



## **DIREITO ADMINISTRATIVO**

Fone: (61)3031-1900 – 9.9992-0708

[www.ibedf.com.br](http://www.ibedf.com.br)

## Sumário

|   |    |
|---|----|
| UNIDADE I .....                               | 5  |
| PRÍNCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO.....              | 5  |
| 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS .....                 | 5  |
| 2. PRINCÍPIOS .....                           | 5  |
| UNIDADE II .....                              | 9  |
| PODERES DA ADMINISTRAÇÃO.....                 | 9  |
| 1. ASPECTOS GERAIS .....                      | 9  |
| 2. ESPÉCIES .....                             | 9  |
| UNIDADE III.....                              | 14 |
| PODER DE POLÍCIA.....                         | 14 |
| 1. CONCEITO.....                              | 14 |
| 2. ABRANGÊNCIA.....                           | 14 |
| 3. LIMITE .....                               | 14 |
| 4. CARACTERÍSTICAS .....                      | 15 |
| UNIDADE IV.....                               | 16 |
| ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO..... | 16 |
| 1. NOÇÕES GERAIS DE SERVIÇO PÚBLICO.....      | 16 |
| 2. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA .....               | 17 |
| UNIDADE V .....                               | 21 |
| SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.....              | 21 |
| 1. DEFINIÇÃO .....                            | 21 |
| 2. CARACTERÍSTICAS .....                      | 21 |
| 3. CONTROLE.....                              | 21 |
| 4. CRIAÇÃO .....                              | 22 |
| 5. PRIVILÉGIOS .....                          | 22 |
| 6. RESPONSABILIDADE.....                      | 22 |
| 7. FALÊNCIA .....                             | 23 |
| UNIDADE: VI .....                             | 24 |
| 1. EMPRESAS PÚBLICAS.....                     | 24 |
| UNIDADE VII .....                             | 27 |
| 1. AGÊNCIA PÚBLICA.....                       | 27 |
| 2. AGÊNCIA EXECUTIVA .....                    | 28 |
| 3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS .....                 | 29 |
| 4. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS .....           | 29 |
| UNIDADE VIII.....                             | 30 |
| ATOS ADMINISTRATIVOS .....                    | 30 |
| 1. DEFINIÇÃO .....                            | 30 |
| 2. PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA .....       | 31 |
| 3. REQUISITOS.....                            | 31 |
| UNIDADE IX.....                               | 36 |
| ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA INVALIDAÇÃO.....   | 36 |
| 1. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....       | 36 |
| 2. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....    | 37 |
| UNIDADE X.....                                | 40 |



|  |    |
|--|----|
| ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA INVALIDAÇÃO.....              | 40 |
| 1.INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO.....                 | 40 |
| UNIDADE XI.....  | 43 |
| LICITAÇÃO.....   | 43 |
| 1.CONSIDERAÇÕES GERAIS.....                              | 43 |
| 2.CONCEITO.....  | 43 |
| 3.NATUREZA JURÍDICA.....                                 | 43 |
| 4.DIREITO ADMINISTRATIVO OU DIREITO FINANCEIRO.....      | 43 |
| 5.A LICITAÇÃO NÃO TEM EM SEU CONTEXTO UM ATO LICITATÓRIO |    |
| 6.FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO.....          | 44 |
| 7.LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO.....       | 45 |
| 8.PRINCÍPIOS GERAIS DA LICITAÇÃO.....                    | 45 |
| Exemplos didáticos:.....                                 | 46 |
| UNIDADE XII.....   | 48 |
| LICITAÇÃO.....   | 48 |
| 1.PRESSUPOSTOS.....                                      | 48 |
| 2.EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR.....                      | 49 |
| 3.MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....                          | 53 |
| UNIDADE XIII.....  | 57 |
| LICITAÇÃO: PRINCÍPIOS E MODALIDADES.....                 | 57 |
| 1. TIPOS DE LICITAÇÃO.....                               | 57 |
| 2. FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....                | 58 |
| 3. SANÇÕES PENAIS.....                                   | 65 |
| UNIDADE XIV.....   | 65 |
| LICITAÇÃO.....   | 65 |
| 1. LICITAÇÕES - RECURSOS.....                            | 65 |
| 2.LICITAÇÕES - CRIMES.....                               | 67 |
| 3. CONTRATO ADMINISTRATIVO.....                          | 67 |
| UNIDADE XV.....  | 72 |
| IMPREVISÃO.....  | 72 |
| 1.TEORIA DA IMPREVISÃO.....                              | 72 |
| UNIDADE XVI.....   | 74 |
| AGENTES PÚBLICOS.....                                    | 74 |
| 1.CLASSIFICAÇÃO.....                                     | 74 |
| 2.PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....                        | 75 |
| 3.REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO.....               | 83 |
| UNIDADE XVII.....  | 89 |
| 1. SERVIÇOS PÚBLICOS.....                                | 89 |
| UNIDADE XVIII.....                                       | 93 |
| 1.LICITAÇÃO.....   | 93 |
| 2.CONTRATOS.....   | 93 |
| 3.RESPONSABILIDADE.....                                  | 93 |
| 4.SUBCONCESSÃO.....                                      | 94 |
| 5.CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS.....                          | 94 |
| 6.INTERVENÇÃO.....                                       | 94 |



|  |     |
|--|-----|
| 7.FORMAS DE EXTINÇÃO.....  | 95  |
| 8.AUTORIZAÇÃO .....  | 96  |
| 9.CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS.....  | 96  |
| UNIDADE XIX.....   | 97  |
| BENS PÚBLICOS .....  | 97  |
| 1.CONCEITO.....  | 97  |
| 2.CLASSIFICAÇÃO.....   | 97  |
| 3.REGIME JURÍDICO .....  | 97  |
| 4.USO DOS BENS PÚBLICOS .....  | 98  |
| 5.OBRIGAÇÕES DOS TITULARES .....   | 99  |
| 6.INSTRUMENTOS PARA A TRANSFERÊNCIA DO USO.....                                  | 99  |
| 7.FORMAS DE AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS .....                                     | 99  |
| 8.BENS DA UNIÃO (ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).....                           | 100 |
| 9.BENS DO PATRIMÔNIO NACIONAL (ART. 225, § 4.º, DA<br>CONSTITUIÇÃO FEDERAL)..... | 100 |
| UNIDADE XX.....  | 101 |
| 1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....   | 101 |
| UNIDADE XXI.....   | 107 |
| 1. LIMITAÇÕES DO ESTADO AO DIREITO DE PROPRIEDADE .....                          | 107 |
| UNIDADE XXII .....   | 111 |
| 1. DESAPROPRIAÇÃO .....  | 111 |
| UNIDADE XXIII.....   | 114 |
| DESAPROPRIAÇÃO .....   | 114 |
| 1. FASES DA DESAPROPRIAÇÃO .....   | 114 |
| UNIDADE XXIV .....   | 118 |
| PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS .....  | 118 |
| 1.INTRODUÇÃO .....   | 118 |
| 2.PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....                                 | 120 |
| 3.FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....                                      | 123 |
| 4.PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....                                       | 123 |
| 5.SINDICÂNCIA.....   | 124 |
| 6.REVISÃO.....   | 125 |



## UNIDADE I

### PRÍNCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

#### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Quando alguém exerce atividade em nome de terceiros, temos uma *função*. A função administrativa é toda atividade desenvolvida pela Administração representando os interesses de terceiros, ou seja, os interesses da coletividade.

Por força desses interesses de terceiros, que ela representa, são conferidos à Administração direitos e obrigações que não se estendem aos particulares. Logo, está numa posição de superioridade em relação aos particulares. A Administração possui um regime jurídico diferenciado, estando o interesse público sobreposto aos interesses particulares.

Os princípios da Administração Pública são regras que surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas. Têm a função de oferecer coerência e harmonia para o ordenamento jurídico. Quando houver mais de uma norma, deve-se seguir aquela que mais se compatibiliza com a CF, ou seja, deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição.

Os princípios que a Administração deverá seguir estão dispostos no art. 37, *caput*, da CF/88. O disposto no referido artigo constitucional é elenco meramente exemplificativo; logo, existem outros princípios que poderão ser invocados pela Administração, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o princípio da isonomia, entre outros.

Os princípios da Administração abrangem a Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37 da CF/88).

#### 2. PRINCÍPIOS

##### 2.1. Princípio da Legalidade

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II, da CF).

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

O princípio em estudo apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista o interesse privado, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público, diferentemente, existe uma



relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar.

O princípio da legalidade, no Direito Administrativo, apresenta exceções:

- *medidas provisórias*: são atos com força de lei, mas o administrado só se submeterá ao previsto em medida provisória se elas forem editadas dentro dos parâmetros constitucionais, ou seja, se presentes os requisitos da relevância e da urgência. Vêm sendo considerados fatos urgentes, para efeito de medida provisória, aqueles assuntos que não podem esperar mais que noventa dias;
- *estado de sítio e estado de defesa*: são momentos de anormalidade institucional. Representam restrições ao princípio da legalidade porque são instituídos por um decreto presidencial que poderá obrigar a fazer ou deixar de fazer mesmo não sendo lei.

## 2.2. Princípio da Publicidade

É a obrigação, o dever atribuído à Administração, de dar total transparência a todos os atos que praticar, ou seja, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso.

A regra do princípio que veda o sigilo comporta algumas exceções, como quando os atos e atividades estiverem relacionados com a segurança nacional ou quando a publicidade, entretanto, só será admitida se tiver fim educativo, informativo ou de orientação social, proibindo-se a promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos por meio de aparecimento de nomes, símbolos e imagens.

São instrumentos constitucionais utilizados para assegurar o recebimento de informações o *habeas data*, art. 5.º, LXXII, da CF e o Mandado de Segurança, art. 5.º, LXIX e LXX, da CF.

## 2.3. Princípio da Impessoalidade

Deve ser observado em duas situações distintas:

- *Em relação aos administrados*: significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser aquelas que venham privilegiar o interesse público, ou seja, a Administração Pública deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo assim um desdobramento do princípio geral da igualdade, art. 5.º, *caput*, CF.

Ex.: contratação de serviços por meio de licitação - vinculação ao edital - regras iguais para todos que queiram participar da licitação;



- *Em relação à própria Administração Pública:* a responsabilidade dos atos administrativos praticados deve ser imputada não ao agente e sim à pessoa jurídica - Administração Pública direta ou indireta. Segundo o art. 37, § 6.º, da CF "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".  
**Teoria do Órgão:** a responsabilidade deve ser imputada ao órgão/pessoa jurídica e não ao agente público.

## 2.4. Princípio da Moralidade

O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas também à moral.

A Lei n. 8.429/92, no seu art. 9.º, apresentou, em caráter exemplificativo, as hipóteses de atos de improbidade administrativa; esse artigo dispõe que todo aquele que objetivar algum tipo de vantagem patrimonial indevida, em razão de cargo, mandato, emprego ou função que exerce, estará praticando ato de improbidade administrativa. São exemplos:

- Usar bens e equipamentos públicos com finalidade particular;
- Intermediar liberação de verbas;
- Estabelecer contratação direta quando a lei manda licitar;
- Vender bem público abaixo do valor de mercado;
- Adquirir bens acima do valor de mercado (superfaturamento).

Instrumentos para combater atos de improbidade: Ação Popular, art. 5.º, LXXIII, da CF e Ação Civil Pública, Lei n. 7347/85, art. 1.º, desde que neste caso o interesse seja difuso. Sanções aplicáveis (art.37, § 4.º, da CF): suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens; ressarcimento ao erário.

## 2.5. Princípio da Eficiência

A EC n. 19 trouxe para o texto constitucional o princípio da eficiência, que obrigou a Administração Pública a aperfeiçoar os serviços e as atividades que presta, buscando otimização de resultados e visando atender o interesse público com maior eficiência. Devemos ressaltar, todavia, que já constava em nossa legislação infraconstitucional o mencionado princípio, a exemplo do Dec. Lei n. 200/67 (arts.13 e 25, V), da Lei de Concessões e Permissões (Lei n. 8987/95, arts. 6.º e 7.º) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90, arts. 4.º, VII e 6.º, X e 22).



Para uma pessoa entrar para a Administração Pública, deve haver concurso público. A CF/88 dispõe quais os títulos e provas hábeis para o serviço público, a natureza e a complexidade do cargo. Para adquirir estabilidade, é necessária a eficiência (nomeação por concurso, estágio probatório de três anos etc.).

Para perder a condição de servidor (art. 41, § 1.º, CF/88), é necessária sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo com ampla defesa e insuficiência de desempenho.

## 2.6. Princípio da Motivação

É o princípio mais importante, visto que sem a motivação não há o devido processo legal. Motivar significa:

- Mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto;
- Relacionar os fatos que concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo legal.

Todos os atos administrativos devem ser motivados para que o Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo quanto à sua legalidade. Para efetuar esse controle, devem-se observar os motivos dos atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles entende que o ato discricionário, editado sob a lei, confere ao administrador uma margem de liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade, não sendo necessária a motivação, porém, se houver tal, o ato deverá condicionar-se à referida motivação. O entendimento majoritário, no entanto, é de que, mesmo no ato discricionário, é necessária a motivação para que se saiba qual o caminho adotado.

## 2.7. Supremacia do Interesse Público sobre o Particular

Sempre que houver a necessidade de sacrificar um interesse individual e um interesse público coletivo, prevalece o interesse público. São as prerrogativas conferidas à Administração Pública, porque esta atua por conta dos interesses públicos.

Obs.: Estudar também os princípios seguintes (*vide* bibliografia indicada):

- Princípio da Isonomia;
- Princípio da Indisponibilidade dos Interesses Públicos;
- Princípio da Finalidade;
- Princípio da Razoabilidade;
- Princípio da Especialidade;
- Princípio da Presunção de Legitimidade;
- Princípio da Indisponibilidade;





- Princípio da Continuidade;
- Princípio da Autotutela;
- Princípio da Proporcionalidade;
- Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos;
- Princípio da Responsabilidade do Estado.

## UNIDADE II

### PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

#### 1. ASPECTOS GERAIS

##### 1.1. Caráter Instrumental

São poderes conferidos à Administração pelo ordenamento jurídico para que possam atingir a finalidade única, que é o interesse público. Sempre que esses instrumentos forem utilizados para finalidade diversa do interesse público, o administrador será responsabilizado e surgirá o abuso de poder.

Os poderes administrativos são, portanto, instrumentos que, utilizados dentro da lei, servem para que a Administração alcance a sua única finalidade, ou seja, o atendimento do interesse público.

Diversamente dos poderes do Estado, que são *estruturais*, os poderes da Administração são *instrumentais*.

##### 1.2. Renúncia

Os poderes da Administração Pública são irrenunciáveis. Sendo necessária a utilização desses poderes, a Administração deverá fazê-lo, sob pena de ser responsabilizada. O exercício é obrigatório, indeclinável.

#### 2. ESPÉCIES

##### 2.1. Poder regulamentar ou Poder Normativo

É o poder conferido aos Chefes do Executivo para editar decretos e regulamentos com a finalidade de oferecer fiel execução à lei. Decorre de disposição constitucional (art. 84, IV, CF/88).

Doutrinariamente, admite-se a existência de decretos autônomos e de execução. Autônomos são os que disciplinam matéria não versada em lei (posição de Hely Lopes



Meirelles). Decretos de execução são os que visam garantir a execução de lei ou ato normativo (art.84, inc. IV, da CF). "Regulamento é o ato administrativo geral e normativo expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)." (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* - 26. ^ ed., p.120).

A posição majoritária, entretanto, não aceita o decreto autônomo, visto que o disposto no art. 84, da CF/88 é claro quanto à expedição de decretos, os quais têm a finalidade de fiel execução da lei.

## 2.2. Poder Hierárquico

É o poder conferido à Administração para organizar a sua estrutura e as relações entre seus órgãos e agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia entre eles.

Internamente, o poder hierárquico se desdobra para que se possa saber de quem o servidor deve cumprir ordens e quais as ordens que devem ser cumpridas por ele.

Externamente, desdobra-se para que se possa apreciar a validade do ato publicado, concluir se deverá ou não ser cumprido e saber contra quem se ingressará com o remédio judicial.

## 2.3. Poder Disciplinar

É o poder conferido à Administração para organizar-se internamente, aplicando sanções e penalidades aos seus agentes por força de uma infração de caráter funcional. Somente poderão ser aplicadas sanções e penalidades de caráter administrativo (ex.: advertências, suspensão, demissão etc.).

A expressão "agentes públicos" abrange todas as pessoas que se relacionam em caráter funcional com a Administração, ou seja, os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Estado (ex.: jurados, mesários na eleição etc.).

A expressão "servidor público" abrange três pessoas:

- *Funcionário público*: é o servidor que titulariza um cargo, sob regime estatutário;
- *Empregado público*: é o servidor que titulariza um emprego, sob um regime celetista diverso daquele empregado na iniciativa privada;
- *Contratado em caráter temporário*: são aqueles contratados diante de uma situação excepcional de interesse público (art. 37, IX, da CF).

Atualmente, opta-se por nominar de Agentes Administrativos os antigos funcionários



públicos.

Todas as pessoas envolvidas na expressão "agentes públicos", portanto, estarão sujeitas ao poder disciplinar da Administração. Só serão submetidos a sanções, entretanto, quando a infração for funcional, ou seja, infração relacionada com a atividade desenvolvida pelo agente público.

O exercício do poder disciplinar é um ato discricionário, visto que o administrador público, *ao aplicar sanções*, poderá fazer um juízo de valores (art. 128 da Lei n. 8.112/90 - Estatuto do Servidor Público da União). Não há discricionariedade ao decidir pela apuração da falta funcional, sob pena de cometimento do crime de condescendência criminal (art. 320, do CP).

Ao aplicar a sanção, o administrador deve levar em conta os seguintes elementos:

- Atenuantes e agravantes do caso concreto;
- Natureza e gravidade da infração;
- Prejuízos causados para o interesse público;
- Antecedentes do agente público.

Sempre que o administrador for decidir se será ou não aplicada a sanção, deverá motivá-la de modo que se possa controlar a regularidade de sua aplicação. Da mesma forma, o administrador que deixar de aplicar sanção deverá motivar a não aplicação da mesma.

O limite para o exercício do poder disciplinar será encontrado na cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/88). Dos desdobramentos do art. 5.º da CF/88, importante é o inc. LV, que assegura o contraditório e a ampla defesa. Reunindo o conteúdo destes dois incisos, chega-se à conclusão de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o contraditório e a ampla defesa.

A motivação do ato administrativo tem um duplo significado, i. e., mencionar o dispositivo legal aplicado e relacionar os fatos que concretamente levaram o administrador a usar aquele dispositivo de lei naquele caso concreto.

A motivação é obrigatória, visto que, com base nela, o agente público poderá praticar o contraditório e a ampla defesa.

A sindicância e o processo administrativo disciplinar assemelham-se pelo fato de que ambos servem para apurar irregularidades na Administração Pública. Distinguem-se quanto à matéria a ser apurada, pois o processo administrativo disciplinar serve para apurar qualquer irregularidade e a sindicância serve apenas para apurar algumas. Na área federal, a sindicância só serve para apurar irregularidades que possam ser penalizadas com suspensão por, no máximo, trinta dias.

Quando se faz uma sindicância, podem ocorrer três hipóteses:

- *Ao término da sindicância, não é apurada nenhuma irregularidade:* será arquivada;
- *Ao término da sindicância, apura-se algum tipo de irregularidade:* será ou não aplicada uma penalidade, que deverá ser suspensão por, no máximo, trinta dias;
- *A irregularidade apurada é mais grave do que se imaginou:* a sindicância resultará na instauração de um processo administrativo disciplinar e o que foi utilizado na sindicância poderá ser utilizado nesse processo.

A ampla defesa e o contraditório deverão ser observados tanto na sindicância quanto no processo administrativo disciplinar, visto que os dois têm previsão de aplicação de pena. O instituto da verdade sabida é o critério que autoriza a aplicação de penalidades e sanções sem contraditório e sem ampla defesa. A doutrina considera esse critério inconstitucional, tendo em vista a CF/88 garantir o contraditório e a ampla defesa.

## **2.4. Poder Vinculado**

No ato vinculado, o administrador não tem liberdade para decidir quanto à atuação. A lei previamente estabelece um único comportamento possível a ser tomado pelo administrador no fato concreto; não podendo haver juízo de valores, o administrador não poderá analisar a conveniência e a oportunidade do ato.

## **2.5. Poder Discricionário**

O ato discricionário é aquele que, editado debaixo da lei, confere ao administrador a liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade.

A diferença entre o ato vinculado e o ato discricionário está no grau de liberdade conferido ao administrador.

Tanto o ato vinculado quanto o ato discricionário só poderão ser reapreciados pelo Judiciário no tocante à sua legalidade.

Convém distinguir poder discricionário e poder arbitrário, pois são diametralmente opostos:

| <b>Discricionarieidade</b>                                    | <b>Arbitrariedade</b>              |
|---|------------------------------------|
| ação administrativa dentro dos limites estabelecidos pela lei | ação contrária ou excedente da lei |
| ato legal e válido  | sempre ilegítimo e inválido        |

Segundo Hely Lopes Meirelles a atividade discricionária é justificada em virtude de a impossibilidade do legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige.

## UNIDADE III

### PODER DE POLÍCIA

#### 1. CONCEITO

Poder de Polícia é o poder conferido à Administração para condicionar, restringir, frenar o exercício de direitos e atividades dos particulares em nome dos interesses da coletividade. Essa é uma definição construída pela doutrina.

Existe, no entanto, uma definição legal do poder de polícia que também surge como fato gerador do gênero tributo, a taxa. O art. 78 do CTN define o poder de polícia como "a atividade da Administração que, limitando ou disciplinando direitos, regula a prática de um ato em razão do interesse público".

O que autoriza o Poder Público a condicionar ou restringir o exercício de direitos e a atividade dos particulares é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

#### 2. ABRANGÊNCIA

Quanto à abrangência, o poder de polícia se materializa por atos gerais ou atos individuais.

Ato geral é aquele que não tem um destinatário específico (ex.: ato que proíbe a venda de bebidas alcoólicas a menores - atinge todos os estabelecimentos comerciais).

Ato individual é aquele que tem um destinatário específico (ex.: autuação de um estabelecimento comercial específico por qualquer motivo, por exemplo, segurança).

O poder de polícia poderá atuar inclusive sobre o direito da livre manifestação do pensamento. Poderá retirar publicações de livros do mercado ou alguma programação das emissoras de rádio e televisão sempre que ferirem os valores éticos e sociais da pessoa e da família (ex.: livros que façam apologia à discriminação racial, programas de televisão que explorem crianças etc.).

#### 3. LIMITE

A competência surge como limite para o exercício do poder de polícia, conforme disposto na CF/88. Quando o órgão não for competente, o ato não será considerado válido (art. 78 do CTN).



## 4. CARACTERÍSTICAS

O poder de polícia é um ato administrativo e como tal deverá ter as mesmas características, que são:

- Presunção de legitimidade (presume-se o ato válido até que se prove o contrário);
- Auto-executoriedade (pode-se executar o ato sem a autorização do Poder Judiciário, por conta do interesse público);
- Imperatividade, coercitividade ou exigibilidade;
- Discricionariedade.

### *Observações:*

- A multa de trânsito é uma exceção à regra da auto-executoriedade; esta, para ser executada, deverá aguardar o prazo para a defesa de quem foi multado.
- Em algumas situações, o ato poderá ser vinculado, ou seja, quando a norma legal que o rege estabelecer o modo e a forma de sua realização.
- Não se deve confundir poder de polícia com atividade policial.

### ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

#### 1. NOÇÕES GERAIS DE SERVIÇO PÚBLICO

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por quem lhe faça às vezes, mediante regras previamente estipuladas por ela, visando à preservação do interesse público. Dessa definição, devem-se tirar algumas conclusões importantes.

**P.:** Quem presta serviço público?

**R.:** A Administração Pública ou quem lhe faça às vezes. O titular da prestação de um serviço público é a Administração, e ela só poderá transferir a execução do serviço público para terceiros. Sendo a Administração a única titular da prestação do serviço público, ela poderá fiscalizar a execução desses serviços e aplicar sanções e penalidades. As agências reguladoras são criadas para fiscalizar essa prestação dos serviços públicos por terceiros (ex.: ANATEL).

**P.:** Como se presta o serviço?

**R.:** Mediante regras previamente fixadas pela Administração de forma unilateral, ou seja, a Administração fixa as regras de forma unilateral para evitar que os interesses particulares se sobressaiam aos interesses públicos (contratos de adesão). Todas as situações dentro de um contrato administrativo, que colocam a Administração em uma situação superior a terceiros, são chamadas "cláusulas exorbitantes".

**P.:** Para que?

**R.:** Para preservar o interesse da coletividade.

#### 1.1. Classificação

O serviço público será:

- *Serviço público em sentido estrito:* é aquele privativo da Administração, ou seja, serviço que somente poderá ser prestado pela Administração, sendo indelegável (ex.: serviço de segurança nacional).
- *Serviço público de utilidade pública:* é aquele cuja execução não é privativa da Administração, ou seja, pode ser delegável a terceiros (ex.: gás, telefonia, energia elétrica, transporte, telecomunicações etc.).





