando eventual processo licitatório, quando ele não é parte legitimada para arguição de inconstitucionalidade de lei federal.

Embebamos-nos dos ensinamentos de Santos – príncipe dos hermeneutas pátrios – “uma lei inconstitucional é como se não tivesse existido”.

Perfilham dessa corrente¹, dentre outros, doutrinadores de renome, como Elival da Silva Ramos (1994, p. 237); Luís Roberto Barroso (2006, p. 70-71); Caio Tácito (1961, p. 366); Francisco Campos (1945); e os juristas lusitanos J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 417-418); e José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 233).

Sobre o tema e, em termos jurisprudenciais merece destaque trechos do voto do Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 23.121-1-GO:

Tenho comigo a convicção de que é lícito ao executivo negar execução à lei que, a seu ver, não se coaduna com o sistema constitucional. Com efeito, o ordenamento jurídico tem como ápice a Constituição Federal.

Qualquer preceito, de qualquer origem ou hierarquia, há que se ajustar ao sistema constitucional.

Lei inconstitucional é nula. Não pode obrigar.

Diante do ato legislativo em que percebe ilegalidade, a Administração coloca-se na alternativa:

- a) Executa a lei, desprezando a Constituição; ou
- b) Homenageia a Constituição, desconhecendo o preceito legal.

Parece-nos que esta última opção é correta”.

¹ Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2011/Poder_executivo.pdf> Acesso em: 29 fev.2016.

De toda sorte, a postura majoritária, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ainda é pela possibilidade de o Chefe do Executivo recusar a aplicação de uma lei se entendê-la como inconstitucional e isso sem a prévia manifestação judicial, embora vozes discordantes comecem a ombrear-se em volume e significado.

Por tudo o que exposto, caso o chefe do Poder Executivo Municipal seja alvo de ação civil pública, resta-lhe a alternativa de defender-se da norma que julga ser inconstitucional, e o é, o art. 17 da lei de licitações, alegando em sua defesa a inaplicabilidade da legislação federal ao caso concreto, como se fora um controle incidental de (in)constitucionalidade.

Canotilho (p.1995; 1999), inspirado em Rui Barbosa, leciona:

A questão da inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução de um caso concreto. Este controle chama-se também controle por via de exceção, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute.

Este controle (incidental) anda geralmente associado ao controle difuso. O incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de desaplicação da norma inconstitucional ao caso concreto.

Este controle é o único controle possível, à luz da doutrina e da jurisprudência, de declarar-se a (in)constitucionalidade de lei municipal perante a Constituição Federal, podendo a Ação Civil Pública ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, desde que, o seu objeto seja o julgamento de uma concreta relação jurídica.

Esta é a posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal, abaixo sintetizada no Relatório do Ministro Celso de Mello na RCL 1.733-SP (medida liminar):

É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais - inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl. 554-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Rcl 611-PE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) - tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública

como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, como corretamente assinalado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Ao administrador público foi oferecida denúncia de improbidade administrativa, via ação civil pública e esta sendo eficaz para o controle de (in)constitucionalidade, poderá o réu, no exercício do direito da ampla defesa e do contraditório, alegar a “desaplicabilidade” da legislação federal, estando ele respondendo conforme as circunstâncias do processo e circunscrito ao legítimo conteúdo da defesa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início deve-se entender que a supremacia do interesse público, finalidade “mater” da Administração Pública deixa de constituir-se um princípio para insculpir-se no mundo jurídico como preceito e, neste contexto deve espriar-se em toda tessitura jurídico/institucional da ação pública, consagrando ao Administrador a faculdade de agir discricionariamente, quando o assunto versar sobre destinação de bens públicos.

No entanto esta discricionariedade não pode afastá-lo do mais real e legítimo interesse público, o qual ficará, cabal e plenamente, gravado no procedimento que gerar a posse do bem dominical. Como, nenhum direito é absoluto, a faculdade em comento encontrará óbice no interesse público, ou seja, quando este faltarem ausentes todos os pressupostos que ensejaram a discricionariedade do gestor público.

Neste sentido uma legislação local onde ficasse demonstrada a política pública a ser implementada, a qual, evidenciasse o interesse público a ser obtido, afastaria de vez a aplicação do art. 17, I, b da lei de licitações, ficando suas justificativas no assunto de interesse predominantemente local, conforme art. 30, I da Constituição Federal.

Mesmo assim, continuando o Parquet na pretensão da contenda, a melhor alternativa será o controle incidental do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, visto que, é defeso ao Município figurar

como pólo ativo em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto seja uma norma federal.

Se, o município busca a geração de oportunidades de trabalho, o incremento da sua receita, o aumento da oferta de vagas na educação infantil ou no ensino fundamental ele estará buscando melhorias para o administrado, agindo em seu nome com relevante interesse público, não assistindo razões ao Ministério Público a invocar a Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público, porque, o próprio Município estará agindo em prol do seu maior patrimônio, a coletividade.

BRIEF COMMENT ON THE DISCRETION OF MUNICIPAL MANAGEMENT IN AVAILABLE TO PROPRIETARY OWN THE LIGHT OF THE SOCIAL FUNCTION

ABSTRACT

This paper aims to serve as a counterpoint to the understanding of the public prosecutor to enforce through public civil action the provisions of art. 17 of the Legal Status of Bids with the recognition of judges of the relevance of action and conviction of some mayors who did not follow all the rites recommended by the said law, that is, the subordination to the existence of duly justified public interest, prior assessment and bidding in the form of competition, which opted for the grant or concession of the right of use, without conducting bidding procedure. In this context, essential to understand-the evolution of the law before the everyday reality, which necessarily have to conform in order to allow, under the cloak of legality, meet the social demands. On the other hand, the city manager, who was delegated autonomy to deal with matters of local interest, pressed by the new municipal functions and the chronic shortage of resources, need all the creativity in order to pursue social and resources forces, whether human, financial or material, outside the state apparatus in order to enable a new feature in the relationship manager / run / city, in a scenario of new social conquests. Therefore, the use of proprietary goods can constitute an alternative in achieving the purposes outlined the good of the community.

Keywords: Public Administration; Discretionary power; Sunday assets; Social role.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 233.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional – Direito Constitucional Intertemporal – Autonomia Desportiva: Conteúdo e Limites – Conceitos de Normas Gerais, in **RDP 97/99**.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70-71.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. Estatuto da Cidade, Lei 10257 de 10 de julho, de 2.001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL, Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, Lei 8666 de 21 de junho de 1.966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000. Disponível, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1.998. Disponível, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na reclamação 1733-SP. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14823269/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-1733-sp-stf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 927-3 Rio Grande do Sul, Medida Liminar, Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1090955>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 23.121/92-GO, relatada pelo Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 8/11/93.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. edição revista. Coimbra Livraria Almedina, 1995. p. 965.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 417-418.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 897.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 6, abril/maio/junho 2.006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 29 fev. 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. ed. Brasília Jurídica, 5. ed., 2000, p. 241 e 242.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 873.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 538.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 472.

MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos** – Comentários à Lei n. 8.666/93, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 131, 132.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio, Freitas Bastos, 1.948, 4. ed. V. I, p. 153.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da cidade e suas diretrizes gerais**. São Paulo, Malheiros, 2.002, p. 49.

TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais: parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 64, p. 366, abr./jun.1961.