## 1.2. Formas de Prestação

A execução do serviço público poderá ser:

- *Centralizada*: quando a execução do serviço estiver sendo feita pela Administração direta do Estado (ex.: Secretarias, Ministérios etc.).
- *Descentralizada*: quando estiver sendo feita por terceiros que não se confundem com a Administração direta do Estado. Esses terceiros poderão estar dentro ou fora da Administração Pública. Se estiverem dentro da Administração Pública, poderão ser autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (Administração indireta do Estado). Se estiverem fora da Administração, serão particulares e poderão ser concessionários, permissionários ou autorizados.

## 1.3. Diferença entre Descentralização e Desconcentração

As duas figuras dizem respeito à forma de prestação de um serviço público. Descentralização, entretanto, significa transferir a execução de um serviço público para terceiros que não se confundem com a Administração Direta, e a desconcentração significa transferir a execução de um serviço público de um órgão para o outro dentro da Administração Direta, permanecendo está no centro.

## 2. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Integram a chamada Administração Indireta as paraestatais, que são terceiros que não integram o Estado (ex.: SENAC, SENAI etc.). São integrantes da Administração indireta as fundações, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Essas quatro pessoas serão criadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas, com o objetivo de aumentar o grau de especialidade e eficiência da prestação do serviço público.

O Poder Público só poderá explorar atividade econômica a título de exceção em duas situações previstas na CF/88, no seu art. 173:

- Para fazer frente à uma situação de relevante interesse coletivo;
- Para fazer frente à uma situação de segurança nacional.

O Poder Público não tem a obrigação de gerar lucro quando explora atividade econômica. Quando estiver atuando na atividade econômica, entretanto, estará concorrendo em grau de igualdade com os particulares, estando sob o regime do art. 170 da CF/88, inclusive quanto à livre concorrência



## 2.1. Autarquias

### 2.1.1. Definição

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público criadas para a prestação de serviços públicos, contando com capital exclusivamente público, ou seja, as autarquias são regidas integralmente por regras de direito público, podendo, tão-somente, serem prestadoras de serviços públicos e contando com capital oriundo da Administração Direta (ex.: INCRA, INSS, DNER, Banco Central etc.).

O Banco Central é uma autarquia de regime especial. Por força do art. 21 da CF/88, a competência para emissão de moedas é da União por meio do Banco Central. Também o Banco Central tem por finalidade fiscalizar as atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras.

A OAB também é uma autarquia de regime especial e, em regra, todas as instituições criadas para regulamentar as profissões também são autarquias de regime especial.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

### 2.1.2. Características

- *Dirigentes Próprios:* depois de criadas, as autarquias possuem uma vida independente, contando com dirigentes próprios.
- *Patrimônio Próprio.*
- *Liberdade Financeira:* as autarquias possuem verbas próprias (surgem como resultado dos serviços que presta) e verbas orçamentarias (são aquelas decorrentes do orçamento). Terão liberdade para manejar as verbas que recebem como acharem conveniente, dentro dos limites da lei que as criou.
- *Liberdade Administrativa:* as autarquias têm liberdade para desenvolver os seus serviços como acharem mais conveniente (comprar material, contratar pessoal etc.), dentro dos limites da lei que as criou.

### 2.1.3. Controle

Não existe hierarquia ou subordinação entre as autarquias e a Administração Direta. Embora não se fale em hierarquia e subordinação, há que se falar, entretanto, em um controle de legalidade, ou seja, a Administração direta controlará os atos das autarquias para observar se estão dentro da finalidade e dentro dos limites legais.

### 2.1.4. Criação (art. 37, XIX, CF/88)

A EC n. 19 dispõe que as autarquias serão criadas por lei específica de iniciativa do



Poder Executivo (art. 61, § 1.º, II, "e", da CF/88). Cada autarquia criada deverá ter uma lei própria, uma lei específica.

### **2.1.5. Privilégios**

As autarquias são dotadas dos mesmos privilégios que a Administração direta. Na área tributária, reflete como privilégio o art. 150, § 2.º, da CF/88. Na área processual, art. 188 do CPC.

### **2.1.6. Responsabilidade**

As autarquias respondem pelas dívidas e obrigações contraídas por elas. A Administração direta tem responsabilidade subsidiária quanto às dívidas e obrigações das autarquias, ou seja, a Administração Direta somente poderá ser acionada depois de exaurido todo o patrimônio das autarquias.

As autarquias também terão responsabilidade objetiva quanto aos atos praticados pelos seus funcionários (art. 37, § 6.º, CF/88), respondendo pelos prejuízos que esses causarem a terceiros.

### **2.1.7. Falência**

As autarquias não se submetem ao regime falimentar.

## **2.2. Fundações**

### **2.2.1. Definição**

Fundação é uma pessoa jurídica composta por um patrimônio personalizado, destacado pelo seu instituidor para atingir uma finalidade específica. As fundações poderão ser tanto de direito público quanto de direito privado.

Essa definição serve para qualquer fundação, inclusive àquelas que não integram a Administração indireta. No caso das fundações que integram a Administração indireta, quando forem dotadas de personalidade de direito público, serão regidas integralmente por regras de Direito Público. Quando forem dotadas de personalidade de direito privado, serão regidas por regras de direito público e direito privado.

Tanto uma quanto outra são compostas por patrimônio personalizado. No caso da fundação pública, é destacado pela Administração direta, que é o instituidor para definir a finalidade pública. Como exemplo de fundações, temos: IBGE (Instituto Brasileiro Geográfico Estatístico); Universidade de Brasília; FEBEM; FUNAI; Fundação Memorial da América Latina; Fundação Padre Anchieta (TV Cultura).



## **2.2.2. Características**

- Liberdade financeira;
- Liberdade administrativa;
- Dirigentes próprios;
- Patrimônio próprio: patrimônio personalizado significa que sobre ele recaem normas jurídicas que o tornam sujeito de direitos e obrigações e ele está voltado a garantir que seja atingido a finalidade para qual foram criadas.

## **2.2.3. Controle**

Não existe hierarquia ou subordinação entre a fundação e a Administração direta. O que existe é um controle de legalidade, um controle finalístico.

## **2.2.4. Criação**

As fundações são criadas no ordenamento jurídico. Se sua personalidade for de direito público, será criada por lei específica (regras de Direito Público).

As fundações governamentais, sejam de personalidade de direito público, sejam de direito privado, integram a Administração Pública. A lei cria e dá personalidade para as fundações governamentais de direito público. As fundações governamentais de direito privado são autorizadas por lei e sua personalidade jurídica se inicia com o registro de seus estatutos.

## **2.2.5. Privilégios**

As fundações são dotadas dos mesmos privilégios que a Administração direta, tanto na área tributária (ex.: imunidade prevista no art. 150 da CF/88), quanto na área processual (ex.: prazo em dobro previsto no art. 188 do CPC).

## **2.2.6. Responsabilidade**

As fundações respondem pelas obrigações contraídas junto a terceiros. A responsabilidade da Administração é de caráter subsidiário, independentemente de sua personalidade, visto o seu patrimônio ser público.

## **2.2.7. Falência**

As fundações não se submetem ao regime falimentar.

As fundações governamentais têm patrimônio público. Se extinta, o patrimônio vai para a Administração indireta, submetendo-se as fundações à ação popular e mandado de segurança. Os particulares, por possuírem patrimônio particular, não se submetem à ação.



### SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

#### 1. DEFINIÇÃO

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito Privado criadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividade econômica, contando com capital misto e constituídas somente sob a forma empresarial de S/A.

As sociedades de economia mista são:

- Pessoas jurídicas de Direito Privado.
- Exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos.
- Empresas de capital misto.
- Constituídas sob forma empresarial de S/A.

Alguns exemplos de sociedade mista:

- *Exploradoras de atividade econômica:* Banco do Brasil e Banespa.
- *Prestadora de serviços públicos:* Petrobrás, Sabesp, Metrô, CDHU (*Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano*) e CPOS (*Companhia Paulista de Obras e Serviços, empresa responsável pelo gerenciamento da execução de contratos que envolvem obras e serviços públicos no Estado de São Paulo*).

#### 2. CARACTERÍSTICAS

As sociedades de economia mista têm as seguintes características:

- Liberdade financeira;
- Liberdade administrativa;
- Dirigentes próprios;
- Patrimônio próprio.

#### 3. CONTROLE

Não existe hierarquia ou subordinação entre as sociedades de economia mista e a Administração Direta, independentemente da função dessas sociedades. O que é possível é o controle de legalidade. Se os atos estão dentro dos limites da lei, as sociedades não estão subordinadas à Administração Direta, mas sim à lei que as autorizou.



## 4. CRIAÇÃO

As sociedades de economia mista integram a Administração Indireta e todas as pessoas que a integram precisam de lei para autorizar sua criação, sendo que elas serão legalizadas por meio do registro de seus estatutos.

A lei, portanto, não cria, somente autoriza a criação das sociedades de economia mista, ou seja, independentemente das atividades que desenvolvam a lei somente autorizará a criação das sociedades de economia mista, não conferindo a elas personalidade jurídica (art. 37, XX, da CF/88).

## 5. PRIVILÉGIOS

Quanto aos privilégios, dependem da atividade desenvolvida:

- *Sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica*: não faz jus aos privilégios da Administração Direta, visto a concorrência com a iniciativa privada (art. 173, § 1.º, II, e § 2.º, e art. 170, IV, da CF/88). Não se fala em livre concorrência se houver privilégios;
- *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público*: na área tributária, goza dos privilégios da Administração Direta, visto não existir regime de concorrência (art. 150, § 2.º, CF/88). Existe, entretanto, uma posição minoritária na doutrina que entende que o silêncio da CF significa que não se deve estender esse privilégio para, mas sociedades de economia mista. Na área processual, não possuem nenhum privilégio.

## 6. RESPONSABILIDADE

Necessário distinguir:

- *Sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica*: ela mesma responde por suas obrigações, mas não na forma do § 6.º do art. 37 da CF/88. Essa responsabilidade é subjetiva. O Estado não tem responsabilidade alguma, não podendo ser acionado;
- *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público*: possui responsabilidade objetiva. Se enquadra no § 6.º do art. 37 da CF/88. O Estado responde de forma subsidiária, ou seja, depois de exaurido o patrimônio da sociedade de economia mista.

## 7. FALÊNCIA

- *Sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica:* quando explora atividade econômica, submete-se ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive os comerciais. Logo, a sociedade mista que explora atividade econômica submete-se ao regime falimentar.
- *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público:* não se submete ao regime falimentar, visto que não está sob regime de livre concorrência.



### 1. EMPRESAS PÚBLICAS

#### 1.1. Definição

Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas que contam com capital exclusivamente público e são constituídas por qualquer modalidade empresarial. Se a empresa pública é prestadora de serviços públicos, estará submetida a regime jurídico público. Se a empresa pública é exploradora de atividade econômica, estará submetida a regime jurídico igual ao da iniciativa privada.

Alguns exemplos de empresas públicas:

- *BNDS (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social)*: embora receba o nome de banco, não trabalha como tal. A única função do BNDS é financiar projetos de natureza social. É uma empresa pública prestadora de serviços públicos.
- *EMURB (Empresa Municipal de Urbanização)*: estabelece um contrato de gerenciamento com a Administração Pública. É a empresa responsável pelo gerenciamento e acompanhamento de todas as obras dentro do Município. É empresa pública prestadora de serviço público.
- *EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos)*: é prestadora de serviço público (art. 21, X, da CF/88).
- *Caixa Econômica Federal*: atua no mesmo segmento das empresas privadas, concorrendo com os outros bancos. É empresa pública exploradora de atividade econômica.

#### 1.2. Características

As empresas públicas, independentemente da personalidade jurídica, têm as seguintes características:

- Liberdade financeira: têm verbas próprias, mas também são contempladas com verbas orçamentárias;
- Liberdade administrativa: têm liberdade para contratar e demitir pessoas, devendo seguir as regras da CF/88. Para contratar, deverão abrir concurso público; para demitir, deverá haver motivação.
- Poderão adquirir bens, mas deverá haver uma licitação;





- Dirigentes próprios;
- Patrimônio próprio.

### 1.3. Controle

Não existe hierarquia ou subordinação entre as empresas públicas e a Administração Direta, independentemente de sua função. Poderá a Administração Direta fazer controle de legalidade e finalidade dos atos das empresas públicas, visto que estas estão vinculadas àquela. Só é possível, portanto, controle de legalidade finalístico.

### 1.4. Criação

A lei não cria, somente autoriza a criação das empresas públicas, ou seja, independentemente da atividade que desenvolvam, a lei somente autorizará a criação das empresas públicas, não conferindo a elas personalidade jurídica.

A empresa pública será prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica. A CF/88 somente admite a empresa pública para exploração de atividade econômica em duas situações (art. 173 da CF/88):

- Fazer frente a uma situação de segurança nacional;
- Fazer frente a uma situação de relevante interesse coletivo.

A empresa pública deve obedecer aos princípios da ordem econômica, visto que concorre com a iniciativa privada. Quando o Estado explora, portanto, atividade econômica por intermédio de uma empresa pública, não poderão ser conferidas a ela vantagens e prerrogativas diversas das da iniciativa privada (princípio da livre concorrência).

### 1.5. Privilégios

Quanto aos privilégios, são concedidos conforme a atividade desenvolvida:

- *Empresas públicas exploradoras de atividade econômica:* não são dotadas dos mesmos privilégios da Administração Direta, observado o princípio da livre concorrência, ou seja, não se pode conferir a elas nenhum privilégio diverso daqueles conferidos às empresas privadas.

O art. 173, § 1.º, II, da CF/88 dispõe que as empresas públicas que exploram atividade econômica terão as mesmas obrigações civis, trabalhistas, tributárias e comerciais das empresas privadas. Ainda o art. 173, § 2.º, dispõe que as empresas públicas não terão imunidade do art. 150, § 2.º, quando estiverem exercendo atividade econômica;

- *Empresas públicas prestadoras de serviço público:* não existe livre concorrência. Na

área tributária, ainda que a CF/88 não tenha mencionado, elas possuem os mesmos privilégios da Administração Direta, visto não estarem em regime de livre concorrência. Na área processual, entretanto, não têm privilégios.

## 1.6. Responsabilidade

Quanto à responsabilidade das empresas públicas, temos que:

- *Empresas públicas exploradoras de atividade econômica:* a Responsabilidade do Estado não existe, pois, se essas empresas públicas contassem com alguém que respondesse por suas obrigações, elas estariam em vantagem sobre as empresas privadas. Só respondem na forma do § 6.º do art. 37 da CF/88 as empresas privadas prestadoras de serviço público, logo, se a empresa pública exerce atividade econômica, será ela a responsável pelos prejuízos causados a terceiros (art. 15 do CC);
- *Empresas públicas prestadoras de serviço público:* como o regime não é o da livre concorrência, elas respondem pelas suas obrigações e a Administração Direta responde de forma subsidiária. A responsabilidade será objetiva, nos termos do art. 37, § 6.º, da CF/88.

## 1.7. Falência

- *Empresas públicas exploradoras de atividade econômica:* submetem-se a regime falimentar, fundamentando-se no princípio da livre concorrência.
- *Empresas públicas prestadoras de serviço público:* não se submetem a regime falimentar, visto não estarem em regime de concorrência.

## UNIDADE VII

### 1. AGÊNCIA PÚBLICA

#### 1.1. Natureza Jurídica

São figuras muito recentes em nosso ordenamento jurídico. Possuem natureza jurídica de autarquias de regime especial, são pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade administrativa, aplicando-se a elas todas as regras das autarquias.

Possuem como objetivo regular e fiscalizar a execução de serviços públicos. Elas não executam o serviço propriamente, elas o fiscalizam.

##### **1.1.1. ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica)**

É agência regulamentada pela Lei n. 9.427/96. É autarquia especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços de energia elétrica (art. 21, XII, "b", da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- Abrir licitações;
- Celebrar contratos;
- Gerenciar a execução dos contratos;
- Aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;
- Resolver conflitos de interesses das concessionárias.

##### **1.1.2. ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações)**

É agência regulamentada pela Lei n. 9.472/97. É uma autarquia especial, vinculada ao Ministério das Telecomunicações. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços na área de telecomunicações (art. 21, XI, da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- Abrir licitações;
- Celebrar contratos;
- Gerenciar a execução dos contratos;
- Aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;
- Resolver conflitos de interesses das concessionárias;
- NP (Agência Nacional de Petróleo).



É regulamentada pela Lei n. 9.478/97. É uma autarquia especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços relacionados ao petróleo (art. 177, § 1.º, da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- Abrir licitações;
- Celebrar contratos;
- Gerenciar a execução dos contratos;
- Aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;
- Resolver conflitos de interesses das concessionárias.

### **1.1.3. ANS (Agência Nacional de Saúde)**

É regulamentada pela Lei n. 9.961/00. É uma autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços na área de saúde (arts. 196 e 197 da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- Abrir licitações;
- Celebrar contratos;
- Gerenciar a execução dos contratos;
- Aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus Contratos.

## **2. AGÊNCIA EXECUTIVA**

Trata-se de atributo conferido a certas autarquias e fundações por iniciativa da Administração Direta, visando atingir certas metas em troca de uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira por meio de um contrato de gestão.

Não se cria uma nova figura, são apenas prerrogativas dadas a autarquias e fundações temporariamente. O instrumento para conferir essas prerrogativas é o contrato de gestão, que está previsto em lei.

A diferença entre agência reguladora e agência executiva é que a primeira tem personalidade jurídica de Direito Público, sendo autarquia em regime especial, e a segunda configura um rótulo dado a autarquias e fundações, que amplia sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

## 2.1. Contrato de Gestão

É um contrato administrativo celebrado entre a Administração Direta e a Indireta, visando o cumprimento de certas metas em troca de uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira (art. 37, § 8.º, da CF/88).

Conteúdo do contrato de gestão:

- Metas que devem ser atingidas;
- Prazos em que as metas serão atingidas;
- Instrumentos de controle (exercido pela Administração Direta);
- Penalidades a serem aplicadas;
- Termos da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

## 3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Podem ser definidas como pessoa jurídica de Direito Privado, criada por particulares, sem fins lucrativos, que recebem esse rótulo para o desempenho de serviços públicos não exclusivos do Estado. Esses serviços públicos são definidos pela Lei n. 9.637/98: saúde, ensino, meio ambiente, cultura e pesquisa científica.

Essas organizações sociais não integram a administração do Estado, mas estabelecem parcerias com ele para exercer os serviços públicos; estão ao lado dele (entes paraestatais). Essa parceria entre as organizações sociais e o Estado será firmada por meio de um contrato de gestão. A CF/88 dispõe sobre um contrato de gestão no seu art. 37, § 8.º Esse contrato de gestão disposto no art. 37 da CF/88, entretanto, não é o mesmo contrato de gestão disposto na Lei n. 9.637/98. A denominação é a mesma, mas as situações são diferentes. O contrato de gestão deverá prever:

- Os serviços públicos que serão exercidos por essas organizações sociais;
- O prazo que elas têm para executar esses serviços;
- Os instrumentos de fiscalização;
- As penalidades em caso de descumprimento.

As organizações sociais podem ser contratadas sem licitação (art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93) e recebem verbas ou dotações orçamentárias (verbas, pessoal e bens públicos).

## 4. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

São todos aqueles instituídos por lei e que contêm uma personalidade de Direito Privado. Não possuem finalidade lucrativa e têm por único objetivo prestar assistência a certas categorias profissionais. Não integram a Administração Pública, mas estabelecem parceria com



o Estado. Não exercem serviço público, mas sim serviços de interesse público, portanto, a parceria se deve ao interesse da Administração Pública em incentivar o desenvolvimento dessas atividades.

Os serviços sociais autônomos têm como fonte de renda dotações orçamentárias e contribuições para fiscais cobradas dos empregadores. Como exemplos de serviços sociais autônomos temos o SENAI, o SESC e o SENAC.

## UNIDADE VIII

### ATOS ADMINISTRATIVOS

#### 1. DEFINIÇÃO

Ato jurídico, segundo o art. 81 do CC, "é todo ato lícito que possui por finalidade imediata adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos".

Ato administrativo é espécie de ato jurídico, é ato infra legal.

Ato administrativo é toda manifestação lícita e unilateral de vontade da Administração ou de quem lhe faça as vezes, que agindo nesta qualidade tenha por fim imediato adquirir, transferir, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

Os atos administrativos podem ser praticados pelo Estado ou por alguém que esteja em nome dele. Logo, pode-se concluir que os atos administrativos não são definidos pela condição da pessoa que os realiza. Tais atos são regidos pelo Direito Público.

Deve-se diferenciar o conceito de ato administrativo do conceito de ato da Administração. Este último é ato praticado por órgão vinculado à estrutura do Poder Executivo. Nem todo ato praticado pela Administração será ato administrativo, ou seja, há circunstâncias em que a Administração se afasta das prerrogativas que possui, equiparando-se ao particular.

#### 1.1. Atos da Administração que não são Atos Administrativos

- *Atos atípicos praticados pelo Poder Executivo:* são as hipóteses em que o Poder Executivo exerce atos legislativos ou judiciais.
- *Atos materiais praticados pelo Poder Executivo:* são atos não jurídicos que não produzem consequências jurídicas (p. ex.: um funcionário do Executivo datilografando algum documento).
- *Atos regidos pelo Direito Privado e praticados pelo Poder Executivo:* para que o ato seja administrativo, deverá, sempre, ser regido pelo Direito Público; então, se é ato

regido pelo Direito Privado, é, tão somente, um ato da Administração.

- *Atos políticos ou de governo praticados pelo Poder Executivo.*

## **1.2. Atos Administrativos que não são Atos da Administração**

São todos os atos administrativos praticados em caráter atípico pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário.

## **2. PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA**

### **2.1. Ato Administrativo Perfeito**

É o ato concluído, acabado, que completou o ciclo necessário à sua formação.

### **2.2. Ato Administrativo Válido**

É o ato praticado de acordo com as normas superiores que devem regê-lo.

### **2.3. Ato Administrativo Eficaz**

É aquele ato que está apto a produzir os seus efeitos. As causas que podem determinar a ineficácia do ato administrativo são três:

- A subordinação do ato a uma condição suspensiva, ou seja, o ato estará subordinado a um fato futuro e incerto. Enquanto o fato não acontecer, o ato será ineficaz;
- A subordinação do ato a um termo inicial, ou seja, o ato estará subordinado a um fato futuro e certo. Enquanto o fato não acontecer, o ato será ineficaz;
- A subordinação dos efeitos do ato à prática de outro ato jurídico.

## **3. REQUISITOS**

São as condições necessárias para a existência válida do ato. Nem todos os autores usam a denominação "requisitos"; podem ser chamados elementos, pressupostos, etc.

Do ponto de vista da doutrina tradicional, os requisitos dos atos administrativos são cinco:

- *Competência:* a gente capaz;
- *Objeto lícito:* pois são atos infra legais;
- *Motivo:* este requisito integra os requisitos dos atos administrativos tendo em vista a defesa de interesses coletivos. Por isso existe a teoria dos motivos determinantes;
- *Finalidade:* o ato administrativo somente visa a uma finalidade, que é a
- Pública; se o ato praticado não tiver essa finalidade, ocorrerá abuso de poder;
- *Forma:* somente a prevista em lei.

Existe, no entanto, uma abordagem mais ampla, com o apontamento de outros requisitos. Há certas condições para que o ato exista e há certas condições para que o ato seja válido. Os requisitos necessários para a existência do ato administrativo são chamados de *elementos* e os requisitos necessários para a validade do ato administrativo são chamados de *pressupostos*.

### **3.1. Elementos do Ato Administrativo**

#### **3.1.1. Conteúdo**

É aquilo que o ato afirma, que o ato declara. O ato administrativo é, por excelência, uma manifestação de vontade do Estado. O que é declarado no ato será o seu conteúdo. Então o conteúdo é necessário para a existência do ato. Alguns autores utilizam-se da expressão "objeto" como sinônimos de conteúdo. É nesse sentido que "objeto" vem descrito nos cinco requisitos utilizados pela doutrina tradicional.

#### **3.1.2. Forma**

É a maneira pela qual um ato é revelado para o mundo jurídico, é o modo pelo qual o ato ganha "vida" jurídica. Normalmente, os atos devem ser praticados por meio de formas escritas, no entanto, é possível que o ato administrativo seja praticado por meio de sinais ou de comandos verbais nos casos de urgência e de transitoriedade (p. ex.: placas de trânsito, farol, apito do guarda, etc.).

### **3.2. Pressupostos do Ato Administrativo**

#### **3.2.1. Competência**

É o dever-poder atribuído a um agente público para a prática de atos administrativos. O sujeito competente pratica atos válidos. Para se configurar a competência, deve-se atender a três perspectivas:

- É necessário que a pessoa jurídica que pratica o ato tenha competência;
- É necessário que o órgão que pratica o ato seja competente;
- É necessário que o agente, a pessoa física, seja competente.

#### **3.2.2. Vontade**

É o "querer" que constitui o ato administrativo, ou seja, a manifestação de vontade para validar o ato administrativo. Se um ato administrativo for praticado com dolo, erro ou coação, ele poderá ser anulado. Não são todos os atos, no entanto, que têm a vontade como pressuposta



para validade. Somente nos atos administrativos discricionários os vícios do consentimento são relevantes, ou seja, se verificados, implicam a invalidade do ato. Nos atos vinculados, os vícios de consentimento são irrelevantes, tendo em vista que o sentido da vontade já foi dado por lei.

### 3.2.3. *Motivo*

É o acontecimento da realidade que autoriza ou determina a prática de um ato administrativo, ou seja, os atos administrativos irão acontecer após um fato da realidade. Ex.: está disposto que funcionário público que faltar mais de 30 dias será demitido. O funcionário "A" falta mais de trinta dias e é demitido. O motivo da demissão está no fato de "A" ter faltado mais de trinta dias.

O motivo determina a validade dos atos administrativos por força da *Teoria dos Motivos Determinantes*. Essa teoria afirma que os motivos alegados para a prática de um ato administrativo ficam a ele vinculados de tal modo que a prática de um ato administrativo mediante a alegação de motivos falsos ou inexistentes determina a sua invalidade.

Uma vez alegado um motivo ao ato, se for considerado inexistente, ocorrendo a invalidade do ato, não se poderá alegar outro motivo, visto que o primeiro que foi alegado fica vinculado ao ato por força da Teoria dos Motivos Determinantes. Ex.: um funcionário público ofende com palavras de baixo calão um superior. O superior demite o funcionário, mas utiliza como motivação o fato de ter o mesmo faltado mais de trinta dias. Sendo comprovado que o funcionário não faltou os trinta dias, a demissão é inválida e não poderá o superior alegar que o motivo foi a ofensa.

Não se pode confundir *motivo* com outras figuras semelhantes:

- **Motivação:** é a justificação escrita, feita pela autoridade que praticou o ato e em que se apresentam as razões de fato e de direito que ensejaram a prática do ato. Difere do motivo, visto que este é o *fato* e a motivação é a *exposição escrita do motivo*. Há casos em que a motivação é obrigatória e nesses casos ela será uma formalidade do ato administrativo, sendo que sua falta acarretará a invalidade do ato. Existe, entretanto, uma polêmica doutrinária sobre quando se deverá determinar a obrigatoriedade da motivação.

Quando a lei dispõe expressamente os casos em que a motivação é obrigatória, não existe divergência, ela irá ocorrer nos casos em que a lei nada estabelece;

Alguns autores entendem que a motivação será obrigatória em todos os casos de atos administrativos vinculados, e outros entendem que será obrigatória em todos os casos de atos administrativos discricionários. Alguns autores, no entanto, entendem que todos os atos administrativos, independentemente de serem vinculados ou discricionários,

deverão obrigatoriamente ser motivados, ainda que a lei nada tenha expressado.

Esse entendimento baseia-se no Princípio da Motivação (princípio implícito na CF/88). Esse princípio decorre do Princípio da Legalidade, do Princípio do Estado de Direito e do princípio que afirma que todos os atos que trazem lesão de direitos deverão ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Existem exceções em que o ato administrativo pode validamente ser praticado sem motivação:

- Quando o ato administrativo não for praticado de forma escrita;
- Quando em um ato, por suas circunstâncias intrínsecas, o motivo que enseja a sua prática é indubitável em todos os seus aspectos, permitindo o seu conhecimento de plano por qualquer interessado.
- **Móvel:** é a intenção subjetiva com que um agente pratica um ato administrativo, ou seja, quando uma autoridade pratica um ato administrativo, possui uma intenção subjetiva e essa intenção é o móvel do ato administrativo. O móvel de uma autoridade pública pode ser valorado, ou seja, pode ser ilícito ou imoral. Isoladamente considerado, embora sendo ilícito ou imoral, o móvel não interfere na validade do ato, ou seja, não determina a invalidade do ato;
- **Motivo legal do ato:** é o fato abstratamente descrito na hipótese da norma jurídica e que, quando se concretiza na realidade, propicia a prática do ato administrativo, ou seja, é a descrição do fato feita na norma jurídica que leva à prática do fato concreto (motivo). Não é uma característica unicamente do Direito Administrativo e sim da Teoria Geral do Direito.

Nem sempre os atos administrativos possuem motivo legal. Nos casos em que o motivo legal não está descrito na norma, a lei deu competência discricionária para que o sujeito escolha o motivo legal (p. ex.: a lei dispõe que compete ao prefeito demitir funcionários; neste caso a lei não descreveu o motivo legal, então o prefeito poderá escolher o motivo legal para a demissão).

Deve-se observar que qualquer competência discricionária tem um limite para a ação. O sujeito poderá escolher o motivo legal, entretanto terá limites para isso. Esse limite está dentro do campo da razoabilidade. A autoridade deverá escolher um fato que guarde pertinência lógica com o conteúdo e com a finalidade jurídica do ato. Não havendo essa observância, a autoridade estará sendo arbitrária, indo além da sua liberdade discricionária, e o ato guardará um vício chamado de "abuso de autoridade".

A Teoria dos Motivos Determinantes se aplica a todos os atos administrativos, sem exceção, valendo inclusive para os atos que não tenham motivo legal. Nos casos em que



não houver motivo legal, a autoridade, por meio da motivação, deverá narrar os fatos que a levaram a praticar o ato. Assim, quando na motivação a autoridade descrever o motivo, este será considerado o motivo legal do ato e, sendo inexistente, o ato será inválido.

- **Causa do ato administrativo:** há autores que entendem que "causa" seria sinônimo de "motivo". Há autores, entretanto, que chamam de causa um outro pressuposto dos atos administrativos, ou seja, a causa seria um pressuposto diverso do motivo.

Causa, então, seria o nexo de pertinência lógica que, obrigatoriamente, deve existir entre o motivo, o conteúdo e a finalidade do ato administrativo. Se não houver o nexo de pertinência lógica, o ato será inválido, não pelo motivo e sim porque o fato existente não tem pertinência lógica.

A causa será importante nos casos em que a lei não descrever o fato que vai desencadear o ato administrativo, ou seja, quando o ato não tiver motivo legal.

Essa ideia de causa é correta, mas não precisa ser analisada como pressuposto distinto. Deve ser colocada dentro do motivo, visto que, se o motivo autoriza a prática do ato administrativo, esse nexo de pertinência lógica entre o conteúdo e a finalidade deve existir no motivo. Se não houver esse nexo, o motivo não é idôneo e o fato escolhido não pode autorizar a prática do ato administrativo.

### **3.2.4. Requisitos procedimentais**

Esse pressuposto não é apontado por todos os autores. Requisitos procedimentais são os atos jurídicos que, obrigatoriamente, devem ser praticados antes de outros para que esses últimos sejam válidos.

Às vezes a lei prevê uma sequência para a prática dos atos administrativos e essa sequência deverá ser respeitada, ou seja, se houver um ato antecedente para que um ato subsequente seja considerado válido, esse ato antecedente também deve ser válido.

### **3.2.5. Finalidade do ato administrativo**

É a razão jurídica pela qual um ato administrativo foi abstratamente criado pela ordem jurídica. A norma jurídica prevê que os atos administrativos devem ser praticados visando a um fim. Todo ato administrativo é criado para alcançar um mesmo fim, que é a satisfação do interesse público.

Porém, embora os atos administrativos sempre tenham por objeto a satisfação do interesse público, esse interesse pode variar de acordo com a situação (p. ex.: os fatos da realidade podem determinar que alguém seja punido, então o interesse público é essa punição).



Em cada caso, cada situação, haverá uma resposta para o ato, haverá uma espécie específica de ato administrativo para cada situação da realidade.

A finalidade é relevante para o ato administrativo. Se a autoridade administrativa praticar um ato fora da finalidade genérica ou fora da finalidade específica, estará praticando um ato viciado que é chamado "desvio de poder ou desvio de finalidade". Normalmente no desvio de poder há móvel ilícito, podendo, entretanto, haver exceções. Quando se tem no ato discricionário um móvel ilícito, nasce uma presunção de desvio de poder.

### **3.2.6. Formalidade**

É a maneira específica pela qual um ato administrativo deve ser praticado para que se tenha por válido. Todo ato administrativo tem uma forma; entretanto, em alguns atos, a lei prevê que deve ser praticada uma forma específica.

## **UNIDADE IX**

### **ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA INVALIDAÇÃO**

#### **1. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO**

Atributos são prerrogativas que existem por conta dos interesses que a Administração representa, são as qualidades que permitem diferenciar os atos administrativos dos outros atos jurídicos.

##### **1.1. Presunção de Legitimidade**

É a presunção de que os atos administrativos devem ser considerados válidos até que se demonstre o contrário, a bem da continuidade da prestação dos serviços públicos. Isso não quer dizer que não se possa contrariar os atos administrativos, o ônus da prova é que passa a ser de quem alega.

##### **1.2. Imperatividade**

Poder que os atos administrativos possuem de gerar unilateralmente obrigações aos administrados, independente da concordância destes. É a prerrogativa que a Administração possui para impor, exigir determinado comportamento de terceiros.

##### **1.3. Exigibilidade ou Coercibilidade**

É o poder que possuem os atos administrativos de serem exigidos quanto ao seu



cumprimento sob ameaça de sanção. A imperatividade e a exigibilidade, em regra, nascem no mesmo momento. Excepcionalmente o legislador poderá diferenciar o momento temporal do nascimento da imperatividade e o da exigibilidade. No entanto, a imperatividade é pressuposto lógico da exigibilidade, ou seja, não se poderá exigir obrigação que não tenha sido criada.

## 1.4. Auto-executoriedade

É o poder que possuem os atos administrativos de serem executados materialmente pela própria administração independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

A auto-executoriedade é um atributo de alguns atos administrativos, ou seja, não existe em todos os atos (p. ex: procedimento tributário, desapropriação etc.). Poderá ocorrer em dois casos:

- Quando a lei expressamente prever;
- Quando estiver tacitamente prevista em lei (nesse caso deverá haver a soma dos requisitos de situação de urgência e inexistência de meio judicial idôneo capaz de, a tempo, evitar a lesão).

## 2. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1. Cumprimento dos seus Efeitos

Todo ato existe para gerar efeitos; cumprindo todos os seus efeitos, não terá mais razão de existir sob o ponto de vista jurídico, sendo, então, considerado extinto (ex.: despacho que libera as férias de um servidor por 30 dias; passados os 30 dias, o ato cumpriu todos os seus efeitos e será extinto).

### 2.2. Desaparecimento do Sujeito ou do Objeto do Ato

Alguns atos destinam-se a certos sujeitos ou a certos objetos (bens). Se esse sujeito ou objeto perecer, o ato será considerado extinto (ex: funcionário sai de férias e vem a falecer durante elas; o ato que as concedeu será extinto por perecimento do sujeito).

### 2.3. Retirada

Extinção do ato administrativo em decorrência da edição de outro ato jurídico que o elimina. Existem diferentes formas de retirada do ato jurídico:

#### 2.3.1. Anulação

É a retirada do ato administrativo em decorrência de sua invalidade. A anulação pode acontecer por via judicial ou por via administrativa. Ocorrerá por via judicial quando alguém



solicita ao Judiciário a anulação do ato. Ocorrerá por via administrativa quando a própria Administração expede um ato anulando o antecedente, utilizando-se do princípio da autotutela, ou seja, a Administração tem o poder de rever os seus atos sempre que eles forem ilegais ou inconvenientes. Quando a anulação é feita por via administrativa, pode ser realizada de ofício ou por provocação de terceiros. A anulação de um ato não pode prejudicar terceiros de boa-fé.

### 2.3.2. Revogação

É a retirada do ato administrativo em decorrência da sua inconveniência ou importunidade em face dos interesses públicos. Somente se revoga ato válido que foi praticado dentro da Lei. A revogação somente poderá ser feita por via administrativa.

|                     | <b>Anulação</b>            | <b>Revogação</b>            |
|---------------------|----------------------------|-----------------------------|
| <b>Fundamento</b>   | ILEGALIDADE                | CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE |
| <b>Legitimidade</b> | ADMINISTRAÇÃO E JUDICIÁRIO | ADMINISTRAÇÃO               |
| <b>Efeitos</b>      | <i>EX TUNC</i>             | <i>EX NUNC</i>              |

### 2.3.3. Cassação

É a retirada do ato administrativo em decorrência do beneficiário ter descumprido condição tida como indispensável para a manutenção do ato. Não se discute validade nem conveniência do ato. Se o beneficiário não atender às condições legais, o ato será cassado.

### 2.3.4. Contraposição ou derrubada

É a retirada do ato administrativo em decorrência de ser expedido outro ato fundado em competência diversa da do primeiro, mas que projeta efeitos antagônicos ao daquele, de modo a inibir a continuidade da sua eficácia (ex: a exoneração diante da nomeação).

### 2.3.5. Caducidade

É a retirada do ato administrativo em decorrência de ter sobrevindo norma superior que



torna incompatível a manutenção do ato com a nova realidade jurídica instaurada. Entende-se, entretanto, que essa forma de retirada não existe no nosso ordenamento jurídico visto que a CF/88 resguarda os atos jurídicos perfeitos, não podendo a lei posterior atingir o ato jurídico perfeito.

## **2.4. Renúncia**

É a extinção do ato administrativo eficaz em virtude de seu beneficiário não mais desejar a sua continuidade. A renúncia só tem cabimento em atos ampliativos, ou seja, que concedem privilégios e prerrogativas.

## **2.5. Recusa**

É a extinção do ato administrativo ineficaz em decorrência do seu futuro beneficiário não manifestar concordância, tida como indispensável para que o ato pudesse projetar regularmente seus efeitos. Até que o beneficiário concorde com o ato ele não produzirá seus efeitos, sendo ineficaz. Se o futuro beneficiário recusa a possibilidade da eficácia do ato, esse será extinto.



### ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA INVALIDAÇÃO

#### 1. INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

São atos inválidos os que estão em desacordo com a lei. HELY LOPES MEIRELLES fala em invalidação como sendo gênero das espécies de anulação e revogação, sendo inválido o ato ilegal e inoportuno. Alguns autores, entretanto, entendem que ato inválido é apenas aquele ilegal, utilizando invalidação como sinônimo de anulação.

##### 1.1. Categorias de Invalidade do Ato Administrativo

Existem diversas categorias de atos inválidos, contudo, há uma grande divergência na doutrina civilista em relação a quantas categorias existem. Alguns entendem que são três as categorias de invalidade do ato jurídico: nulos, anuláveis e inexistentes. Outros entendem que só existem atos nulos e anuláveis.

No Direito Administrativo, também há grande divergência. Os autores tradicionalistas entendem que se deve tratar da invalidade do ato da mesma forma que no Direito Privado. Outros autores entendem que não se pode colocar a distinção entre os atos inválidos da mesma forma que no Direito Privado, visto que no Direito Administrativo uma das partes representa o interesse público.

Há, entretanto, alguns doutrinadores que entendem que existem quatro categorias de atos administrativos inválidos:

- *Ato administrativo inexistente*: é aquele que possui uma aparência de ato administrativo, mas efetivamente não existe como tal (p. ex.: um decreto assinado pelo Presidente da República, mas não publicado. Tem a aparência de ato, mas não é visto a falta da publicação). O ato inexistente não traz consequências jurídicas e não produz efeitos nem obrigações.
- *Ato administrativo nulo*: é um ato que tem um vício que não pode ser convalidado, ou seja, o ato existe, mas possui um vício que não pode ser corrigido posteriormente. Não há operação jurídica que possa sanar o vício. Esse ato pode gerar efeitos.
- *Ato administrativo anulável*: é aquele ato que tem um vício que pode ser sanado, ou seja, é um ato que pode ser convalidado. O vício poderá ser corrigido, posteriormente, por uma operação jurídica. Esse ato também poderá gerar efeitos.





- *Ato administrativo irregular*: chamado por alguns autores de meramente irregular, é o ato que, embora portando um vício, não traz prejuízo a ninguém, ou seja, o vício é de tal natureza que não traz consequências nem perdas jurídicas para ninguém. Não há nulidade quando não há prejuízo. Não há necessidade de se corrigir o vício, visto esse não trazer consequências.

## 1.2. Convalidação do Ato Administrativo

É o ato administrativo que, com efeitos retroativos, sana vício de ato antecedente, de modo a torná-lo válido desde o seu nascimento, ou seja, é um ato posterior que sana um vício de um ato anterior, transformando-o em válido desde o momento em que foi praticado.

Há alguns autores que não aceitam a convalidação dos atos, sustentando que os atos administrativos somente podem ser nulos. Os únicos atos que se ajustariam à convalidação seriam os atos anuláveis.

Existem três formas de convalidação:

- *Ratificação*: é a convalidação feita pela própria autoridade que praticou o ato;
- *Confirmação*: é a convalidação feita por autoridade superior àquela que praticou o ato;
- *Saneamento*: é a convalidação feita por ato de terceiro, ou seja, não é feita nem por quem praticou o ato nem por autoridade superior. Alguns autores entendem que, verificado que um determinado ato é anulável, a convalidação será discricionária, ou seja, a Administração convalidará ou não o ato de acordo com a conveniência. Outros autores, tendo por base o princípio da estabilidade das relações jurídicas, entendem que a convalidação deverá ser obrigatória, visto que, se houver como sanar o vício de um ato, ele deverá ser sanado. É possível, entretanto, que existem obstáculos ao dever de convalidar, não havendo outra alternativa senão anular o ato.

Os obstáculos ao dever de convalidar são:

- *Impugnação do ato*: se houve a impugnação, judicial ou administrativa, não há que se falar mais em convalidação. O dever de convalidar o ato só se afirmar se ainda não houve sua impugnação.
- *Decurso de tempo*: o decurso de tempo pode gerar um obstáculo ao dever de convalidar. Se a lei estabelecer um prazo para a anulação administrativa, na medida em que o decurso de prazo impedir a anulação, o ato não poderá ser convalidado, visto que o decurso de tempo o estabilizará - o ato não poderá ser anulado e não haverá necessidade de sua convalidação.

Não se deve confundir a *convalidação* com a *conversão* do ato administrativo. Alguns autores, ao se referirem à conversão, utilizam a expressão sanatório. Conversão é o ato administrativo que, com efeitos retroativos, sana vício de ato antecedente, transformando-o em ato distinto, de diferente categoria tipológica, desde o seu nascimento. Há um ato viciado e, para regularizar a situação, ele é transformado em outro, de diferente tipologia (p. ex: concessão de uso sem prévia autorização legislativa; a concessão é transformada em permissão de uso, que não precisa de autorização legislativa, para que seja um ato válido - conversão). O ato nulo, embora não possa ser convalidado, poderá ser convertido, transformando-se em ato válido



## UNIDADE XI

### LICITAÇÃO

#### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Poder Público não pode ter a liberdade que possuem os particulares para contratar. Ele deve sempre se nortear por dois valores distintos:

- *Isonomia*: todo administrador público deve tratar igualmente todos os administrados;
- *Probidade*: o Poder Público deve sempre escolher a melhor alternativa para os interesses públicos.

#### 2. CONCEITO

Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual o Poder Público, mediante critérios preestabelecidos, isonômicos e públicos, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um ato jurídico.

Preferiu-se optar por um conceito amplo (ato jurídico), que envolve tanto os atos administrativos quanto os contratos.

#### 3. NATUREZA JURÍDICA

A licitação era segundo um aspecto já superado, ora um procedimento, ora um ato administrativo.

Para GASTON GEZE, baseado nos ensinamentos de seu mestre DUGAID, a licitação era um ato administrativo, condição que investia alguém numa situação jurídica que poderia gerar uma contratação. (Obs.: ato administrativo era condição porque não era ato concreto, nem ato abstrato).

O entendimento predominante, no entanto, é aquele que se firma no sentido de que a licitação é um conjunto de atos, portanto, um procedimento.

#### 4. DIREITO ADMINISTRATIVO OU DIREITO FINANCEIRO

A discussão, se a licitação é instituto do Direito Administrativo ou do Direito Financeiro, tinha relevância prática no passado porque um dispositivo da Constituição anterior preceituava que a licitação tinha natureza jurídica de Direito Financeiro, uma vez que



disciplinava receitas e despesas públicas.

Nos dias atuais, a Constituição passou a legislar expressamente sobre licitação, superando tal discussão. A licitação é um instituto, por excelência, do Direito Administrativo (art. 22, inc. XXVII, da CF).

## **5. A LICITAÇÃO NÃO TEM EM SEU CONTEXTO UM ATO LICITATÓRIO**

No Direito brasileiro, o ato licitatório não faz parte da licitação, ou seja, o contrato licitado é efetivamente diferente do procedimento da licitação.

O contrato não faz parte do procedimento licitatório. O vencedor da licitação poderá até não ser contratado. Ele tem apenas uma expectativa de direitos.

## **6. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO**

Art. 37, inc. XXI - "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Esse inciso consagra um dos princípios da licitação, qual seja: o dever de licitar. A Administração direta ou indireta tem o dever de efetivar licitação, para contratar regularmente.

Art. 22. "Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas educacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, IN".

Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação. Isso significa que outros entes federativos poderão legislar sobre normas específicas em matéria de licitação. Há, portanto, uma competência concorrente. Conclui-se, então, que todos podem editar leis sobre licitação, mas devem obedecer àquelas normas traçadas pela União.

As normas legislativas que venham da União são: normas gerais (de âmbito nacional) e normas estritamente federais (de âmbito da União). A doutrina não chega a um acordo sobre o

que venha a ser uma norma geral. Pode-se dizer, contudo, que a norma geral abarca uma generalidade maior do que a da lei comum. Disso se extrai que a norma geral traz um comando genérico, permitindo a outra norma tratar do mesmo assunto.

O legislador estabeleceu, na Carta Magna, as normas gerais de caráter essencial para a licitação, tendo em vista a existência de entes federativos díspares. Com isso, visou unificar a licitação em todo o país.

O art. 173, § 1.º, inc. III, da Constituição Federal, trata especificamente das sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividades econômicas.

O *caput* do art. 175 da Constituição Federal afirma que as concessões e as permissões de serviços públicos devem ser antecedidas de licitação.

## 7. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO

O Decreto-Lei n. 200/67 foi revogado pelo Decreto-Lei n. 2.300/86.

A Lei n. 8.666/93 disciplina as normas gerais da licitação e aplica-se a todo o país, conforme dispõe o seu art. 1.º.

Alguns autores acreditam que na Lei mencionada existem dois tipos de normas: normas gerais e normas específicas. As primeiras seriam de observância para todos, por se tratarem de normas de caráter geral. As últimas, no entanto, vinculariam apenas as licitações federais, ficando desobrigados os outros entes federativos. Outros autores chegam a catalogar a referida Lei, dizendo, artigo por artigo, quais são, ou não, normas gerais ou normas específicas. Incorrem em erro, pois não levam em conta uma diferença básica, qual seja: o artigo é uma unidade de redação, enquanto que a norma é uma unidade lógica, ou seja, toda norma tem hipótese e preceito.

## 8. PRINCÍPIOS GERAIS DA LICITAÇÃO

O art. 3.º da Lei n. 8.666/93 estabelece os princípios da licitação e termina sua redação observando: "... e dos princípios que lhe são correlatos". Dessa maneira, verifica-se que o rol de princípios previstos nesse artigo não é exaustivo.

### 8.1. Princípio da Legalidade, Impessoalidade, Publicidade e Moralidade

O art. 3.º, *caput*, da Lei 8.666/93 faz referência aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade. O princípio da eficiência não está relacionado. Isso porque, quando a Lei n. 8.666 surgiu, em 1993, ainda não existia o *caput* do art. 37 da Constituição Federal com sua redação atual ("...obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"). Essa lhe foi dada, em 1998, com a EC n. 19.



## 8.2. Princípio da Isonomia (Igualdade Formal, ou Igualdade)

Está previsto no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal.

Esse princípio não se limita a "os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades".

Para o Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, é errado imaginar que o princípio da isonomia veda todas as discriminações. Discriminar (retirando seu sentido pejorativo) é separar um grupo de pessoas para lhes atribuir tratamento diferenciado do restante. Nesse sentido, toda a norma jurídica discrimina, porque incide sobre algumas pessoas e sobre outras não.

**P.:** Quando o princípio da isonomia está, ou não, sendo respeitado? Quando a discriminação da norma é, ou não, compatível com o princípio da isonomia?

**R.:** Deve-se confrontar o fato, discriminado pela norma, com a razão jurídica pela qual a discriminação é feita, a fim de verificar se há ou não correspondência lógica.

### Exemplos didáticos:

- Abertura de concurso público para o preenchimento de vagas no quadro feminino da polícia militar. Qual é o fato discriminado pela norma? É o sexo feminino. Qual é a razão jurídica pela qual a discriminação é feita? A razão jurídica da discriminação é o fato de que, em determinadas circunstâncias, algumas atividades policiais são exercidas de forma mais adequada por mulheres. Há, portanto, correspondência lógica entre o fato discriminado e a razão pela qual a discriminação é feita, tornando a norma compatível com o princípio da isonomia.
- Uma licitação é aberta, exigindo de seus participantes uma determinada máquina. Qual é o fato discriminado pela norma? É a determinada máquina. Qual é a razão jurídica pela qual a discriminação é feita? Essa pergunta pode ser respondida por meio de outra indagação: a máquina é indispensável para o exercício do contrato? Se for, a discriminação é compatível com o princípio da isonomia.

## 8.3. Princípio da Probidade

Ser probo, nas licitações, é escolher objetivamente a melhor alternativa para os interesses públicos.

## 8.4. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O instrumento convocatório é o ato administrativo que convoca a licitação, ou seja, é o ato que chama os interessados a participarem da licitação; é o ato que fixa os requisitos da



licitação. É chamado, por alguns autores, de "lei daquela licitação", ou de "diploma legal que rege aquela licitação". Geralmente vem sob a forma de edital, contudo, há uma exceção: o convite (uma modalidade diferente de licitação).

O processamento de uma licitação deve estar rigorosamente de acordo com o que está estabelecido no instrumento convocatório. Os participantes da licitação têm a obrigação de respeitar o instrumento convocatório.

## **8.5. Princípio do Julgamento Objetivo**

Esse princípio afirma que as licitações não podem ser julgadas por meio de critérios subjetivos ou discricionários. Os critérios de julgamento da licitação devem ser objetivos, ou seja, uniformes para as pessoas em geral. Exemplo: em uma licitação foi estabelecido o critério do menor preço. Esse é um critério objetivo, ou seja, é um critério que não varia para ninguém. Todas as pessoas têm condições de avaliar e de decidir.

## **8.6. Princípios Correlatos aos do Art. 3.º da Lei n. 8.666/93**

### **8.6.1. Princípio do procedimento formal (Prof. Hely Lopes Meirelles)**

Estabelece que as formalidades prescritas para os atos que integram as licitações devem ser rigorosamente obedecidas.

### **8.6.2. Princípio da adjudicação compulsória**

Esse princípio tem uma denominação inadequada.

Ele afirma que, se em uma licitação houver a adjudicação, esta deverá ser realizada em favor do vencedor do procedimento. Essa afirmação não é absoluta, uma vez que várias licitações terminam sem adjudicação.

### **8.6.3. Princípio do sigilo das propostas**

É aquele que estabelece que as propostas de uma licitação devem ser apresentadas de modo sigiloso, sem que se dê acesso público aos seus conteúdos.

### LICITAÇÃO

#### 1. PRESSUPOSTOS

Não é somente com seus próprios meios, ou por intermédio de suas entidades ou órgãos, que a Administração Pública, gestora dos interesses da coletividade, realiza as suas atividades. Usualmente necessita contratar terceiros, e o faz, seja para aquisição, execução de serviços, locação de bens, seja para a concessão e permissão de serviços públicos, entre outros.

A escolha dos que serão contratados pela Administração Pública não pode decorrer de critérios pessoais do administrador ou de ajustes entre interessados. A escolha dos que serão contratados decorrerá do procedimento denominado *licitação*, de obrigatoriedade imposta por regra constitucional, à luz do art. 37, inciso XXI.

A obrigatoriedade de licitar alcança a Administração Pública direta e indireta, inclusive as entidades empresariais (art. 173, § 1.º, inc. III, da CF). As empresas públicas e as sociedades de economia mista, como dita aquela regra constitucional, podem possuir estatuto próprio, mas, para que possam contratar, também devem promover o certame licitatório.

A doutrina aponta a existência de, ao menos, três pressupostos da licitação, os quais decorrem de tudo quanto foi exposto:

- Pressuposto lógico da licitação;
- Pressuposto jurídico da licitação;
- Pressuposto fático da licitação.

##### 1.1. Pressuposto Lógico

A licitação é voltada à obtenção de um contrato, necessário à Administração Pública para o atendimento do interesse público (exemplo: construção de um prédio público). A definição de quem será contratado decorre da eleição ou seleção da melhor proposta, segundo critérios objetivos e previamente fixados.

Assim, o *pressuposto lógico da licitação* é a possibilidade de sua ocorrência, seja porque há diversos interessados ou porque o objeto pretendido pela Administração (tomando por exemplo a aquisição) pode ser fornecido por todos ou por quase todos os interessados.

##### 1.2. Pressuposto Jurídico

A licitação viabiliza a realização de algo efetivamente necessário ou indispensável. A





Administração Pública identifica a necessidade de certa contratação, comprova ou justifica tal situação e, somente a partir daí, realiza ou não a licitação. Jamais poderá ordenar a licitação apenas para servir ao desejo dos interessados. A licitação pressupõe a necessidade de atender ao interesse público, e esse é o seu *pressuposto jurídico* (a existência de um interesse público na contratação).

### 1.3. Pressuposto Fático

Por fim, somente é viabilizada a licitação se existentes diversos interessados na disputa. Se a licitação visa selecionar a melhor proposta, é lógico que pressupõe a existência de interessados e que esses possam concorrer. Constitui, então, *pressuposto fático* a possibilidade de participação de mais de um interessado a ser contratado, fornecedor ou prestador de serviços, na licitação. Se for certo que não haverá oportunidade para a confrontação de propostas, já que apenas determinada contratação atenderia eficazmente o interesse público, não deverá ser realizada a licitação.

## 2. EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR

A nossa legislação prevê duas exceções ao dever de licitar:

- *Dispensa de licitação*: é a situação que se verifica sempre que, embora viável a competição em torno do objeto licitado, a lei faculte a realização direta do ato. Os casos de dispensa devem estar expressamente previstos em lei. Na Lei n. 8.666/93, há dois artigos que se referem aos casos de dispensa (art. 17 e art. 24).
- *Inexigibilidade de licitar*: quando é inviável a competição em torno do objeto que a Administração quer adquirir (art. 25 da Lei n. 8.666/93). Ambas, *dispensa* e *inexigibilidade*, são formas de contratação direta sem licitação, sendo essa a única semelhança entre elas, e só podem ser vinculadas por lei federal, porque se trata de norma geral. Alguns autores mencionam a má técnica do legislador ao expressar o rol dos casos de dispensa, alegando que algumas dessas hipóteses seriam casos de inexigibilidade.

### 2.1. Hipóteses de Dispensa de Licitação

#### 2.1.1. Licitação dispensada

É aquela que a própria lei declarou como tal.

O artigo 17 da Lei n. 8.666/93 cuida das hipóteses de dispensa de licitação em casos de alienação e cessão de uso de bens públicos.

No inciso I, encontram-se as hipóteses de dispensa de licitações destinadas à alienação



de bens imóveis.

O inciso II trata das hipóteses de dispensa de licitações destinadas à alienação de bens móveis.

Necessário se faz observar o § 4.º do artigo em estudo: "§ 4.º: A doação com encargo *será licitada* e de seu instrumento constarão obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado."

### **2.1.2. Licitação dispensável**

Nesse caso, a Administração pode dispensar a competição. A contratação direta existirá porque a competição, embora possível, não ocorrerá, por opção da Administração.

O artigo 24 da Lei n. 8.666/93 trata de todos os outros casos de dispensa que não se refiram à alienação e cessão de bens públicos:

- Incisos I e II: dispensam a licitação quando o bem for de pequeno Valor.
- Inciso III: dispensa de licitação em casos de guerra e de grave perturbação da ordem. Apenas podem ser dispensados os contratos que tenham relação com a guerra ou com a perturbação da ordem.
- Inciso IV: dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. A lei dispõe que, nos casos em que o Estado estiver emergencialmente necessitando contratar, poderá firmar um contrato sem licitação. Situação emergencial é aquela em que o decurso de tempo poderá ocasionar prejuízo ou dano (por esse motivo, a licitação deve ser dispensada). Os contratos firmados por emergência não podem ter prazo de vigência por mais de 180 dias.
- Inciso V: dispensa de licitação no caso de desinteresse pela licitação anterior, ou seja, deserção. Licitação deserta é aquela em que não aparecem interessados. As condições exigidas para que uma licitação deserta possa vir a ocasionar uma contratação sem licitação são: a Administração deve demonstrar que a realização de um novo procedimento licitatório lhe trará prejuízos e as condições de contratação devem ser as mesmas da licitação deserta.
- Inciso VI: poderá ser dispensada a licitação "quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento".
- Inciso VII: quando as propostas apresentadas revelarem preços excessivos, ou seja, superiores aos praticados no mercado nacional.
- Inciso VIII: dispensável a licitação "para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que

integre a Administração Pública...".

- Inciso IX: casos em que houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional.
- Inciso X: dispensável a licitação "para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades preteridas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo a avaliação prévia".
- Inciso XI: na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual.
- Inciso XII: na compra de produtos perecíveis- a característica do bem permite a contratação direta.
- Inciso XIII: contratação de instituição brasileira, ou seja, é dispensável a licitação tendo em conta as pessoas que estão sendo contratadas.
- Inciso XIV: aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional, específico, aprovado pelo Congresso Nacional.
- Inciso XV: aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos.
- Inciso XVI: "para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico".
- Inciso XVII: "aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia".
- Inciso XVIII: serviços e compras indispensáveis ao abastecimento de embarcações, aeronaves e tropas, quando fora de suas sedes e os prazos legais puderem comprometer a operação.
- Inciso XIX: materiais para as Forças Armadas.
- Inciso XX: contratação de serviços prestados por deficientes físicos.
- Inciso XXI: aquisição de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica.
- Inciso XXII: "contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, segundo as normas da legislação específica".
- Inciso XXIII: "na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o

praticado no mercado".

- Inciso XXIV: "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão".

A dispensa da licitação, tendo em vista os incisos acima, poderá ser caracterizada segundo 4 (quatro) critérios:

- Em razão do valor;
- Em razão da pessoa a ser contratada;
- Em razão da situação;
- Em razão do objeto.

## 2.2. Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação

É inexigível licitação quando inviável a competição. No caso, contrata-se diretamente.

O que diferencia *dispensa* e *inexigibilidade* é que, na primeira, a competição é possível, mas a Administração poderá dispensá-la, enquanto a *inexigibilidade* é a possibilidade de contratação sem licitação, por ser a competição inviável.

O artigo 25 da Lei n. 8.666/93 enumera as hipóteses de *inexigibilidade* de licitação.

- Inciso I: "para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes".
- Inciso II: trata de contratação direta quando o serviço for de natureza singular e desenvolvido por profissional notoriamente especializado. São necessários, portanto, dois requisitos: serviço de natureza singular (art. 13, incs. I a VIII) e realizado por profissional notoriamente especializado (no próprio art. 25, § 1.º, a lei dispõe quem é o profissional notoriamente especializado).
- Inciso III: contratação de profissional do setor artístico, desde que reconhecido pela crítica ou pela população. O § 2.º do art. 25 dispõe sobre a responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável pelos danos causados à Fazenda Pública. O artigo 26 refere-se tanto à *dispensa* como à *inexigibilidade*, sendo necessária a motivação.

## 3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A licitação pode ser processada de diversas maneiras. As modalidades de licitação estão dispostas no art. 22 da Lei n. 8.666/93, que prescreve cinco modalidades de licitação:

- Concorrência;
- Tomada de preços;
- Convite;
- Concurso;
- Leilão.

Há uma modalidade de licitação que não consta no artigo citado acima, mas foi instituída por Medida Provisória: é a licitação por Pregão.

### 3.1. Concorrência

A concorrência está prevista no art. 22, § 1.º, da Lei n. 8.666/93 e pode ser definida como "modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto".

A concorrência pública é a modalidade de licitação utilizada, via de regra, para maiores contratações, aberta a quaisquer interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital.

É a modalidade mais completa de licitação. É destinada a contratos de grande expressão econômica, por ser um procedimento complexo e que exige o preenchimento de vários requisitos e a apresentação detalhada de documentos. A Lei prevê, no art. 23, a tabela de valores para cada modalidade de licitação.

### 3.2. Tomada de Preços

Prevista no art. 22, § 2.º, da Lei n. 8.666/93, pode ser definida como "modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

É uma modalidade mais simplificada, mais célere e, por esse motivo, não está voltada a contratos de grande valor econômico.

Essa modalidade de licitação era direcionada apenas aos interessados previamente cadastrados. Atualmente, o § 2.º do art. 22 da Lei em estudo dispõe, conforme transcrito acima, que também deverão ser recebidas as propostas daqueles que atenderem às condições



exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

A tomada de preços, portanto, destina-se a dois grupos de pessoas previamente definidos:

- *Cadastrados*: para que a empresa tenha seu cadastro, deverá demonstrar sua idoneidade. Uma vez cadastrada, a empresa estará autorizada a participar de todas as tomadas de preço.
- *Não cadastrados*: se no prazo legal - três dias antes da apresentação das propostas - demonstrarem atender aos requisitos exigidos para o cadastramento, poderão participar da tomada de preço.

Na tomada de preço, os licitantes têm seus documentos analisados antes da abertura da licitação e, por este motivo, é uma modalidade de licitação mais célere, podendo a Administração conceder um prazo menor para o licitante apresentar sua proposta.

### 3.3. Convite

O convite está previsto no art. 22, § 3.º, da Lei n. 8.666/93, e pode ser definido como "modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas".

É a modalidade mais simplificada de licitação e, por isso, é destinada a contratos de pequeno valor. Além de prazos mais reduzidos, o convite tem uma convocação restrita. Pela lei, somente dois grupos podem participar do convite:

- *Convidados*: a Administração escolhe no mínimo três interessados para participar da licitação e envia-lhes uma *carta-convite*, que é o instrumento convocatório da licitação.
- *Cadastrados, no ramo do objeto licitado, não convidados*: todos os cadastrados no ramo do objeto licitado poderão participar da licitação, desde que, no prazo de até 24h antes da apresentação das propostas, manifestem seu interesse em participar da licitação. Alguns autores têm sustentado que essa exigência de manifestação dos cadastrados até 24h antes da apresentação das propostas seria inconstitucional, tendo em vista que fere o princípio da isonomia.

De acordo com a liberalidade da lei, esses são os dois grupos que podem participar do convite. Há, entretanto, uma construção interpretativa que entende que um terceiro grupo

poderia participar da licitação:

- *Não cadastrados, não convidados, que demonstrem atender previamente aos requisitos exigidos para o cadastramento:* se para a tomada de preços, que é uma modalidade mais rigorosa, admite-se a participação dos não cadastrados que demonstrem atender previamente os requisitos exigidos para o cadastramento, não haveria lógica em não se autorizar os não cadastrados, nessa situação, a participarem do convite.

O art. 22, § 3.º, da Lei n. 8.666/93 deixa claro e indubitado que a *carta convite* deve ser afixada em local de acesso público, de forma que as pessoas não cadastradas ou não convidadas tomem conhecimento do convite e, se interessadas, possam participar da licitação.

### **3.4. Concurso**

O art. 22, § 4.º, da Lei n. 8.666/93 prevê o concurso, que pode ser definido como "modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias".

Essa modalidade de licitação não pode ser confundida com o concurso para provimento de cargo público. O concurso é uma modalidade de licitação específica, que tem por objetivo a escolha de um trabalho técnico, artístico ou científico.

Há quem diga que o concurso é uma modalidade de licitação discricionária, alegando que esses trabalhos, normalmente, são singulares e, por este motivo, não haveria necessidade de licitação (a Administração faria a licitação se achasse conveniente). O concurso não é, entretanto, uma modalidade discricionária, mas sim o objeto da licitação.

### **3.5. Leilão**

Previsto no art. 22, § 5.º, da Lei n. 8.666/93, pode ser definido como "modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstos no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação".

O leilão tem um objetivo próprio, visa a alienação de bens. Na redação original da Lei em estudo, o leilão somente se destina à alienação de bens móveis. A redação original, entretanto, foi modificada pela Lei n. 8.883/94, que passou a permitir que o leilão se destinasse,



em certos casos, à alienação de bens imóveis.

O art. 19 dispõe que, nos casos de alienação de um bem que tenha sido adquirida por via de procedimento judicial ou por dação em pagamento, a alienação pode ser feita por leilão. Nos demais casos, somente por concorrência.

### **3.6. Pregão**

Modalidade licitatória inserida pela Medida Provisória n. 2.026, de maio de 2000 (atualmente reeditada pela Medida Provisória n. 2.182-16 de 28.6.2001).

É a modalidade de licitação voltada à aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital por meio de especificações do mercado.

Não há limite de valor especificado.

Essa modalidade só poderá ser usada pela União (é exclusiva dela).





## UNIDADE XIII

### LICITAÇÃO: PRINCÍPIOS E MODALIDADES

#### 1. TIPOS DE LICITAÇÃO

A Lei n. 8.666/93 define os tipos de licitação no art. 45, § 1.º, ou seja, a maneira de julgamento de um procedimento licitatório. Nada impede, entretanto, que leis especiais disponham de forma diversa, trazendo regras específicas a esse procedimento.

Há a previsão de quatro tipos diferentes de licitação que podem ser aplicados a todas as modalidades (salvo a modalidade concurso, que pode adotar outros tipos de procedimento):

- *Menor preço:* o proponente vencedor será aquele que apresentar proposta com o menor valor nominal.
- *Melhor técnica:* será vitorioso o proponente que apresentar a proposta de melhor técnica dentro das especificações da Administração. É o instrumento convocatório aquele que define qual a melhor técnica e quais os critérios a serem observados.
- *Técnica e preço:* de acordo com os preceitos do instrumento convocatório, a Administração conjuga a melhor técnica e o menor preço (a proposta deverá apresentar técnica satisfatória e preço mais vantajoso).
- *Maior lance ou oferta:* será aplicado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Entre os quatro critérios apontados, dois são objetivos (menor preço e maior lance) e dois subjetivos (melhor técnica e técnica e preço).

O tipo regra é o de melhor preço. Os demais se aplicam aos casos expressamente previstos em lei.

Os tipos melhor técnica ou técnica e preço podem ser adotados no caso de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de serviços de engenharia consultiva em geral, principalmente para a elaboração de estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4.º do art. 45 da Lei n. 8.666/93.

Alguns doutrinadores entendem que, para essas hipóteses, os tipos melhor técnica ou técnica e preço devem prevalecer. Como são tipos excepcionais, entretanto, não há como torná-



los obrigatórios. À Administração é facultado adotá-los. Para isso, será necessária autorização expressa da autoridade de maior nível hierárquico da Administração promotora da licitação (art. 46, § 3.º, da Lei n. 8.666/93).

O art. 45, § 4.º, "Contratação de bens e serviços de informática", dispõe que o tipo obrigatório para esses casos é o de técnica e preço, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

O tipo melhor lance pode ser adotado nos casos de alienações ou de concessões de direito real de uso (art. 45, § 1.º, inc. IV, da Lei n. 8.666/93). Nos casos de concessão de uso ou permissão de uso, analogicamente, pode ser usado o tipo melhor lance.

## 2. FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A licitação, procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a contratação com a Administração, é um conjunto de atos que pode ser dividido em diversas fases.

Alguns autores entendem que o ato em que se inicia a licitação é a publicação do instrumento convocatório. O art. 38 da Lei n. 8.666/93, no seu *caput*, entretanto, dispõe que o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo (que ocorre antes da publicação do instrumento convocatório).

Os autores dividem a licitação em duas fases: interna e externa.

A fase interna tem início com a decisão de realizar o procedimento licitatório. Reúne todos os atos que, pela lei, devem anteceder o momento da publicação do instrumento convocatório.

Não há uma definição da sequência dos atos que devem ser praticados na fase interna, o que fica a critério de cada Administração. Com a publicação do instrumento convocatório, encerra-se a fase interna.

A fase externa é iniciada com a publicação do instrumento convocatório, que se destina aos interessados em contratar com a Administração. Nessa fase, as etapas do processo são perfeitamente definidas e a sequência deve ser obrigatoriamente observada:

- Edital;
- Apresentação da documentação e das propostas;
- Habilitação;
- Classificação;
- Adjudicação;
- Homologação.

Para alguns autores, a homologação estaria antes da adjudicação.

## **2.1. Edital**

O edital reflete a lei interna das licitações e obriga as partes envolvidas às suas regras, decorrência do princípio da vinculação ao edital, que deve ser respeitado tanto pela Administração quanto pelos participantes.

### **2.1.1. Conteúdo do edital**

O art. 40 da lei em estudo dispõe sobre o conteúdo do edital:

- Objeto da licitação, que não poderá ser descrito genericamente;
- Prazos e condições para a assinatura do contrato ou para a retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64;
- Garantias para a execução do contrato;
- Sanções para o caso de inadimplemento;
- Local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- Critério de julgamento das propostas;
- Condições de pagamento.

### **2.1.2. Impugnação administrativa ao edital**

As regras constantes do edital poderão ser impugnadas pelos licitantes (no prazo de dois dias) ou por qualquer cidadão (art. 41, § 1.º) que entender ser o edital discriminatório ou omissivo em pontos essenciais.

## **2.2. Apresentação das Propostas**

As propostas são as ofertas feitas pelos licitantes. A lei exige um prazo mínimo a ser observado entre o momento da publicação do instrumento convocatório e o da apresentação das propostas. Esse prazo variará de acordo com a modalidade, o tipo e a natureza do contrato (art. 21 da Lei n. 8.666/93).

A proposta deve ser apresentada em envelope lacrado, por força do princípio do sigilo das propostas, diverso do envelope referente aos documentos necessários para habilitação. Devassar o conteúdo de uma proposta é crime previsto pela Lei das Licitações. Assim, o licitante deve apresentar no mínimo dois envelopes: o primeiro contendo a documentação relativa à capacitação do licitante, condições técnicas, econômicas, jurídicas e fiscais, e o segundo, a proposta propriamente dita.

Em certos tipos de licitação (melhor técnica e técnica e preço), deverão ser entregues



três envelopes. A proposta deve ser desdobrada em dois deles: um deve conter a proposta de técnica e o outro a de preço; no terceiro, deve ser incluída a documentação sobre a capacitação do licitante. Os envelopes são encaminhados à comissão de licitação, composta por, no mínimo, três servidores. Excepcionalmente, no convite, pode haver o julgamento por apenas um servidor, e, no leilão, não há comissão de julgamento, mas leiloeiro.

### 2.3. Habilitação

Nessa fase, o objetivo da Administração Pública é o conhecimento das condições pessoais de cada licitante. O órgão competente examinará a documentação apresentada, habilitando-a ou não.

O art. 27 dispõe sobre a documentação exigida dos interessados:

- Habilitação jurídica;
- Qualificação técnica;
- Qualificação econômico-financeira;
- Regularidade fiscal;
- Cumprimento ao inc. XXXIII, art. 7.º, da Constituição Federal.

O art. 28 trata da documentação relativa à habilitação jurídica, documentos que demonstrarão que o licitante estará apto a exercer direitos e a contrair obrigações.

O art. 29 refere-se à habilitação fiscal. Serão analisadas a existência de débitos do licitante com a Administração Pública e sua regularidade com a Seguridade Social (art. 195, § 3.º, da Constituição Federal).

Quanto à qualificação técnica, as exigências encontram-se relacionadas no art. 30 da lei em estudo, "Demonstração da capacidade para executar o contrato". Ex.: possuir equipamento, material e mão-de-obra suficientes para a execução do contrato.

O art. 31 dispõe sobre a habilitação financeira. A documentação exigida possibilita a análise da saúde financeira do licitante em suportar o cumprimento do contrato.

O licitante deverá, ainda, demonstrar que tem qualificação trabalhista e cumpre a proibição imposta pelo art. 7.º, inc. XXXIII, da Constituição Federal. A lei faculta a possibilidade de a Administração Pública se utilizar de registros cadastrais de outros órgãos de entidades públicas (art. 34, § 2.º, da Lei n. 8.666/93).

Se o licitante demonstrar possuir as condições necessárias, será considerado habilitado e poderá passar para a fase seguinte. Os inabilitados, ao contrário, serão excluídos da licitação, recebendo os seus envelopes com as propostas devidamente lacradas.

## 2.4. Classificação

É a etapa do procedimento licitatório em que são apreciadas e julgadas as propostas dos licitantes habilitados. Nesse momento, serão abertos os envelopes das propostas comerciais.

O processamento da fase de classificação variará de acordo com o tipo de procedimento (tipificado no art. 45 da lei em estudo).

### 2.4.1. Desclassificação das propostas

A desclassificação das propostas está disciplinada no art. 48, *caput*, da Lei n. 8.666/93:

- Inc. I - serão desclassificadas "as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação".
- Inc. II - "propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação".

O inc. II dispõe sobre duas situações distintas:

- O licitante apresenta proposta com valor superior ao limite máximo previsto no instrumento convocatório;
- Falta de seriedade econômica da proposta.

Admite-se que o instrumento convocatório contenha um parâmetro, relativo ao valor do objeto. O licitante que apresentar uma proposta abaixo do parâmetro mínimo especificado deverá demonstrar como executará o contrato. Caso demonstre, a proposta poderá ser classificada; se não demonstrar, será desclassificada.

Há certas hipóteses em que a estipulação do valor mínimo é obrigatória (art. 48, § 1.º, da Lei n. 8.666/93), como nos contratos que envolvem serviços de engenharia; nesses casos, sempre que a proposta estiver abaixo do percentual que a lei prescreve, o licitante deverá demonstrar como cumprirá o contrato (é um parâmetro legal que independe da vontade do administrador).

Se uma proposta trazer uma vantagem extraordinária que não esteja explícita no instrumento convocatório, a Administração deve desconsiderá-la, como se não estivesse escrita, e julgar apenas a parte que está em conformidade com o instrumento convocatório (art. 44, § 2.º, da Lei n. 8.666/93).

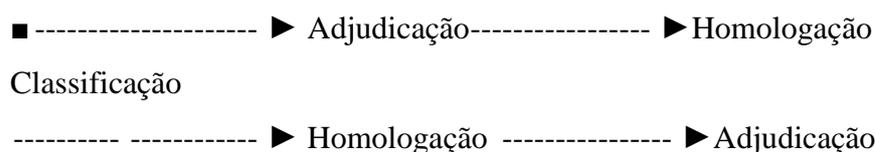


Se todas as propostas forem inabilitadas ou desclassificadas, verifica-se o que se chama de "licitação fracassada". Nesse caso, a lei faculta à Administração tentar "salvar" a licitação (art. 48, § 3.º, da Lei n. 8.666/93), permitindo que todos os inabilitados apresentem nova documentação ou todos os desclassificados apresentem nova proposta (o prazo para apresentação de documentos ou propostas é de oito dias).

Quando o tipo de licitação for o de melhor técnica, processa-se de acordo com o regulado pelo art. 46, §1.º, da Lei n. 8.666/93. Deverão ser apresentados dois envelopes. Os da proposta técnica deverão ser abertos primeiro. Com o resultado do julgamento técnico, abrem-se os envelopes da proposta preço. O administrador deverá comparar o preço apresentado pelo licitante vencedor do julgamento técnico com o menor preço apresentado pelos demais licitantes. Se o preço do vencedor estiver muito acima, pode-se fazer uma tentativa de acordo para diminuição do valor; se não houver acordo a Administração, poderá ser afastado o primeiro colocado e iniciar-se-á uma negociação com o segundo, e assim por diante.

Quando o tipo for técnico e preço, em primeiro lugar serão abertos os envelopes da proposta técnica. Concluído o julgamento, abrem-se os envelopes da proposta preço, havendo o julgamento deste. Encerrado, combinam-se as propostas conforme o critério determinado no instrumento convocatório. Nesse tipo de licitação, não se faz acordo como no anterior.

## 2.5. Homologação e Adjudicação



Para aqueles que defendem que a próxima fase é a adjudicação, após esta, abrir-se-á prazo para recurso, e o processo será encaminhado a uma comissão superior para homologação. No caso, a classificação e a adjudicação seriam feitos pela Comissão de Licitação.

Para aqueles que defendem que a fase de homologação é anterior à adjudicação, o julgamento da licitação é feito na fase de classificação, abrindo-se, logo após esta, oportunidade para recurso, então encaminhando-se o processo à autoridade superior para homologação e em seguida para adjudicação.

Homologação é o ato administrativo pelo qual a autoridade superior manifesta sua concordância com a legalidade e conveniência do procedimento licitatório. Adjudicação é o ato administrativo pelo qual se declara como satisfatória a proposta vencedora do procedimento e



se afirmar a intenção de celebrar o contrato com o seu ofertante.

A divergência na doutrina advém do disposto nos arts. 38, inc. VII, e 43, inc. VI, ambos da Lei n. 8.666/93. Observadas, entretanto, as formas de processamento, é correto afirmar que o mais adequado é o disposto no art. 43, tendo em vista que o art. 38 trata da juntada de documentos. Ainda, não é lógico adjudicar antes da homologação pela autoridade superior, entretanto, se isto ocorrer, não se deve considerar nula a licitação.

O primeiro classificado não tem direito subjetivo à adjudicação.

O adjudicatário não tem direito subjetivo ao contrato, visto que a Administração poderá revogar a licitação antes da assinatura do contrato.

São efeitos da adjudicação:

- Direito do adjudicatário de assinar o contrato, na hipótese de ele vir a ser celebrado;
- Liberação dos demais proponentes em relação às propostas apresentadas;
- Direito da Administração de, no prazo de validade da proposta, exigir do adjudicatário o aperfeiçoamento do contrato nos termos resultantes do procedimento licitatório.

O adjudicatário que se recusar a assinar o contrato será considerado inadimplente, ou seja, ficará na mesma situação daquele que assinar o contrato e não o cumprir. Responderá por perdas e danos e sofrerá as sanções administrativas previstas no art. 87 da Lei n. 8.666/93, que serão aplicadas de acordo com o comportamento do adjudicatário.

Havendo a recusa (justificada ou injustificada), a lei admite a possibilidade de a Administração propor a assinatura do contrato ao segundo colocado, nos termos da proposta vencedora. Se houver concordância do segundo colocado, o contrato será firmado; se ele não concordar, a Administração poderá propor ao terceiro colocado, e assim por diante, sempre nos termos da proposta vencedora.

## **2.6. Anulação**

Anular é extinguir um ato ou um conjunto de atos em razão de sua ilegalidade. Quando se fala, portanto, em anulação de uma licitação, pressupõe-se a ilegalidade da mesma, pois anula-se o que é ilegítimo. A licitação poderá ser anulada pela via administrativa ou pela via judiciária.

A anulação de uma licitação pode ser total (se o vício atingir a origem dos atos licitatórios) ou parcial (se o vício atingir parte dos atos licitatórios).

### **2.6.1. Anulação pela via administrativa**

Está disciplinada no art. 49 da Lei n. 8.666/93. A autoridade competente para a



aprovação do procedimento será competente para anular a licitação. O § 3.º do mesmo art. dispõe, ainda, que, no caso de anulação da licitação, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa. A anulação da licitação deve vir acompanhada de um parecer escrito e devidamente fundamentado.

Nada impede que, após a assinatura do contrato, seja anulada a licitação e, reflexamente, também o contrato firmado com base nela (art. 49, § 2.º, da Lei n. 8.666/93).

A anulação da licitação, em regra, não gera o dever de indenizar (art. 49, § 1.º), salvo na hipótese do par. ún. Do art. 59 da Lei n. 8.666/93, que disciplina a indenização do contratado se este não tiver dado causa ao vício que anulou o contrato (indenização pelos serviços prestados e pelos danos sofridos). Nos casos em que a anulação da licitação ocorrer após a assinatura do contrato e o contratado não tiver dado causa ao vício, será a Administração, portanto, obrigada a indenizar.

Há uma corrente intermediária que entende que o dever de indenizar existirá se tiver ocorrido a adjudicação somente em relação ao adjudicatário, independentemente da assinatura ou não do contrato.

## **2.7. Revogação**

Revogar uma licitação é extingui-la por ser inconveniente ou inoportuna. Desde o momento em que a licitação foi aberta até o final da mesma, pode-se falar em revogação. Após a assinatura do contrato, entretanto, não poderá haver a revogação da licitação.

A revogação também está disciplinada no art. 49 da Lei n. 8.666/93, que restringiu o campo discricionário da Administração: para uma licitação ser revogada, é necessário um fato superveniente, comprovado, pertinente e suficiente para justificá-lo.

Somente se justifica a revogação quando houver um fato posterior à abertura da licitação e quando o fato for pertinente, ou seja, quando possuir uma relação lógica com a revogação da licitação. Ainda deve ser suficiente, quando a intensidade do fato justificar a revogação. Deve ser respeitado o direito ao contraditório e ampla defesa, e a revogação deverá ser feita mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Quanto à indenização, no caso, a lei foi omissa, fazendo alguns autores entenderem que há o dever de indenizar, fundamentado no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal de 1988. A posição intermediária, entretanto, entende que somente haveria indenização nos casos de adjudicação em relação ao adjudicatário pelos prejuízos que sofreu, mas não pelos lucros cessantes.



## 2.8. Desistência do Proponente

Até o final da fase de habilitação, o licitante pode, legitimamente, desistir da licitação, visto que sua proposta ainda não foi conhecida. Abertos os envelopes na fase de classificação, porém, o licitante não poderá desistir, salvo nos casos de fato superveniente que justifique a sua desistência (a justificação deve ser aceita pela Comissão de Licitação).

## 3. SANÇÕES PENAIS

Os arts. 89 a 98 da Lei n. 8.666/93 tipificam as condutas criminosas e as respectivas penas, que serão de detenção (variável de seis meses a dois anos) ou de multa (fixada entre 2% e 5% do valor do contrato, revertendo-se à Fazenda da entidade licitante).

## UNIDADE XIV

### LICITAÇÃO

#### 1. LICITAÇÕES - RECURSOS

A Lei n. 8.666/93 prevê, no Cap. V - art. 109, três tipos de recursos possíveis no processo licitatório:

- Recurso hierárquico;
- Representação;
- Pedido de reconsideração.

Os três recursos aperfeiçoam o sistema de controle interno da licitação, por serem conhecidos e processados pela própria Administração Pública, não se confundindo com o direito de petição (art. 5.º, inc. XXXIV, da CF) nem com a possibilidade de representação, seja ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas. Tais instrumentos (petição e representação) podem ser exercitados por qualquer pessoa e serão ou não atendidos além dos limites da Administração-licitante.

##### *a) Recurso hierárquico*

O recurso hierárquico (ou recurso administrativo em sentido estrito) é cabível contra:

- Habilitação ou inabilitação do licitante;
- Julgamento das propostas;
- Anulação ou revogação da licitação;
- Indeferimento, alteração ou cancelamento de inscrição no registro cadastral.



O prazo para a interposição será de 5 dias, salvo se a modalidade for a do convite e o recurso dirigido contra a habilitação, ou inabilitação, e contra o julgamento, hipóteses em que será de 2 dias úteis. O prazo é contado a partir da intimação ou da lavratura do termo (para os que estiverem presentes).

## ***b) Representação***

Cabe a representação contra decisões havidas no processo licitatório e que não comportam recurso hierárquico. É dirigida à autoridade superior para que se altere decisão emanada da autoridade inferior (Ex.: modificação do objeto da licitação).

## ***c) Pedido de reconsideração***

O pedido de reconsideração é cabível contra decisão que impôs as sanções de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. É dirigido ao ministro de Estado ou ao secretário estadual ou municipal, no prazo de 10 dias úteis.

## **1.1. Efeitos e Processamento**

Os recursos operam efeitos devolutivos, salvo aqueles contra habilitação ou inabilitação e julgamento das propostas, que sempre produzirão efeitos *suspensivos*, conforme dispõe o § 2º do art. 109 da Lei n. 8.666/93.

Os demais apenas produzirão efeitos *suspensivos* por decisão da autoridade destinatária do recurso. A decisão, que concede ou não o aludido efeito, é discricionária. Para conceder o referido efeito, porém, deverá a autoridade motivar o ato, indicando o interesse público presente.

A interposição dos recursos hierárquico e de representação deve ser comunicada aos demais licitantes, que poderão impugná-los no prazo de 5 dias úteis.

Sempre que um recurso for provido, os efeitos serão retroativos, alcançando o ato desde a sua edição.

Se não ocorrer a interposição de recursos, ou seja, se os licitantes não impugnarem as decisões no curso do processo licitatório, decaindo do direito de recorrer, aqueles atos passarão a ser definitivos, operando-se a preclusão administrativa, ou coisa julgada administrativa.

Como dito, o sistema de recursos não se confunde com a possibilidade de representação ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público (como permite o art. 113) ou com o direito de petição. Ambos podem ser exercitados por qualquer pessoa, e não apenas pelos proponentes ou licitantes. Em verdade, a comunicação ao Tribunal de Contas (ver art. 74, § 2.º, da CF) é autêntica denúncia.

## 2. LICITAÇÕES - CRIMES

A Lei n. 8.666/93 descreve condutas típicas, permitindo a apuração da responsabilidade penal, independentemente da responsabilização administrativa e civil.

A despeito de a referida lei somente ser inteiramente aplicável na órbita da Administração Pública Federal, os dispositivos que consagram a responsabilização penal constituem normas gerais, daí serem aplicáveis em todo o território nacional. Estados, Distrito Federal e Municípios não podem legislar a respeito, porque não reúnem competência para tanto. Apenas a União (art. 22, inc. I, da CF) pode legislar em matéria penal.

A descrição de condutas típicas pela Lei de Licitações provocou a revogação parcial do CP, caso, por exemplo, do tipo previsto no art. 326 (devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo). Assim, subsistem apenas tipos penais não incompatíveis com os novos tipos previstos na Lei n. 8.666/93.

Aplicam-se à Lei de Licitações as mesmas regras gerais para a determinação do momento consumativo dos delitos e para as hipóteses de tentativa, concurso, desistência voluntária e arrependimento eficaz, dentre outras previstas na parte geral do Código Penal.

O bem jurídico protegido tanto poderá ser a moralidade administrativa como a regularidade do processo licitatório ou o patrimônio público.

O sujeito ativo dos delitos, previstos na Lei de Licitações, será sempre a pessoa física a quem se atribua a conduta ilícita, podendo ou não manter vínculo com a Administração (funcional ou contratual). Assim, poderão ser apontados como autores os particulares que participam do certame; os membros da Comissão de Licitação; a autoridade administrativa ou qualquer contratado.

Todos os delitos descritos na Lei de Licitação são punidos apenas a título de dolo, não havendo possibilidade de punição a título de culpa.

A ação penal sempre será pública incondicionada, não dependendo, pois, de requisição ou representação.

Todos os tipos penais autorizam a imposição da pena de detenção, não havendo a previsão para a imposição da pena de reclusão.

## 3. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Contrato administrativo é todo ajuste celebrado pela Administração, mediante regras previamente estabelecidas por ela, visando a preservação do interesse público.

O Poder Público traça as diretrizes do contrato no edital de licitação, o particular irá apenas aderir a essa minuta (contrato de adesão). A prerrogativa da Administração tem em vista o interesse público.



### 3.1. Características

Características marcantes dos contratos administrativos são as cláusulas exorbitantes, que conferem vantagens para a Administração, colocando-a em uma posição de superioridade em relação ao particular que com ela contratar. Essa regra está disposta no art. 58 da Lei n. 8.666/93.

São exorbitantes porque exorbitam o padrão das cláusulas do direito privado. Exemplo: o contrato celebrado pelos particulares se aperfeiçoa quando as partes entram em um acordo. No contrato administrativo, só a Administração estipula as regras; não há convenção entre as partes. No contrato privado, se uma parte descumprir o trato, a outra pode invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, ou seja, pode alegar que deixou de cumprir sua obrigação porque o outro contratante já havia feito isso. No contrato administrativo, o particular não pode invocar tal princípio - deve cumprir o contrato ainda que o Poder Público descumpra seu encargo, pois prioriza-se o interesse público em detrimento do particular. O particular pode rescindir o contrato privado unilateralmente, em razão do interesse que defende, que é próprio; não poderá fazê-lo quando o contrato for administrativo, por prevalecer o interesse da sociedade; deverá socorrer-se do Poder Judiciário para rescisão do contrato.

Os incs. Do art. 58 da Lei n. 8.666/93 dispõem sobre as prerrogativas da Administração. São cláusulas exorbitantes que possuem a característica de unilateralidade, pois o Poder Público está em situação de superioridade ao particular. As principais são:

- Alteração e rescisão unilateral do contrato;
- Aplicação de penalidades contratuais;
- Fiscalização da execução;
- Ocupação provisória de bens, serviços e pessoal.

### 3.2. Meio de Formalização

O contrato administrativo é formalizado pôr termo contratual, conforme disposto no art. 62 da Lei. Nada impede que, excepcionalmente, seja elaborado de forma diversa, que não a escrita.

### 3.3. Conteúdo

Conforme o art. 55 da Lei, as cláusulas essenciais a qualquer contrato administrativo são:

- Objeto e seus elementos característicos.
- Regime de execução ou a forma de fornecimento.



- Preço e condições de pagamento.
- Prazo inicial, execução, entrega. O prazo deve ser certo e determinado.
- O crédito pelo qual ocorrerá a despesa.
- As garantias oferecidas para assegurar a execução, quando exigidas.
- Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas.
- Os casos de rescisão.
- As condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.
- A vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou não a exigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.
- A legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos.
- A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Quanto ao limite do contrato administrativo, o art. 57 da Lei n. 8.666/93, dispõe que "a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários", com exceções expostas em seus incisos:
- Aos projetos incluídos em planos plurianuais (que ultrapassem um ano), desde que previsto no ato convocatório.
- À execução de serviço de natureza contínua, cuja prorrogação limita-se a 60 meses. Tal prazo pode ser prorrogado, ainda, por mais 12 meses em caso de necessidade e mediante autorização - § 4.º do artigo em análise. Exemplo: serviço de segurança, limpeza, coleta de lixo.
- Para aluguel de equipamento de informática, em que o prazo pode estender-se em até 48 meses. O art. 57, § 3.º, veda contrato com prazo de vigência indeterminado.

### 3.4. Execução dos Contratos Administrativos

Dispõe o art. 66 da Lei n. 8.666/93 que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

As cláusulas são imutáveis, *pacta sunt servanda*: o pacto deve ser cumprido conforme o avençado inicialmente. Poderão ocorrer, entretanto, situações que impeçam ou retardem a normal execução do contrato - teoria da imprevisão, provinda da cláusula *rebus sic stantibus*.



## 3.5. Encargos

Conforme dispõe o art. 71 da Lei, "o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato". A Administração Pública não é solidariamente responsável por esses encargos, salvo no que concerne aos delitos previdenciários, conforme dispõe o § 2.º do art. 71.

### 3.5.1. Álea

#### a) Conceito

São os riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração Pública.

#### b) Espécies

As áleas podem aparecer de duas formas:

- *Ordinária*: quando os riscos são os normais (previsíveis), decorrentes da execução de um contrato - não geram a revisão do contrato.
- *Extraordinária*: em que os riscos e prejuízos decorrentes da execução do contrato são anormais (imprevisíveis) - geram a revisão do contrato para a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

## 3.6. Alteração

De acordo com o exposto, o contrato deve ser cumprido conforme estipulado, podendo ser alterado, no entanto, para conservação do seu equilíbrio inicial (da equação econômico-financeira, que é a relação de igualdade entre os encargos do contratado e a remuneração a que ele faz jus).

*Exemplo*: aumento da gasolina é álea extraordinária, que autoriza a alteração do contrato (porque gera o desequilíbrio), permitindo assim a aplicação da Teoria da Imprevisão.

### 3.6.1. Espécies

Conforme disposto no art. 65 da Lei n. 8.666/93, a alteração poderá ser unilateral ou bilateral, mas sempre acompanhada de justificção, em respeito ao princípio da motivação.

A alteração unilateral vem prevista no art. 65, inc. I, da Lei n. 8.666/93, sendo cláusula exorbitante, fazendo-se necessário combiná-lo com o art. 58:

- Quando houver modificação do projeto para melhor adequação técnica aos seus objetivos - não se pode mudar o objeto sob pena de burlar a licitação. A manutenção do objeto é limite para alteração do contrato administrativo.
- Quando necessária a modificação do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites previstos no § 1.º do próprio art. -

25% ou 50%.

O § 2.º do art. 65 estipula que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites impostos no parágrafo que o antecede, porém traz uma exceção: as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes podem ultrapassar os parâmetros legais.

O inc. II do artigo em estudo estabelece as hipóteses de alteração dos contratos por acordo das partes:

- Quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- Quando necessária a modificação do regime de execução;
- Quando necessária a modificação da forma de pagamento;
- Para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente.

### **3.7. Extinção**

Extinção do contrato é a cessação do vínculo entre a Administração e o contratado. Poderá ocorrer de forma normal, pelo cumprimento integral de suas cláusulas ou término do prazo de duração, ou de forma anormal, pela anulação, que decorre de alguma nulidade no contrato, ou pela rescisão.

### **3.8. Rescisão**

- *Administrativa*: promovida unilateralmente pelo Poder Público, por razões de interesse público ou por falta do contratado (art. 78 da Lei n. 8.666/93).
- *Consensual ou amigável*: levada a efeito por acordo entre as partes, desde que haja conveniência para a Administração (art. 79 da Lei n.8.666/93).
- *Rescisão judicial*: a rescisão significa que aquilo que foi estabelecido anteriormente deixa de interessar uma das partes ou ambas por algum motivo. Através de uma declaração judicial ocorrerá a anulação do acordo ou contrato, ou seja, a rescisão judicial.

## UNIDADE XV

### IMPREVISÃO

#### 1. TEORIA DA IMPREVISÃO

A Teoria da Imprevisão estabelece que eventos novos, não previstos e imprevisíveis pelas partes, que causem reflexos na execução ou no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, autorizam a sua revisão. A utilização dessa teoria restabelecerá o equilíbrio entre o encargo e a retribuição, tornando o contrato justo para as partes.

O art. 65, inc. II, "d", da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, que vigora nos contratos privados e tem a finalidade de evitar a ruína do contratado. Os contratos regidos pela lei em estudo poderão ser alterados, por acordo das partes, para restabelecer a relação pactuada inicialmente e tendo por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de ocorrência de fatos imprevisíveis - ou previsíveis com consequências incalculáveis, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe -, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

##### 1.1. Requisitos

Para a aplicação da Teoria da Imprevisão, é necessária a ocorrência de:

- Fatos supervenientes;
- Fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis.

##### 1.2. Hipóteses

Autorizam a aplicação da Teoria da Imprevisão, desde que preenchidos os requisitos anteriores:

- O caso fortuito;
- A força maior;
- O fato do príncipe;
- O fato da administração.





### **1.2.1. Caso fortuito e força maior**

Caso fortuito é o evento da natureza. Exemplo: contrato para construir uma escola; choveu além do previsível, o prazo do contrato não pode ser cumprido.

Força maior consiste no ato humano. Exemplo: o contratado se compromete a construir uma obra, mas seus funcionários entram em greve.

Tanto o caso fortuito como a força maior são hipóteses que autorizam a aplicação da Teoria da Imprevisão, pois ou criam para o contratado um desequilíbrio econômico-financeiro ou impedem a execução do contrato.

### **1.2.2. Fato do príncipe e fato da administração**

Fato do príncipe e fato da administração são os fatos produzidos pelo Poder Público que possibilitam a aplicação da Teoria da Imprevisão.

O fato do príncipe incide sobre todos os contratos, demandando alteração das cláusulas iniciais. Ocorrerá quando um fato geral, por determinações estatais, positivas ou negativas, imprevisíveis, onerar substancialmente a execução do contrato. Exemplo: o aumento de um tributo tem repercussão em todos os contratos do Poder Público com particulares nos quais incida aquele tributo.

Verifica-se o fato do príncipe quando uma determinação geral do Poder Público afeta o cumprimento do contrato de maneira substancial.

O fato da administração é a atitude, omissiva ou comissiva, adotada pelo Poder Público que incide direta e especificamente sobre um contrato individualizado. Exemplo: construção de uma escola em local habitado, sem que o Poder Público providencie a desapropriação necessária. A determinação do Poder Público, no fato da administração, não é geral - é isso que o diferencia do fato do príncipe.

### **1.2.3. Observações**

Circunstâncias, situações imprevistas e imprevisíveis são, para HELY LOPES MEIRELLES, aquelas que já existiam antes de o contrato ser celebrado, mas que as partes desconheciam, porque foram omissas em sondar as possibilidades de execução do pactuado; exemplo: o contrato visa a construção em terreno arenoso e descobre-se que esse é rochoso, fazendo-se necessária a explosão do perímetro.

Há autores que *não* consideram tal situação *imprevisível*, porque não é superveniente.



## UNIDADE XVI

### AGENTES PÚBLICOS

#### 1. CLASSIFICAÇÃO

Agente é expressão que engloba todas as pessoas lotadas na Administração.

Agentes públicos é denominação genérica que designa aqueles que servem ao Poder Público. Esses servidores subdividem-se em:

- Agentes políticos;
- Servidores públicos;
- Particulares em colaboração com o Estado.

Os servidores públicos, por sua vez, são classificados em:

- Funcionário público;
- Empregado público;
- Contratados em caráter temporário.

*Agentes políticos*, definidos por Celso Antônio Bandeira de Melo, "são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País (...), Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores".

*Funcionário público* é o servidor que titulariza um cargo. Está sob o regime estatutário. *Empregado público* é o servidor que titulariza um emprego. Está sob o regime celetista, que não é o mesmo regime celetista da iniciativa privada.

Pelo art. 37, inc. II, da Constituição Federal a investidura acontece por concurso público. A semelhança existente entre funcionário e empregado é que ambos surgem como servidores, ou seja, são agentes públicos. A nomeação ocorre após aprovação em concurso público.

*Contratados em caráter temporário* são servidores contratados por um período certo e determinado, por força de uma situação de excepcional interesse público. Não são nomeados em caráter efetivo, que tem como qualidade a definitividade - art. 37, inc. IX, da Constituição Federal.



Os *particulares em colaboração* são agentes públicos, mas não integram a Administração e não perdem a característica de particulares. Ex.: jurados, recrutados para o serviço militar, mesário de eleição.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 2.1. Acessibilidade a Cargos e Empregos

O art. 37, inc. I, da Constituição Federal dispõe que os brasileiros e estrangeiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei terão acesso aos cargos, aos empregos e às funções públicas.

Essa norma é de eficácia contida. Enquanto não há lei regulamentando, não é possível sua aplicação. A Constituição Federal permitiu o amplo acesso aos cargos, aos empregos e às funções públicas, porém, excepciona-se a relação trazida pelo § 3.º do art. 12 da Lei Máxima, que define os cargos privativos de brasileiros natos:

- Presidente da República e Vice;
- Presidente da Câmara dos Deputados;
- Presidente do Senado;
- Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- Carreira diplomática;
- Oficial das Forças Armadas.

### 2.2. Concursos Públicos e Contratações Excepcionais

O art. 37, inc. II, da Constituição Federal estabelece que para a investidura em cargo ou emprego público é necessário a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

A exigência de concurso é válida apenas para os cargos de provimento efetivo - aqueles preenchidos em caráter permanente.

Os cargos preenchidos em caráter temporário não precisam ser precedidos de concurso, pois a situação excepcional e de temporariedade, que fundamenta sua necessidade, é incompatível com a criação de um concurso público.

Para os cargos em comissão também não se exige concurso público (art. 37, inc. V), desde que as atribuições não sejam de direção, chefia e assessoramento. Esses devem ser preenchidos nas condições e nos percentuais mínimos previstos em lei.

Para as funções de confiança não se impõe o concurso público; no entanto, a mesma norma acima mencionada estabelece que tal função será exercida exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo.

## **2.2.1. Prazo de validade do concurso público**

É de dois anos, prorrogável uma vez por igual período (art. 37, III, da Constituição Federal).

Durante o prazo do concurso, o aprovado não tem direito adquirido à contratação. Há apenas uma expectativa de direito em relação a esta.

O art. 37, inc. IV, assegura ao aprovado o direito adquirido de não ser preterido por novos concursados.

## **2.2.2. Deficiente físico**

A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, privilegiou os deficientes físicos, garantindo-lhes, como incentivo, um percentual das vagas em concursos públicos.

## **2.3. Provimento de Cargos**

*Provimento*, segundo Hely Lopes Meirelles, "é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular." Pode ser:

- *Originário ou inicial*: quando o agente não possui vinculação anterior com a Administração Pública;
- *Derivado*: pressupõe a existência de um vínculo com a Administração. Subdivide-se em:
  - *Horizontal*: ocorre de um cargo para outro sem ascensão na carreira;
  - *Vertical*: o provimento se dá com ascensão na carreira.

### **2.3.1. Fases**

- Concurso
- Provimento do cargo pela nomeação
- Posse: ato que confere as prerrogativas do cargo
- Exercício: início efetivo das atribuições

O ato de investidura é um ato complexo, exigindo, segundo Hely Lopes Meirelles, a manifestação de vontade de mais de um órgão administrativo - a nomeação é feita pelo Chefe do Executivo; a posse e o exercício são dados pelo Chefe da Repartição.

## **2.4. Direito de Greve**

A Constituição Federal assegura o direito de greve, que será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (art. 37, VII), modificado pela Emenda Constitucional n.



19/98. A redação anterior do dispositivo exigia regulamentação por lei complementar.

A lei específica ainda não foi criada.

## **2.5. Direito de Sindicalização**

Garantido pela Constituição Federal no inc. VI do art. 37.

## **2.6. Sanção por Improbidade Administrativa**

Prevista no § 4.º do art. 37 da Constituição Federal, regulado pela Lei n. 8.429/92, sua imposição não afasta a propositura de eventual ação penal cabível.

As sanções previstas pela Constituição para os atos de improbidade administrativa são as seguintes:

- Suspensão dos direitos políticos;
- Perda da função pública;
- Indisponibilidade dos bens;
- Ressarcimento do erário.

## **2.7. Paridade de Vencimentos**

É a possibilidade, conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário, de criar ou não seus cargos e de fixar remuneração igual ou inferior ao estabelecido em lei para os servidores que tenham atribuições idênticas ou assemelhadas no âmbito do Executivo. É a regra trazida pelo inc. XII do art. 37 da Constituição Federal, que não se confunde com o disposto no inc. XI do mesmo artigo (que trata do texto geral para todos os servidores ativos e inativos).

## **2.8. Vedação de Equiparação e Vinculações**

A Constituição Federal, no seu art. 37, inc. XIII proíbe a equiparação - que consiste no tratamento idêntico de cargos com funções desiguais, e a vinculação de vencimentos - que atrela uma remuneração à outra, sendo que a alteração da remuneração do cargo vinculante implica, automaticamente, a alteração da remuneração do cargo vinculado.

## **2.9. Estabilidade**

É a prerrogativa atribuída ao servidor que preencher os requisitos estabelecidos na Constituição Federal, que lhe garante a permanência no serviço.

A garantia de permanência no cargo é denominada vitaliciedade.

**P.:** O servidor estabilizado, que tiver seu cargo extinto, estará fora da Administração Pública?



**R.:** Não, porque a Constituição Federal lhe garante estabilidade no serviço e não no cargo. O servidor é colocado em disponibilidade remunerada, seguindo o disposto no art. 41, § 3.º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19 - a remuneração é proporcional ao tempo de serviço. Antes da emenda, a remuneração era integral.

## **2.9.1. Requisitos para a estabilidade**

- Nomeação em caráter efetivo, precedida de concurso público.
- Término do estágio probatório (3 anos).
- Aprovação em avaliação de desempenho (art. 41, § 4.º, da Constituição Federal), decorrente do princípio da eficiência.

## **2.9.2. Hipóteses de perda do cargo do servidor estável (art. 41, § 1.º, Da Constituição Federal)**

- Por sentença judicial com trânsito em julgado.
- Por processo administrativo, assegurada a ampla defesa e o contraditório.
- Por insuficiência de desempenho - essa avaliação será periódica, nos termos de lei complementar (ainda não existente no ordenamento jurídico).
- Quando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não assegurarem o cumprimento dos limites de despesa com pessoal ativo e inativo estabelecido pela lei complementar, art. 169, *caput*, e § 4.º, da Constituição Federal. Critérios subjetivos que podem ser utilizados para justificar a escolha da dispensa de determinado servidor:
  - Maior remuneração;
  - Menor tempo de serviço;
  - Menor idade;
  - Menor número de dependentes.

A Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) criou regras severas para a contenção de gastos dentro da Administração Pública.

## **2.10. Remuneração**

A partir da Emenda Constitucional n. 19, passaram a existir dois regimes jurídicos de remuneração dentro da Administração Pública:

- *Por subsídio*: previsto no art. 39, § 4.º, da Constituição Federal, é a remuneração paga em parcela única, vedado qualquer tipo de acréscimo financeiro. Serão remunerados por subsídio os que ocupam mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários estaduais e

municipais.

- *Por vencimentos:* previsto no art. 40 da Constituição Federal, é a somatória do vencimento (salário-base) com as vantagens a que o servidor fazer jus. Perceberão vencimentos todos os servidores que não se encontrem relacionados no item anterior.

### **2.10.1. Parâmetro para ganhos dentro da administração**

O art. 37, inc. XI, parte final, da Constituição Federal dispõe que ninguém pode perceber mais do que ganham os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a título de subsídio.

O instrumento pelo qual será fixado o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 37, inc. X, da Constituição Federal, é lei ordinária específica da matéria. Essa lei, segundo o art. 48, inc. XV, da Constituição Federal, é de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF.

### **2.10.2. Revisão da remuneração**

O art. 37, inc. X, da Constituição Federal assegura a revisão geral anual da remuneração sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Para Hely Lopes Meirelles, trata-se de uma forma genérica de aumento de vencimentos, que denomina aumento impróprio - que visa à irredutibilidade real, e não nominal, da remuneração. Esse aumento não afasta a possibilidade do que o referido autor chama *aumento específico* - feito por lei, que concede aumento geral, representando elevação de vencimentos "por se fazer em índices não proporcionais ao do decréscimo do poder aquisitivo".

### **2.10.3. Redução da remuneração**

A regra geral disposta no art. 37, inc. XV, da Constituição Federal, estabelece que não é possível a redução da remuneração, com exceção do disposto nos incs. XI e XIV do mesmo artigo.

### **2.10.4. Proibição de acumulação remunerada**

Os incs. XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal vedam a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, abrangendo autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.

O objetivo dos dispositivos é evitar que uma pessoa exerça várias funções sem que possa desempenhá-las com eficiência e receba os respectivos vencimentos, integralmente, ensejando manifesto prejuízo à Administração Pública.

Admite-se, excepcionalmente, a acumulação remunerada com vistas ao melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, desde que:

- Haja compatibilidade de horários;
- Seja observado o disposto no inc. XI do artigo em exame (teto remuneratório).

A acumulação é possível nas seguintes hipóteses:

- Dois cargos de professor;
- Um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- Dois cargos privativos de médico;
- O cargo de juiz com um de professor (art. 95, par. ún., I, da Constituição Federal);
- O cargo de promotor com um de professor (art. 128, II, "d", da Constituição Federal);
- Dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde (art. 17, § 2.º, ADCT).

O rol apresentado é taxativo, pois restringe direitos, não podendo ser interpretado de forma ampliada. Nada impede, porém, a cumulação de cargos, empregos ou funções públicas, desde que o servidor seja remunerado por apenas um deles.

P.: É possível acumular vencimentos e proventos de aposentadoria?

R.: Art. 37, § 10: regra geral não, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

### **2.10.5. Acumulação para quem ocupa mandato eletivo (art. 38 da Constituição Federal)**

- Tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função.
- Investido no mandato de prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela remuneração.
- Investido no mandato de vereador, se houver compatibilidade de horários, poderá acumular os cargos com dupla remuneração. Se não houver tal compatibilidade, não poderá acumular, mas poderá optar pela remuneração.

### **2.11. Aposentadoria dos Servidores Públicos**

A matéria está disciplinada no art. 40 da Constituição Federal, sendo válida apenas para os servidores que titularizam cargo efetivo (precedido de concurso público com qualidade de definitividade).

O servidor, ocupante de cargo em comissão, por exemplo, não faz parte dessa regra. O art. 40,





§ 13, da Constituição Federal dispõe que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

A natureza jurídica do regime de aposentadoria previsto pela Constituição Federal é *contributiva*.

O valor da aposentadoria será determinado pelo tempo de contribuição.

Os proventos de aposentadorias e as pensões serão revistos sempre que houver modificação no valor da remuneração dos servidores em atividade, na mesma data e na mesma proporção (art. 40, § 8.º, da Constituição Federal).

### **2.11.1. Espécies de aposentadoria**

- Por invalidez;
- Compulsória;
- Voluntária.

O art. 40, § 4.º, da Constituição Federal autoriza a criação de novas modalidades de aposentadoria, desde que por lei complementar e nos casos de atividades exercidas em condições insalubres (são as que prejudicam a saúde ou a integridade física).

#### **a) Invalidez**

A invalidez permanente (art. 40, § 1.º, I, da Constituição Federal) deve impedir que a pessoa continue exercendo suas atribuições. Ex.: digitador, que em acidente perde o pé, não está impossibilitado de exercer a sua atividade.

A *readaptação* é o fenômeno pelo qual o servidor que ocupava um cargo na Administração passa a ocupar outro compatível com sua nova situação.

Os proventos, segundo a regra geral, são proporcionais ao tempo de contribuição. O art. 40, § 1.º, inc. I, segunda parte, da Constituição Federal estabelece exceções, dispondo que os proventos serão integrais quando a invalidez resultar de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei.

#### **b) Compulsória**

O fato gerador da aposentadoria compulsória é o alcance do limite de idade previsto na Constituição Federal - 70 anos.

A aposentadoria compulsória é um ato vinculado da Administração, que não pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade quando o servidor atingir os 70 anos. Os

proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

## c) *Voluntária*

O art. 40, § 1.º, inc. III, dispõe ser pré-requisito da aposentadoria voluntária o cumprimento do tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público, sendo 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

### **2.11.2. Aposentadoria com proventos integrais**

É necessária a ocorrência de fato gerador duplo - idade mais tempo de contribuição.

- *Para homens:* 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 60 anos de idade e 35 anos de contribuição.
- *Para mulheres:* 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 55 anos de idade e 30 anos de contribuição.

### **2.11.3. Aposentadoria dos professores - Aposentadoria especial (art. 40, § 5. Da Constituição Federal)**

- *Para homens:* 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 55 anos de idade e 30 de contribuição.
- *Para mulheres:* 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 50 anos de idade e 25 de contribuição.

Cabe observar que os professores universitários estão excluídos dessa aposentadoria especial.

### **2.11.4. Aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, III, "b", da Constituição Federal)**

- *Para homens:* 65 anos de idade.
- *Para mulheres:* 60 anos de idade.

### **2.11.5. Regras transitórias**

Quando foi estabelecida a EC n. 20, os servidores que já tinham condições de se aposentar, e que não aposentaram por qualquer razão, poderão fazê-lo perante as regras anteriores, pois trata-se de direito adquirido.

Os servidores que já estavam na Administração, mas que ainda não preenchiam as condições para se aposentar, estão sujeitos às regras de transição para percepção de proventos integrais:

- *Para homens:* 53 anos de idade, com 35 anos de contribuição, sendo 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar, mais 20% de pedágio.
- *Para mulheres:* 48 anos de idade, mais 30 de contribuição, sendo 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar, mais 20% de pedágio.
- Para percepção de proventos proporcionais, os requisitos são:
- *Para homens:* 53 anos de idade, mais 30 de contribuição, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar e 40% de pedágio.
- *Para mulheres:* 48 anos de idade, mais 25 de contribuição, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar e 40% de pedágio.

*Pedágio:* consiste no exercício da atividade por 20% ou 40% a mais do tempo que faltava para aposentadoria pelo regime anterior. Ex.: faltavam 10 anos para aposentar-se; assim terá de trabalhar 2 ou 4 anos a mais. Para os que ingressarem na Administração após a emenda, a aposentadoria será regida pelas novas regras da Constituição.

### **3. REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO**

O regime jurídico dos servidores públicos civis é disciplinado pela Lei n. 8.112/90. A seguir, analisaremos alguns pontos relevantes.

#### **3.1. Penalidades**

As penas estão previstas no art. 127 da Lei. A relação é exaustiva, somente podendo ser ampliado por outra lei, nunca pelo administrador:

- Advertência;
- Suspensão;
- Demissão;
- Cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- Destituição de cargos em comissão;
- Destituição de função comissionada.

A aplicação da pena deve vir acompanhada das razões que a originaram. Trata-se da motivação que consiste em mencionar o dispositivo legal e relacionar os fatos que

concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo de lei (art. 140).

A pena deve ser proporcional à infração. O art. 128 do Estatuto do Servidor traz os elementos que o administrador deve levar em consideração quando da aplicação da pena:

- Natureza da infração cometida;
- Sua gravidade;
- Prejuízos que gerou;
- Atenuantes e agravantes do caso concreto;
- Antecedentes funcionais.

## **3.2. Meios de Apuração das Infrações**

### **3.2.1. Princípios**

Nenhuma pena poderá ser aplicada senão por sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

O art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal garante o contraditório e a ampla defesa em processo judicial ou administrativo, não mencionando a sindicância, mas a esta se estende porque dela pode resultar a aplicação de uma pena.

Não bastasse esse fundamento, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 143, assegura ao acusado a ampla defesa.

### **3.2.2. Formas de apuração das práticas infracionais**

#### **a) Sindicância**

Meio sumário de apuração de infrações que possam ser apenadas somente com advertência ou suspensão por até 30 dias (art. 145, inc. II). Da sindicância podem resultar três situações:

- Arquivamento do processo por não ter sido apurada nenhuma irregularidade ao término da sindicância;
- Aplicação da advertência ou suspensão de até 30 dias;
- Instauração de processo administrativo disciplinar, caso seja apurado mais do que se imaginava.

O prazo de duração de uma sindicância é de 30 dias, prorrogável uma vez por igual período.

#### **b) Processo disciplinar**

É o meio para apurar-se qualquer tipo de infração cometida pelo servidor no exercício



das suas atribuições, inclusive as infrações que poderiam ser objeto de sindicância (art. 146).

O prazo de duração do processo disciplinar é de 60 dias, prorrogável se necessário (art. 152).

As provas do processo de sindicância poderão ser aproveitadas no processo disciplinar.

Pode-se produzir novas provas dentro do processo administrativo disciplinar, desde que sejam pertinentes.

### Fases do processo disciplinar:

#### **Fase - Abertura ou instauração: dá-se por portaria que deve conter:**

- Os fundamentos, as razões que deram ensejo à sua abertura;
- Os servidores estáveis que irão compor a comissão processante (art. 149).

#### **Fase - Inquérito administrativo: é a fase de instrução.**

Se o processo disciplinar foi antecedido de sindicância podem ser aproveitadas as provas já produzidas. Serão produzidas novas provas se necessário e será apresentada defesa.

#### **Fase - Julgamento.**

Não é feito pela comissão julgadora, que apenas dirige o processo (art. 167). Proferirá a decisão final uma das pessoas relacionadas no art. 141, dependendo da natureza da infração cometida. Para a aplicação da pena devem ser levadas em conta as regras do art. 128.

O julgamento deve ser fundamentado. A motivação envolve a menção do dispositivo legal e os fatos que levaram à sua aplicação.

### **3.2.3. Pedido de revisão**

A lei permite o pedido de revisão, disciplinado nos arts. 174 e ss.

Não há prazo para se ingressar com o pedido, podendo ser feito a qualquer tempo.

Hipóteses que viabilizam o pedido de revisão:

- Fato novo que influencie sobre a decisão anterior (não existente ou não conhecido);
- Inadequação da penalidade aplicada.

Pode-se solicitar a produção de novas provas, de forma a demonstrar o equívoco da decisão anterior.

O pedido pode ser proposto pelo servidor ou sua família.



**P.:** É possível o agravamento da decisão anterior?

**R.:** Não, pois o art. 182, parágrafo único, proíbe.

### **3.3. Vantagens**

Os servidores que recebem subsídios são os que constam do art. 39, § 4.º, da Constituição Federal, quais sejam:

- Membros de poder;
- Detentores de mandato eletivo;
- Ministros de Estado;
- Secretários estaduais;
- Secretários municipais.

Os demais são remunerados por vencimentos.

A Lei n. 8.112/90 define, nos arts. 40 e 41, vencimento e remuneração. Essa definição envolve o vencimento mais as vantagens

Pecuniárias conferidas ao servidor por força de lei. O vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício do cargo, em valor fixado em lei.

Vantagens são acréscimos financeiros ao vencimento do servidor, estabelecidos por lei a título precário ou permanente.

O art. 48 proíbe a não-incidência de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial sobre o vencimento, a remuneração e o provento (remuneração dos aposentados).

**P.:** A remuneração pode ser objeto de redução?

**R.:** Art. 37, XV, da Constituição Federal: subsídio e vencimentos são irredutíveis. O art. 41, § 3.º, da Lei n. 8.112/90 dispõe que o vencimento acrescido das vantagens de caráter permanente é irredutível.

**P.:** Pode-se efetivar descontos nos vencimentos do servidor?

**R.:** Regra geral não. A exceção vem descrita no art. 46 da Lei para reposições e indenizações ao erário.

#### **3.3.1. Espécies de vantagens (art. 49 da Lei n. 8.112/90)**

##### **a) Indenizações**

Trata-se de ressarcimento de despesas, não representando acréscimo porque o servidor recebe o que gastou, retornando ao *status quo*.

Fatos geradores de indenizações:



- *Ajuda de custo (art. 53)*: é a indenização que o servidor recebe como compensação pelos gastos que efetuou ou para exercer atividade em outro local, no interesse da Administração, porque se o servidor pedir para mudar de sede, arcará com os custos;
- *Diária*: cabe quando o servidor se desloca temporariamente para exercer suas atividades, mas mantém a sua sede;
- *Transporte (art. 60)*: compensação da despesa com transporte próprio para o exercício de atividades externas.

## **b) Gratificações**

Vantagens de natureza financeira que o servidor percebe em razão do exercício de uma atividade comum em condições especiais. Exemplos. Risco de vida, serviços extraordinários e serviços realizados fora da sede.

## **c) Adicional**

Vantagem de natureza financeira que o servidor percebe pelo exercício de funções especiais em condições comuns.

Exemplos:

- Ter nível universitário;
- Regime de tempo integral, em que o servidor fica o tempo todo à disposição da Administração, impossibilitando o exercício de outra atividade (magistrado, promotor etc.);
- Regime de dedicação exclusiva - o servidor pode exercer outra atividade, mas não aquela declarada exclusiva (pesquisa).

*Obs.:* o adicional por tempo de serviço está revogado.

## **d) Licenças (art. 81)**

Vantagem de natureza não-pecuniária prevista em lei, pela qual a Administração autoriza o afastamento do servidor das suas atividades, sem qualquer tipo de penalização.

- Para tratar de doença em pessoa da família: O fato gerador vem previsto no art. 83, em que o servidor deve demonstrar que seu auxílio é imprescindível e que não consegue acumular com o exercício de suas atividades. Não haverá prejuízo da remuneração por até 30 dias, período prorrogável por mais 30. Excedendo, não haverá remuneração por até 90 dias (art. 83, § 2.º).
- Por motivo de afastamento do cônjuge: Previsto no art. 84, quando o servidor precisar



acompanhar o cônjuge deslocado para outro ponto do território nacional ou exterior, ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Legislativo e Executivo.

A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração para:

- O serviço militar (disposto no art. 85 da Lei);
- Exercer atividades políticas.

Haverá prejuízo da remuneração durante o período que mediar a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e durante a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

A partir do registro da candidatura até o 10.º dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, sem prejuízo da remuneração pelo período de 3 meses (art. 86, *caput*, e § 2.º). Se o mandato eletivo não for incompatível, o servidor poderá cumulá-lo (art. 38 da Constituição Federal).

- Licença-prêmio por assiduidade: O art. 87 trata da licença para capacitação do servidor. A critério da Administração, o servidor poderá se afastar, sem prejuízo da remuneração, somente para fazer cursos de aperfeiçoamento (decorrência do princípio da efetividade).
- Licença para tratar de assuntos particulares: O servidor não pode estar em estágio probatório. Possui prazo máximo de 3 anos e a remuneração fica prejudicada.
- Licença para o exercício de mandato classista: Haverá prejuízo da remuneração e durará o tempo do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, por uma única vez.

### 3.4. Vacância dos Cargos Públicos

O art. 33 da Lei n. 8.112/90 dispõe sobre as hipóteses de vacância do cargo público, que pode ocorrer pela saída do servidor da Administração:

- Demissão (sanção);
- Exoneração.

O cargo pode vagar também pela saída do servidor de um cargo para outro:

- Promoção: provimento derivado vertical;
- Readaptação (art. 24): provimento derivado horizontal;
- Aposentadoria;
- Posse em outro cargo inacumulável;
- Falecimento.



### 1. SERVIÇOS PÚBLICOS

#### 1.1. Definição

Serviços públicos são aqueles serviços prestados pela Administração, ou por quem lhe faça às vezes, mediante regras previamente estipuladas por ela para a preservação do interesse público.

A titularidade da prestação de um serviço público sempre será da Administração Pública, somente podendo ser transferido a um particular a execução do serviço público. As regras serão sempre fixadas unilateralmente pela Administração, independentemente de quem esteja executando o serviço público. Qualquer contrato administrativo aos olhos do particular é contrato de adesão.

#### 1.2. Critérios

Para distinguir quais serviços são públicos e quais não, deve-se utilizar as regras de competência dispostas na Constituição Federal (p. ex., arts. 21 e 196). Quando não houver definição constitucional a respeito, deve-se observar as regras que incidem sobre aqueles serviços, bem como o regime jurídico ao qual a atividade se submete. Sendo regras de direito público, será serviço público; sendo regras de direito privado, será serviço privado.

#### 1.3. Princípio da Continuidade da Prestação do Serviço Público

Em se tratando de serviço público, o princípio mais importante é o da continuidade de sua prestação.

Num contrato administrativo, quando o particular descumpra suas obrigações, há rescisão contratual. Se é a Administração, entretanto, que descumpra suas obrigações, o particular não pode rescindir o contrato, tendo em vista o princípio da continuidade da prestação.

Essa é a chamada "cláusula exorbitante", que visa dar à Administração Pública uma prerrogativa que não existe para o particular, colocando-a em uma posição superior em razão da supremacia do interesse público.

#### 1.4. Formas de Prestação

A prestação pode ser centralizada quando a própria Administração Pública executa os



serviços, ou descentralizada quando a Administração Pública passa a execução para terceiros. Esses terceiros podem estar dentro ou fora da Administração Direta.

## **1.5. Art. 175 da Constituição Federal**

O referido artigo dispõe que a prestação dos serviços públicos é de titularidade da Administração Pública, podendo ser centralizada ou descentralizada. Sempre que a prestação do serviço público for descentralizada, por meio de concessão ou permissão, deverá ser precedida de licitação. As duas figuras, concessão ou permissão, surgem como instrumentos que viabilizam a descentralização dos serviços públicos, atribuindo-os para terceiros, são reguladas pela Lei n. 8.987/95.

## **1.6. Perfil da Lei n. 8.987/95**

### **1.6.1. Legislação aplicável (art. 1. °)**

Além da Lei n. 8.987/95 e do art. 175 da Constituição Federal, existem outras leis aplicáveis às concessões e permissões, como, por exemplo, a Lei n. 8.666/93, o Código de Defesa do Consumidor etc.

### **1.6.2. Alcance (art. 1. °, par. ún.)**

A Lei n. 8.987/95 estabelece normas gerais, podendo os Estados e Municípios editar normas específicas sem contrariar aquelas.

### **1.6.3. Definições (art. 2. °)**

- *Concessão de Serviço Público:* é a delegação da prestação do serviço público feita pelo poder concedente, mediante licitação na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade de desempenho por sua conta e risco, com prazo determinado. Essa capacidade de desempenho é averiguada na fase de habilitação da licitação. Qualquer prejuízo causado a terceiros, no caso de concessão, será de responsabilidade do concessionário - que responde de forma objetiva (art. 37, § 6. °, da CF) tendo em vista a atividade estatal desenvolvida, respondendo a Administração Direta subsidiariamente.
- *Permissão de Serviço Público:* é a delegação a título precário, mediante licitação feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstrem capacidade de desempenho por sua conta e risco.

A Lei n. 8.987/95 é contraditória quando se refere à natureza jurídica da permissão:



menciona que é "precária", mas que será precedida de "licitação", o que pressupõe um contrato e um contrato não pode ser precário. Em razão disso, diverge a doutrina. Para Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella de Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, concessão é uma espécie de contrato administrativo destinado a transferir a execução de um serviço público para terceiros; permissão é ato administrativo unilateral e precário.

Nada obstante, a Constituição Federal iguala os institutos quando a eles se refere (art. 223, §§ 4.º e 5.º).

#### **1.6.4. Fiscalização (art. 3.º)**

Quem fiscaliza os serviços é a Administração Pública e os beneficiários dos serviços, art. 7.º, inc. IV, da Lei n. 8.987/95.

#### **1.6.5. Serviço adequado (art. 6.º § 1.º)**

O serviço deve ser regular, contínuo, eficaz, seguro, módico, atual e cortês. O princípio básico é o da continuidade dos serviços públicos; entretanto, a prestação poderá ser interrompida em duas hipóteses (art. 6.º, § 3.º):

- Em situação de emergência;
- Com aviso prévio, por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e em caso de inadimplemento do usuário.

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Tem-se, então, um conflito entre a Lei n. 8.987/95 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Se fossem seguidas as regras de interpretação, a Lei n. 8.987/95 prevaleceria sobre o Código de Defesa do Consumidor por ser posterior e especial.

Os Tribunais, entretanto, entendem que se o serviço é essencial, a prestação deve ser contínua, prevalecendo, então, o disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, os serviços essenciais não podem ser interrompidos por inadimplemento.

#### **1.6.6. Direitos e obrigações do usuário (art. 7.º)**

O art. 7.º estabelece um rol de seis situações que tratam dos direitos e obrigações do usuário sem prejuízo dos previstos no Código de Defesa do Consumidor. É um rol exemplificativo, merecendo destaque:

- inc. I: o usuário tem o direito de receber o serviço adequado (art. 6.º);



- inc. II: os usuários têm o direito de receber informações (do Poder Público e do concessionário) acerca da prestação dos serviços. O mecanismo para o pedido de informações é o mandado de segurança.

### **1.6.7. Política tarifária (arts. 9.º e ss.)**

- *Natureza jurídica*: trata-se de tarifa, considerada preço público, e não incide sobre ela os princípios constitucionais tributários.
- *Valor inicial*: o art. 9.º traz um critério objetivo; o valor inicial da tarifa deve ser o preço da proposta vencedora da licitação.
- *Revisão*: via de regra, a revisão acontecerá quando surgirem fatos imprevisíveis e supervenientes à celebração do contrato. Possui a finalidade de manter seu equilíbrio econômico e financeiro.
- *Fontes alternativas*: o art. 11 prevê fontes alternativas de arrecadação para o concessionário com a finalidade de favorecer a modicidade das tarifas. Para que o concessionário possa lançar mão dessas fontes, deve haver previsão expressa no edital (p.ex., exploração de publicidade, construção de empreendimentos ao longo de estradas etc.).

### LICITAÇÃO

#### 1. LICITAÇÃO

Dispõe o art. 14, da Lei n. 8.987/95, que toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação.

O art. 18 estabelece que o edital seja elaborado pelo poder concedente, observada, no que couber, a Lei de Licitações.

#### 2. CONTRATOS

O art. 55 da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre as cláusulas necessárias aos contratos administrativos; em paralelo, o art. 23 da Lei n. 8.987/95, traça as cláusulas específicas dos contratos de concessão; as mais importantes são:

- Inc. I: diz respeito ao objeto, à área e ao prazo da concessão. Os contratos de concessão têm prazo certo e determinado, comumente maior do que o prazo para os contratos em geral -dependendo do volume de investimento que será feito no momento do ajuste.
- Inc. III: critérios definidores da qualidade do serviço. O art. 6.º desta lei define quais são as características de um serviço público adequado.
- Inc. IV: reajuste e revisões das tarifas.
- Inc. V: direitos e obrigações das partes. Na qualidade de titular do serviço, o poder concedente fiscaliza, impõe penalidades, homologa reajustes, pode intervir no serviço e extinguir unilateralmente o contrato (art. 29 da Lei n. 8.987/95). O concessionário tem seus direitos e obrigações previsto no art. 31 da mesma lei.
- Inc. IX: hipóteses de extinção, dispostas no art. 35 da lei em análise.

#### 3. RESPONSABILIDADE

A responsabilidade pelos prejuízos causados durante a vigência do contrato será da concessionária ou permissionária; o art. 25, da Lei n. 8.987/95 dispõe que a responsabilidade é objetiva.

Se o dano for resultado da má-fiscalização do poder concedente, a responsabilidade será da concessionária ou permissionária, porque a omissão da concedente não exclui a responsabilidade daquela.



## 4. SUBCONCESSÃO

É o instrumento pelo qual o concessionário, durante a execução do contrato, repassa parte de seu objeto para terceiros. A subconcessão está prevista no art. 26 da Lei n. 8.987/95. Para a transferência de parte do objeto do contrato de concessão para terceiros, deve-se observar os seguintes requisitos:

- Previsão no contrato;
- Autorização do poder concedente;
- Licitação na modalidade concorrência pública.

Sendo espécie de contrato administrativo, a subconcessão deve seguir as regras da contratação com o Poder Público. O subconcessionário mantém vínculo com o poder concedente.

## 5. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS

Durante a execução de um contrato de concessão, o concessionário poderá celebrar contratos com terceiros, segundo dispõe os §§ do art. 25, da Lei n. 8.987/95, desde que não envolvam o objeto da concessão. O contrato com terceiros tem natureza de contrato privado (regido pelo Direito privado), estabelecendo vínculos somente entre o concessionário e o terceiro, não tendo esse qualquer vínculo com o poder concedente.

## 6. INTERVENÇÃO

A intervenção está autorizada no art. 32, da Lei n. 8.987/95. É a possibilidade de o Poder Público interferir no contrato administrativo - decorre do poder de fiscalização que possui sobre o ajuste. O objetivo é verificar se há qualquer tipo de irregularidade na execução dos contratos.

Ao final da intervenção, se o Poder Público nada apurar, o serviço é retomado pelo concessionário que faz jus a uma indenização pelos prejuízos que sofrer. Se a suspeita de irregularidade se confirmar, a intervenção pode levar à extinção do contrato.

O instrumento da intervenção é o decreto. O prazo para apuração das irregularidades é de 180 dias.

A intervenção não é forma de extinção do contrato de concessão, é apenas um instrumento que viabiliza sua extinção.

## 7. FORMAS DE EXTINÇÃO

### 7.1. Aspectos Gerais

O art. 35, da Lei n. 8.987/95, elenca as formas de extinção dos contratos (rol exaustivo). As consequências encontram-se nos §§ 1.º e 2.º:

- Assunção do serviço pelo poder concedente: o serviço que estava sendo executado pelo concessionário, e cuja titularidade pertence ao Poder Público, volta para esse (o serviço é retomado).
- Reversão dos bens ligados à prestação do serviço: os bens que estavam sendo utilizados pelo concessionário para prestação do serviço público voltam ao patrimônio público.

### 7.2. Espécies de Extinção

- a) *Termo*: é forma de extinção dos contratos de concessão em decorrência do término do prazo inicialmente previsto. É a única forma de "extinção natural".
- b) *Encampação*: é forma de extinção dos contratos de concessão durante a sua vigência por razões de interesse público. Tendo em vista que o concessionário não deu causa à extinção do contrato, terá direito ao pagamento prévio de uma indenização. É necessária a edição de lei específica que autorize a extinção do contrato por encampação. O Poder Judiciário pode fazer o controle de legalidade desse ato.
- c) *Caducidade*: é forma de extinção do contrato de concessão durante a sua vigência por força do descumprimento das obrigações pelo concessionário. As hipóteses que dão ensejo à aplicação da caducidade estão dispostas no art. 38, § 1.º da Lei n. 8.987/95. Quando o concessionário descumpra suas obrigações, o poder concedente pode decretar a caducidade ou aplicar penalidades mais brandas, mantendo o contrato até o final. Antes de decretar a caducidade do ajuste, o Poder Público deverá comunicar ao concessionário a irregularidade, e se essa não for sanada instaura-se processo administrativo, assegurando-se a ampla defesa. Não sendo sanada a irregularidade, declara-se a caducidade por decreto, independente de prévia indenização e edição de lei específica. O § 5.º do artigo em comento prevê indenização posterior, descontados os valores das multas contratuais e os danos causados pela concessionária.
- d) *Rescisão*: é forma de extinção do contrato de concessão durante a sua vigência pelo descumprimento, ou inexecução do contrato, das obrigações pelo poder concedente. Nesse caso a iniciativa será da concessionária mediante ação judicial. Entretanto, enquanto não sobrevier sentença com trânsito em julgado, a concessionária deve manter a execução dos serviços.
- e) *Anulação*: é a forma de extinção dos contratos de concessão durante a sua vigência por



razões de nulidades. Seus efeitos são *ex tunc* (retroagem a sua origem). Incidem as Súmulas n. 346 e n. 473, ambas do STF.

- f) *Falência*: é a forma de extinção dos contratos de concessão durante a sua vigência, em vista da falta de condições financeiras do concessionário para continuar cumprindo o contrato.

## 8. AUTORIZAÇÃO

É um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere por delegação a execução de um serviço público para terceiros. O ato é precário porque não tem prazo certo e determinado, possibilitando o seu desfazimento a qualquer momento.

O que diferencia, basicamente, a autorização da permissão é o grau de precariedade. A autorização de serviço público tem precariedade acentuada e não está disciplinada na Lei n. 8.987/95. É aplicada para execução de serviço público emergencial ou transitório (p.ex: serviço de táxi; serviços de despachantes; serviço de guarda particular em estabelecimentos; serviços de pavimentação de ruas pela própria população etc.).

## 9. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

A execução de um serviço público pode ser centralizada, feita pelo Poder Público, ou descentralizada, transferida para terceiros, por:

- *Concessão*: é a delegação da execução de um serviço por contrato, com prazo certo e determinado. Não é precária.
- *Permissão*: é a delegação da execução do serviço público por ato discricionário e precário. Há, entretanto, divergência com relação a sua natureza. Alguns autores defendem que a permissão ocorre por contrato e não é precária - igualando-se à concessão.
- *Autorização*: ato administrativo de precariedade acentuada.

### 9.1. Permissão Imprópria ou Qualificada

É aquela que tem prazo certo e determinado, feita por contrato e sem caráter de precariedade - contestada pelos doutrinadores que não admitem a permissão de serviço público como contrato.



### BENS PÚBLICOS

#### 1. CONCEITO

Bens públicos são todos aqueles pertencentes ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, sejam móveis, imóveis ou semoventes (art. 65 do CC).

#### 2. CLASSIFICAÇÃO

##### 2.1. Quanto à Destinação

- a) *Bens de uso comum*: são os destinados ao uso da coletividade como um todo. Geralmente são de utilização gratuita, como, por exemplo, ruas, praças, parques, estradas, mares; a exceção à gratuidade é o pedágio cobrado nas estradas.
- b) *Bens de uso especial*: são aqueles destinados a atividades especiais relacionadas a um serviço ou a estabelecimentos públicos, como teatros, escolas, museus, quartéis, prédios de academia de polícia, aeroportos, cemitérios, entre outros.
- c) *Bens dominiais ou dominicais*: não possuem destinação específica, como por exemplo, as terras devolutas (áreas pertencentes ao Poder Público não destinadas a fins administrativos específicos). Os bens de uso comum e os de uso especial formam o conjunto de bens do domínio público, submetendo-se ao regime jurídico de direito público. Os bens dominicais compõem o chamado patrimônio disponível do Estado - este exerce os direitos de proprietário, o que não acontece com as categorias anteriores. Submetem-se ao regime jurídico de direito público, mas não em sua totalidade.

#### 3. REGIME JURÍDICO

##### 3.1. Inalienabilidade

Em regra, os bens públicos não podem ser alienados, pois são bens fora do comércio. A alienação se verifica quando surge o interesse público. Requisitos:

- Interesse público caracterizado;
- Desafetação (uso comum e especial);
- Avaliação prévia;
- Licitação (concorrência ou leilão, art. 17 da Lei n. 8.666/93);
- Imóvel (autorização legislativa).



*Afetar* é atribuir a um bem público uma finalidade específica. *Desafetar* é retirar do bem a finalidade que possuía.

Precisam ser desafetados os bens de uso comum e os especiais, os dominiais não precisam.

A avaliação prévia do bem é necessária para evitar que o bem público seja alienado a preço fora de mercado. A Lei n. 4.767/65 (que rege a Ação Popular) relaciona hipóteses de lesão a bens públicos, e o baixo valor da alienação é um deles.

**P.:** É possível a privatização de bens públicos?

**R.:** Sim, os instrumentos que transferem o uso de um bem público (não o bem em si), serão vistos no tópico 1.5.

### 3.2. Impenhorabilidade

Os bens públicos não podem ser dados em garantia para o cumprimento das obrigações contraídas pelo Poder Público.

Os débitos deverão ser saldados na forma do art. 100 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 30/2000. As modificações efetuadas foram:

- Acrescentou o § 5.º ao art. 100 o responsável pela quebra da ordem cronológica de pagamento dos precatórios incorre em crime de responsabilidade;
- Inseriu o art. 78 às Disposições Transitórias, dispondo que o pagamento dos precatórios deve ocorrer em até 10 anos, ressalvados os créditos alimentares e de pequeno valor.
- Créditos alimentares e de pequeno valor ficam fora da relação geral, formando uma lista à parte. Os créditos serão fixados pelas pessoas políticas respectivas.

Precatório é o título emitido a partir do trânsito em julgado de uma sentença que legitima os credores da Administração Pública. Devem ser apresentados até 1.º de julho de cada ano para que entrem no orçamento do ano seguinte. O não-pagamento dos títulos enseja crime de responsabilidade, em face do Governador e do Prefeito, e intervenção federal.

### 3.3. Imprescritibilidade

Imprescritibilidade é a impossibilidade de os bens públicos serem adquiridos por usucapião - Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal, consolidada pelos arts. 183, § 3.º, e 191, par. um. Da Constituição Federal.

## 4. USO DOS BENS PÚBLICOS

Quem pode estabelecer regras quanto ao uso de bens públicos é o seu titular.



## 5. OBRIGAÇÕES DOS TITULARES

A principal obrigação dos titulares é a de conservar o bem, segundo os arts. 23, inc. I, e 144, § 8.º, ambos da Constituição Federal.

## 6. INSTRUMENTOS PARA A TRANSFERÊNCIA DO USO

Para a transferência de uso de bens podem ser usados os seguintes instrumentos:

- *Autorização de uso*: é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração, no interesse do particular, transfere o uso do bem público para terceiros por prazo de curtíssima duração, com dispensa de licitação. Exemplos: transporte de carga inflamável pelas ruas do município, fechamento de rua para comemorações.
- *Permissão de uso*: é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração, no interesse da coletividade, transfere o uso de um bem público para terceiros, mediante licitação (quando houver mais de um interessado). Não há prazo certo e determinado. São exemplos de permissão de uso: instalação de bancas de jornal, colocação de mesas e cadeiras em calçadas, instalação de boxes em mercados municipais, barracas em feiras livres. A doutrina admite a possibilidade de permissão de uso qualificada - aquela que, possuindo prazo certo e determinado, retira o caráter de precariedade.
- *Concessão de uso*: é um contrato administrativo pelo qual se transfere o uso de um bem público para terceiros, para uma finalidade específica, mediante condições previamente estabelecidas. O contrato possui prazo certo e determinado e a precariedade desaparece. Exemplos: instalação de restaurante em aeroporto, lanchonete em parques. Trata-se de um ato bilateral; se a Administração rescindir o contrato antes do término, caberá a ela indenizar.
- *Concessão de direito real de uso* (variante da concessão de uso): incide sobre bens públicos não-edificados, para urbanização, edificação, industrialização.
- *Cessão de uso*: é um contrato administrativo, em que o uso de um bem público é transferido de um órgão para outro, dentro da própria Administração. É ato não precário porque possui prazo certo e determinado. Para que a cessão de uso seja efetuada exige-se autorização legislativa.

## 7. FORMAS DE AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS

As formas de aquisição de bens públicos são:



- Desapropriação;
- Confisco;
- Doação;
- Dação;
- Compra (precedida de licitação).

## **8. BENS DA UNIÃO (ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)**

Segundo o art. 20 da Constituição Federal são os seguintes os bens da União:

- *Mar territorial*: é a faixa de 12 milhas contadas do litoral onde o Estado exerce poderes de soberania (inc. VI);
- *Zona contígua*: é a faixa entre 12 e 24 milhas onde o Estado exerce fiscalização;
- *Zona exclusiva*: é a faixa de 200 milhas onde o Estado exerce direito exclusivo de exploração dos recursos naturais;
- *Plataforma continental*: é o prolongamento natural das terras continentais por debaixo da água;
- *Riquezas do subsolo*: compõem o patrimônio da União (incs. IX e X);
- *Terras ocupadas pelos índios* (inc. XI; o art. 231, § 2.º, permite o direito de usufruto exclusivo).

## **9. BENS DO PATRIMÔNIO NACIONAL (ART. 225, § 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)**

Os bens do Patrimônio Nacional (art. 225, § 4.º, da CF) são:

- Floresta Amazônica;
- Serra do Mar;
- Pantanal;
- Zona Costeira;
- Mata Atlântica.

### 1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

#### 1.1. Definição

A responsabilidade do Estado se traduz numa obrigação, atribuída ao Poder Público, de compor os danos patrimoniais causados a terceiros por seus agentes públicos tanto no exercício das suas atribuições quanto agindo nessa qualidade.

Para o ressarcimento do prejuízo é necessário que esse seja certo, especial e anormal.

**P.:** Qual a extensão da expressão *agentes públicos*?

**R.:** A expressão engloba:

- *Agentes políticos*: parlamentares;
  - Servidores públicos: *funcionários públicos, empregados públicos e contratados em caráter temporário. Assim:*
    - Funcionário público é o servidor que titulariza um cargo (está sob o regime estatutário);
    - Empregado público é o servidor que titulariza um emprego (regime celetista; não é o mesmo da iniciativa privada);
    - Contratados em caráter temporário são aqueles cuja contratação é baseada no art. 37, inc. IX, da Constituição Federal (para atender necessidade temporária de excepcional interesse público).
- Tanto o funcionário como o servidor público são servidores nomeados em caráter efetivo, por meio de concurso público.
- *Particulares em colaboração com o Estado*: são aqueles que, embora não titularizem cargo ou emprego, prestam uma colaboração ao Estado, em caráter episódico (p. ex.: pessoas convocadas para integrar Júri, mesário em eleições etc.).

O Estado pode ser responsabilizado pelos danos causados por ação ou omissão dos agentes públicos, quando esses atuarem no exercício de suas atribuições.

#### 1.2. Evolução Histórica

##### a) *Irresponsabilidade do Estado*

Nessa fase, o Estado não respondia por qualquer prejuízo causado a terceiros. Seu apogeu ocorreu no período do Absolutismo Europeu.

O Estado jamais poderia ser acionado para compor os danos sofridos por terceiros. Prevalcia a máxima *The King can do no wrong* (O rei nunca erra).



## **b) Responsabilidade subjetiva ou com culpa (Teoria Civilista)**

O Estado passa a responder mediante a comprovação de culpa que poderia recair sobre o agente ou sobre o serviço. A culpa recaía sobre o agente quando era possível sua identificação; caso contrário, incidia sobre o serviço. Nessa hipótese ocorria a chamada culpa anônima. A culpa pela prestação do serviço era identificada pela expressão *faute du service*, traduzida como culpa ou falta do serviço. Verificava-se, quando o serviço:

- Não funcionava;
- Funcionava mal;
- Funcionava atrasado.

Desta forma, por exemplo, num incêndio:

- Se o corpo de bombeiros não aparecesse;
- Se, presente, não dominasse o fogo;
- Se chegasse depois que o fogo estivesse controlado.

## **c) Responsabilidade objetiva (Teoria Publicista)**

O Estado responde pelos danos causados com base no conceito de nexo de causalidade - na relação de causa e efeito existente entre o fato ocorrido e as consequências dele resultantes. Não se cogita a necessidade de aquele que sofreu o prejuízo comprovar a culpa ou o dolo, bastando apenas a demonstração do nexo de causalidade. A responsabilidade objetiva possui duas variantes:

- *Responsabilidade objetiva com base no risco integral*: o Estado é obrigado a indenizar qualquer prejuízo sofrido por terceiros, ainda que não tenha dado causa a ele. Pela teoria do risco integral, o Estado não pode invocar em sua defesa as chamadas excludentes de responsabilidade.
- *Responsabilidade objetiva com base no risco administrativo*: o Estado só responde pelos prejuízos, causados a terceiros, que tenha provocado. É permitido ao Estado invocar em sua defesa as excludentes de responsabilidade.

## **1.3. Histórico no Brasil**

### **a) Constituição de 1937**

"Art. 158: Os funcionários públicos são responsáveis, solidariamente, com a Fazenda Nacional, Estados e Municípios, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos."

Não havia necessidade de ação de regresso, uma vez que o funcionário público



respondia solidariamente - poderia ser acionado conjuntamente com a Fazenda. Existia a chamada *responsabilidade subjetiva solidária*.

## **b) Constituição de 1946**

*"Art. 194: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, agindo nesta qualidade, causarem a terceiro.*

*Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".*

O funcionário somente respondia se fosse comprovada a sua culpa em ação regressiva, desaparecendo a solidariedade.

## **c) Constituição de 1967 e 1969**

*"Art. 105: As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários nesta qualidade causarem a terceiros.*

*Parágrafo único. Caberá ação de regresso contra o funcionário que agiu com culpa ou dolo".*

Acrescenta a possibilidade de ação regressiva no caso de dolo do agente.

## **d) Perfil atual - art. 37, § 6.º, da Constituição Federal**

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

Pessoas jurídicas de direito público são aquelas que integram a Administração (direta e indireta).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista respondem quando estiverem prestando serviço público. Aquelas que exploram atividade econômica não se obrigam a responder, de acordo com o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal; sua responsabilidade equipara-se à das empresas privadas (é subjetiva, depende da demonstração de culpa).

Conclui-se que há pessoas que integram a Administração Pública e não respondem na forma do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal; contudo, existem pessoas que, embora não integrem a Administração Pública, respondem na forma do § 6.º do art. 37 (p. ex.: concessionários e permissionários que prestam serviços públicos).

O dano que gera a indenização deve ser:

- *Certo:* é o dano real, efetivo, existente. Para requerer indenização do Estado é necessário que o dano já tenha sido experimentado. Não se configura a possibilidade de

indenização de danos que podem eventualmente ocorrer no futuro.

- *Especial*: é o dano que pode ser particularizado, aquele que não atinge a coletividade em geral; deve ser possível a identificação do particular atingido.
- *Anormal*: é aquele que ultrapassa as dificuldades da vida comum, as dificuldades do cotidiano.
- *Direto e imediato*: o prejuízo deve ser resultado direto e imediato da ação ou omissão do Estado, sem quebra do nexo causal. O dano indenizável pode ser material e/ou moral e ambos podem ser requeridos na mesma ação, se preencherem os requisitos expostos.

### **1.3.1. Ação de regresso - Requisitos**

Os requisitos para a ação de regresso são:

- Condenação com trânsito em julgado;
- Caracterização de culpa ou dolo.

A Lei n. 4.619/65 estabelece o prazo de 60 dias para acionar o agente, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

### **1.4. Excludentes ou Atenuantes da Responsabilidade**

No Brasil, a responsabilidade é objetiva, baseada no conceito de nexo causal, na modalidade de risco administrativo. Uma vez acionado, o Estado pode invocar em seu favor as excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

A doutrina diverge quanto ao tipo de responsabilidade existente no Brasil. Assim:

- Segundo Hely Lopes Meirelles a responsabilidade objetiva na modalidade é de risco administrativo, não importando a natureza do dano (se advindo da omissão ou ação do Estado).
- Para Celso Antônio Bandeira de Mello, se o dano for decorrente de uma omissão, significa que a responsabilidade recaiu sobre a não prestação de serviço, ou prestação deficiente, sendo a responsabilidade, na visão deste doutrinador, subjetiva (*faute Du service*).

No que tange às consequências da ação do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello concorda com Hely Lopes Meirelles, ou seja, a responsabilidade será objetiva.

São excludentes de responsabilidade: caso fortuito, força maior e culpa da vítima. O nexo de causalidade fica descaracterizado caso apareça uma dessas três circunstâncias, podendo o Estado afastar ou mitigar sua responsabilidade.





**P.:** O Estado responde por morte de um manifestante em uma passeata?

**R.:** Depende. Se o Estado foi avisado que a passeata iria sair e não tomou providências para manter a segurança, ou tomou providências insuficientes, responderá pela morte do manifestante. Se o Estado não foi avisado sobre a passeata, não responderá pelos prejuízos decorrentes da manifestação.

## 1.5. Pontos Polêmicos

### *a) Denúnciação da lide*

Alguns autores (Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio) entendem não poder denunciar à lide o agente responsável pelo prejuízo, pois o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado e do agente é diferente: para aquele se demonstra apenas o nexo causal; para esse é preciso provar o dolo ou culpa.

O art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, contudo, dispõe que a denúnciação é obrigatória àquele que estiver obrigado, por força de lei ou de contrato, a indenizar em sede de ação regressiva. Hely Lopes Meirelles entende que, não obstante o disposto, somente seria aplicado nas relações particulares.

Para os demais autores, que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado, a denúnciação da lide seria possível considerando-se o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado e do agente ser o mesmo (a demonstração da culpa).

### *b) Ação direta contra o agente público*

Hely Lopes Meirelles entende que não há possibilidade de ingressar com ação diretamente contra o agente, porque o § 6.º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que a responsabilidade é do Estado que tem direito regressivo contra o causador do dano.

Outros autores entendem que a possibilidade existe, tendo em vista que quem sofreu o prejuízo poderá optar por quem irá acionar. Concluem, entretanto, que se a vítima ingressar com ação direta contra o agente público não poderá, mais tarde, acionar o Estado.

## 1.6. Responsabilidade Judicial

De acordo com o art 5.º, inc. LXXV, da Constituição Federal, o Estado responde por erro judicial, assim como na hipótese do condenado previsto na sentença.

Não exclui ou atenua a responsabilidade do Estado, o fato de o agente não ingressar com ação no momento cabível para sair da prisão (não há culpa concorrente).

O erro judicial configura-se quando a sentença é dada além dos limites fixados no ordenamento jurídico. Quando a sentença é reformada em segunda instância, não há erro



judicial.

A motivação da decisão serve para verificar se a sentença ultrapassa seus limites (consiste em mencionar o dispositivo legal aplicável e relacionar os fatos que concretamente levaram à sua aplicação).

O art. 133 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de responsabilizar o juiz, por perdas e danos, em duas hipóteses:

- Quando, no exercício das suas funções, agir com dolo ou fraude;
- Quando se recusar, omitir, ou retardar a tomada de alguma providência, sem justo motivo.

## **1.7. Responsabilidade Legislativa**

O Estado responde por leis inconstitucionais que causarem prejuízos a terceiros, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Os prejuízos não se limitam ao dano efetivo, englobando os lucros cessantes e os danos emergentes.

## **1.8. Responsabilidade Nuclear**

O Estado responde por prejuízos, causados a terceiros, decorrentes de atividades nucleares. De acordo com o art. 21, inc. XXIII, "c", da Constituição Federal, o Estado responde, independentemente de culpa; basta que haja o nexo de causalidade (responsabilidade objetiva).

De acordo com o art. 49, inc. XIV, da Constituição Federal, é de competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar atos do Poder Executivo relativos à instalação de usinas nucleares. Para alguns autores, os riscos relativos à energia nuclear incidiriam na modalidade risco integral (posição minoritária). Segundo a doutrina majoritária, a responsabilidade objetiva recai sobre a espécie risco administrativo.

## UNIDADE XXI

### 1. LIMITAÇÕES DO ESTADO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

#### 1.1. Perfil Constitucional

A Constituição Federal assegura o direito à propriedade, conforme disposto no art. 5.º. É um direito individual, sendo, portanto, cláusula pétrea.

- *Art. 5.º, inc. XXII:* é garantido o direito à propriedade.
- *Art. 5.º, inc. XXIII:* a propriedade atenderá a sua função social.

Em seu art. 170, a Constituição Federal estabelece que "*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*II - Propriedade privada;"*

O direito à propriedade tem limites, sendo condicionado ao bem-estar da sociedade e devendo ser respeitado como direito fundamental e como direito da atividade econômica. Com efeito, de acordo com a doutrina civilista de vanguarda, o direito de propriedade tem hoje, de acordo com o perfil impresso pela Constituição vigente, natureza jurídica de Direito de Ordenação Social.

#### 1.2. Definição

O art. 524 do Código Civil estabelece que propriedade é o direito de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem, e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo.

O referido artigo abrange a propriedade de bens materiais e de bens imateriais. Bens imateriais (como o direito intelectual, que está disposto na Lei n. 9.610/98) é matéria que, nos dias de hoje, não está mais disciplinada pelo Código Civil.

#### 1.3. Função Social

A propriedade, embora protegida pela Constituição Federal, deverá satisfazer às necessidades da sociedade.



A Constituição Federal define o que seja função social:

- *Propriedade urbana - art. 182, § 2.º, da CF: a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor - plano diretor (art. 182, § 1.º, da CF) é o documento legal que estipulará as regras para o desenvolvimento ordenado de uma sociedade, de uma cidade. O plano diretor deverá conter: demarcação de zona de proibição de construção; zona de indústria; zona de residência; zona comercial; zona de tombamento e outras situações.*
- *Propriedade rural - art. 186 da Constituição Federal: a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente e segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:*
  - Aproveitamento racional e adequado da propriedade (caráter subjetivo);
  - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (caráter subjetivo);
  - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho (caráter subjetivo);
  - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e também dos trabalhadores.

Para propiciar o bem-estar social, o Estado poderá intervir tanto na propriedade privada quanto nas atividades econômicas das empresas. O que se exige é que tal intervenção respeite os limites constitucionais que amparam o interesse público e garantem os direitos individuais.

Se a propriedade estiver cumprindo a sua função social, conforme disposto na Constituição Federal, a única possibilidade de intervenção é com base na supremacia do interesse público sobre o particular, ou seja, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social; nesse caso, conforme disposto no art. 5.º, inc. XXIV, da Constituição Federal, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Se não estiver sendo cumprida a função social da propriedade, o proprietário sofre uma penalidade - perda da propriedade - e faz jus a uma indenização; porém, essa não será prévia, não será justa, nem em dinheiro (art. 182, § 4.º, inc. III, da CF).

Sendo o imóvel rural, deverão obedecer ao disposto no art. 184 da Constituição Federal. Assim, a desapropriação poderá ocorrer, esteja ou não a propriedade cumprindo a sua função social: no primeiro caso, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social; no segundo como penalidade. Em ambas ocorrerá a indenização, caso contrário ocorreria confisco, o que é proibido pela nossa Constituição Federal, salvo na hipótese de expropriação de glebas utilizadas para a plantação e cultivo de plantas psicotrópicas (art. 243 da CF).

## **1.4. Meios de Intervenção na Propriedade**

Por ser o Direito de propriedade considerado verdadeira cláusula pétrea, núcleo intangível da Constituição Federal, as modalidades de intervenção na propriedade privada só podem estar previstas no texto constitucional, e são: A requisição; a ocupação temporária; a limitação administrativa; a servidão e o tombamento, a seguir definidas.

### **1.4.1. Requisição**

Requisição é meio de intervenção na propriedade, que traz restrições ao direito de uso, diante da hipótese de iminente perigo público (exemplos: inundação, incêndio, sonegação de gêneros de primeira necessidade, conflito armado, comoção intestina).

É disciplinada pelo art. 5.º, inc. XXV, da Constituição Federal: *no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.*

O iminente perigo público, disposto no artigo em estudo, não está caracterizando o perigo em si, mas sim o perigo em via de acontecer. Só comportará indenização caso exista dano decorrente da utilização por parte da Administração Pública.

### **1.4.2. Ocupação temporária**

Ocupação temporária é a utilização transitória, remunerada ou gratuita, de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público. Essa prerrogativa estatal pode ser transferida a concessionários e empreiteiros, desde que autorizados pela Administração.

Tanto a ocupação temporária como a requisição são modalidades de intervenção quanto ao uso. A diferença básica entre ambas está em que, para a requisição, é necessário o iminente perigo público, enquanto para a ocupação temporária, que só pode ocorrer em imóvel não-edificado, não é necessário o iminente perigo público, bastando o interesse público.

A ocupação gera indenização, caso exista prejuízo decorrente do uso do bem pela Administração Pública.

### **1.4.3. Limitação administrativa**

Limitação é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares, às exigências do bem-estar social. Assim, por exemplo, para a construção de um prédio, será necessário respeitar determinada altura, em obediência à lei de zoneamento. São preceitos de ordem pública, por



isso impostos de forma unilateral e imperativa. Deverão, contudo, corresponder às justas exigências do interesse público.

As limitações administrativas tanto podem constituir matéria privativa de lei - quando envolverem assunto que somente podem ser tratados por meio desta espécie legislativa - quanto ser impostas por regulamento (cuja forma é o decreto regulamentar), quando consistirem em especificação de matéria já constante em lei. Poderá também a Administração recorrer a providimentos de urgência para estabelecer limitações ao uso da propriedade.

As limitações administrativas ao uso da propriedade podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, obrigando a observância das limitações por parte dos que constroem sob imposições administrativas.

O direito subjetivo entre vizinhos, nas limitações administrativas, é assunto que vem causando profundas divergências nos tribunais. Há julgados que nega ação ao vizinho para exigir de seu confinante o atendimento das limitações.

É entendimento de Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> que, "no direito de construir, por expressa determinação do Código Civil, as normas de vizinhança são *sempre complementadas* pelas limitações administrativas ordenadoras da construção e assecuratórias da funcionalidade urbana".

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido: *o proprietário lesado por obra vizinha, erguida com infração de normas edilícias, tem ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou legalmente.*

#### **1.4.4. Servidão**

A servidão é meio de intervenção na propriedade particular, que estabelece restrição quanto ao uso, por intermédio de imposição específica, concreta e onerosa, visando possibilitar a realização de obras e serviços públicos; por exemplo: obrigação, imposta a determinada propriedade privada, de suportar a passagem de fios de energia elétrica - imóveis particulares onerados como serventia pública.

A servidão é onerosa porque impõe dever concreto ao proprietário, apresentando restrição apenas a ele.

O proprietário submetido à servidão administrativa terá direito à indenização correspondente ao prejuízo causado ao imóvel. Não havendo prejuízo que decorra do uso da propriedade pelo Poder Público, nada há a indenizar.

#### **1.4.5. Tombamento**



O tombamento é o meio de intervenção na propriedade que faz restrições quanto ao uso, justificando-se nas hipóteses de proteção ao patrimônio artístico, cultural e científico, de coisas ou locais que devam ser preservados (art. 216, § 1.º, da CF).

Não é meio de transferência da propriedade. Essa permanece no domínio e posse de seu proprietário; porém, as coisas tombadas não poderão ser demolidas, destruídas ou modificadas, sem a autorização do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC).

Tombar significa registrar, inventariar, inscrever nos arquivos da Administração Pública. Interessante observar que a origem da palavra *tombamento* remonta ao Direito português, pois os registros eram realizados nos livros da *Torre do Tombo*.

São efeitos do tombamento:

- Obrigação do proprietário de conservar o bem;
- Obrigação de aceitar a fiscalização do Poder Público;
- Os proprietários vizinhos ficam proibidos de realizar qualquer obra, construção, que retire a visibilidade do bem tombado;
- Direito à indenização pelo proprietário, no caso de despesas extraordinárias tendo em vista a conservação do bem, nos casos de interdição do uso do bem tombado, ou de prejuízo à sua normal utilização.

## UNIDADE XXII

### 1. DESAPROPRIAÇÃO

#### 1.1. Conceito

A desapropriação ou expropriação são meio de intervenção estatal na propriedade particular.

Desapropriação é o procedimento administrativo por meio do qual alguém é compulsoriamente despojado de uma propriedade pelo Poder Público, que a adquire para si - por razões de necessidade pública, utilidade pública, interesse social ou por descumprimento da função social -, mediante indenização. O procedimento administrativo da desapropriação realiza-se em duas fases: a primeira, de natureza declaratória; a segunda, de caráter executório.

O artigo 5.º, inciso XXIV, da Constituição Federal, estabelece que a indenização proveniente de desapropriação seja prévia, justa e em dinheiro. Para essa regra existem exceções, estabelecidas nos artigos 182, § 4.º, inciso III, e 184, ambos da Constituição Federal.

A desapropriação, em regra, é realizada pelo Poder Público; em hipóteses excepcionais, pode ser efetuada por particulares - concessionárias e permissionárias - autorizados pelo Poder



Público; nesse caso, a desapropriação ocorre apenas quando há efetivo interesse público.

A desapropriação somente é legítima quando executada nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal.

## **1.2. Finalidade da Desapropriação**

A finalidade maior da desapropriação é a transferência do bem particular para a Administração Pública.

## **1.3. Características da Desapropriação**

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, pois dá ensejo a uma nova relação. Não provém de nenhum título anterior, por isso cessam os ônus reais incidentes sobre o bem. Eventual credor hipotecário terá substituído o direito ao bem pelo direito à indenização.

É objeto de desapropriação qualquer bem móvel ou imóvel dotado de valor patrimonial (artigo 2.º do Dec.-lei n. 3.365/41).

A desapropriação pode ser confiscatória, não ensejando direito à indenização, mas apenas na hipótese estabelecida no artigo 243 da Constituição Federal.

Não podem ser expropriados direitos personalíssimos, por exemplo, honra, liberdade, por serem indetectáveis do indivíduo.

Os bens públicos podem ser expropriados pelas entidades estatais desde que haja autorização legislativa para o ato e se observe a hierarquia política entre essas entidades; por exemplo, a expropriação de bens dos Estados pela União e de bens dos Municípios pelos Estados.

## **1.4. Espécies de Desapropriação**

### **1.4.1. Desapropriação ordinária**

Na desapropriação ordinária ou clássica, vigora o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A desapropriação ordinária é realizada mediante indenização prévia, justa e em dinheiro.

Possui como fundamento:

- Necessidade pública;
- Utilidade pública;
- Interesse social.

### **1.4.2. Desapropriação extraordinária**





A desapropriação extraordinária é realizada quando o bem particular, que está sendo desapropriado, não está cumprindo a sua função social. Pode ser:

- *Desapropriação para observância do Plano Diretor do Município:* intervenção que ocorre quando a área não for edificada, estiver sendo subutilizada ou não utilizada. O art. 182, § 4.º, inc. III, da Constituição Federal, estabelece que o Poder Público municipal, mediante lei específica, promova "desapropriação com pagamento mediante título da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".
- *Desapropriação para Reforma Agrária:* desapropriação privativa da União e realizada pelo INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. A Constituição Federal, em seus artigos 184 a 186, possibilita a expropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

Na hipótese de desapropriação extraordinária, a indenização ocorre; mas não será justa, nem prévia, nem em dinheiro.

## **1.5. Competência**

### **1.5.1. Competência para legislar sobre desapropriação**

Conforme disposto no artigo 22, inciso II, da Constituição Federal, a competência de legislar sobre desapropriação é privativa da União.

### **1.5.2. Competência para promover a desapropriação**

Todos os entes políticos possuem competência para promover a desapropriação em caráter ordinário, ou seja, a União, os Estados- membros, o Distrito Federal e os Municípios.

No entanto, para promover a desapropriação extraordinária, a competência é restrita:

- *Imóvel urbano:* competência do Município;
- *Imóvel rural:* competência da União.

### DESAPROPRIAÇÃO

#### 1. FASES DA DESAPROPRIAÇÃO

##### 1.1. Fase Declaratória

A fase declaratória da desapropriação consubstancia-se na indicação da necessidade, da utilidade, do interesse público, ou do interesse social do bem a ser expropriado.

A titularidade para a declaração expropriatória pertence ao Poder Público. Porém, também possuem legitimidade o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) (Dec.-lei n. 521/69), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) (Lei n. 9.074/95) e os concessionários, desde que devidamente autorizados pela Administração (art. 18, inc. XII; art. 29, inc. VIII; e art. 31, inc. VI; todos da Lei n. 8.987/98).

O Poder Executivo e o Poder Legislativo possuem competência para a prática do ato expropriatório que dá início ao processo de desapropriação e o fazem com instrumentos diferentes:

- *O chefe do Executivo*: por intermédio de decreto;
- *O chefe do Legislativo* - artigo 8.º do Decreto-lei n. 3.365/41: por meio de lei (posição majoritária). Há autores que afirmam ser por intermédio de decreto-lei (minoritária).

##### 1.1.1. Motivos para a decretação da desapropriação

São os seguintes os motivos para a decretação da desapropriação:

- *Utilidade pública*: quando a transferência de bens de terceiros para a Administração lhe é conveniente, embora não seja imprescindível (art. 5.º do Dec.-lei n. 3.365/41);
- *Necessidade pública*: a Administração, diante de uma situação de emergência, exige a transferência urgente de bens de terceiros para seu domínio e uso imediato;
- *Interesse público*: o fato que irá caracterizar a desapropriação é uma situação de interesse público;
- *Interesse social*: quando a desapropriação tem lugar para a distribuição ou o condicionamento da propriedade em benefício da coletividade ou de categorias sociais.

##### 1.1.2. Efeitos jurídicos da declaração de utilidade pública e interesse social

Os efeitos jurídicos da declaração de utilidade pública e interesse social são três:



- Direito de as autoridades expropriantes penetrarem no imóvel (art. 7.º do Dec.-lei n. 3.365/41) - direito auto executório. Se a Administração causar danos ao imóvel, responderá pelos prejuízos causados.
- Fixação do estado do bem, incluindo as benfeitorias nele existentes, o que gera efeitos no cálculo de indenização.
- Início da contagem do prazo de caducidade da declaração.

## 1.2. Fase Executória

A fase executória tem por finalidade a adoção das medidas necessárias para a implementação da desapropriação.

Pode ser realizada pela União, pelos Estados, pelos Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como, nos termos do artigo 3.º do Decreto-lei n. 3.365/41, pelos concessionários de serviços públicos, estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de Poder Público, se autorizados por lei ou por contrato. A Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô), por exemplo, - concessionária de serviço público, pode promover desapropriação.

A fase executória pode ser processada tanto por via extrajudicial como por via judicial.

- *Extrajudicial*: quando expropriante e expropriado chegam a um acordo sobre o valor da desapropriação, basta que esse acordo seja reduzido a termo para que se efetive a transferência do bem expropriado; se for imóvel, exige-se escritura no registro imobiliário competente;
- *Judicial*: o expropriante proporá a ação de desapropriação. O objetivo da desapropriação judicial limita-se ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório, concedendo a imissão na posse quando for o caso, fixando a justa indenização e adjudicando o bem ao expropriante.

## 1.3. Indenização

A indenização constitui direito de ordem pública.

A indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro (arts. 5.º, inc. XXIV, e 182, § 3.º, ambos da CF), exceto para as hipóteses de imóveis rurais sujeitos à Reforma Agrária (art. 184 da CF), quando, então, se admite indenização em título da dívida agrária. Não haverá, contudo, indenização se a desapropriação for de glebas em que se cultivem ilegalmente plantas psicotrópicas (art. 243 da CF) uma vez que, apesar de denominada pelo texto constitucional como expropriação, tem natureza jurídica de confisco.

## **1.4. Imissão na Posse**

Conforme estabelece o artigo 15 do Decreto-lei n. 3.365/41, "se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens".

O artigo 33 do mesmo diploma, em seu § 2.º, autoriza o desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, a levantar 80% do depósito feito pelo expropriante, observado o artigo 34.

## **1.5. Destinação do Bem Expropriado**

Nem sempre a desapropriação é realizada para a formação de patrimônio público. O bem pode ser transferido a terceiros, como ocorre na desapropriação por zona, na desapropriação para urbanização ou para formação de distritos industriais e na desapropriação confiscatória ou punitiva.

### **1.5.1. Desapropriação por zona ou extensiva**

A desapropriação por zona, também denominada desapropriação extensiva, é autorizada e disciplinada pelo artigo 4.º do Decreto-lei n. 3.365/41. O Poder Público desapropria área maior do que necessita, e as zonas excedentes podem ser vendidas a terceiros.

A desapropriação por zona pode ocorrer:

- Quando a área desapropriada for contínua à necessária para realização de obra pública;
- Quando as áreas próximas à área da desapropriação sofrem uma valorização brutal em razão da obra pública.

A declaração de utilidade pública deverá indicar as obras ou os serviços que serão realizados e qual a zona excedente que será abrangida pela desapropriação.

### **1.5.2. Desapropriação para industrialização ou urbanização**

O artigo 5.º, "i", do Decreto-lei n. 3.365/41 estabelece que se trata de hipóteses de desapropriação por utilidade pública.

Os §§ 1.º e 2.º, do mesmo artigo, estabelecem exigências a serem cumpridas para construção ou ampliação desses distritos industriais ou urbanos.

### **1.5.3. Desapropriação indireta**

A desapropriação indireta equivale ao esbulho possessório. É a desapropriação realizada sem o devido processo legal.



## 1.6. Retrocessão

O artigo 1.150 do Código Civil estabelece que "a União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou".

A retrocessão corresponde ao direito do proprietário de exigir a devolução do bem, ou o pagamento de indenização, em razão de o Poder Público não ter dado ao imóvel o destino apontado para a desapropriação.

P.: A retrocessão é um direito real ou pessoal?

R.: O Professor Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> entende que "a retrocessão é, pois, uma obrigação pessoal (não obstante, o STF entendeu que a retrocessão tem a natureza de direito real) de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao bem. Daí o consequente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários".

## 1.7. Tredestinação

Tredestinação (de acordo com a melhor gramática, segundo Hely Lopes Meirelles), ou tredestinação, é o desvio de finalidade na desapropriação. O bem desapropriado é empregado com outro fim que não a utilidade pública ou o interesse social.

O Professor Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup> entende que, "se o Poder Público ou seus delegados não derem ao bem expropriado sua destinação legal, ficará o ato expropriatório sujeito a *anulação* e a *retrocessão*". Todavia, se a finalidade diversa da originalmente estipulada permanecer de acordo com o interesse público, não haverá ilegalidade.

## 1.8. Desistência da Desapropriação

O Poder Público expropriante pode desistir da desapropriação, sendo para isso necessário:

- Que a desistência seja anterior ao término da desapropriação - ou seja, até a incorporação do bem ao expropriante -, pois, após a transferência da propriedade, o Poder Público passa a ser dono; daí por diante, o que pode haver é retrocessão do bem;
- O pagamento de indenização;
- O ressarcimento das despesas.

Em princípio, o particular não pode opor-se à desistência, mas poderá exigir o



## **PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS**

### **1. INTRODUÇÃO**

A Lei n. 9.784/99 contém normas sobre o processo administrativo no âmbito federal e a Lei n. 10.177/98 regulamenta o processo administrativo no âmbito estadual (aplicável ao Estado de São Paulo).

A Lei n. 9.784/99, que fixa normas gerais para o processo administrativo federal, é aplicável à Administração Pública direta e indireta dos três poderes, bem como ao servidor ou agente público dotado de poder de decisão, conforme estabelece o artigo 1.º do referido diploma.

A Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LV, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

#### **1.1. Teoria Geral do Processo Administrativo**

Processo administrativo não se confunde com procedimento administrativo. O primeiro pressupõe a sucessão ordenada de atos concatenados visando à edição de um ato final, ou seja, é o conjunto de atos que visa à obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito administrativo; o segundo corresponde ao rito, conjunto de formalidades que deve ser observado para a prática de determinados atos, e é realizado no interior do processo, para viabilizá-lo.

O processo pode realizar-se por diferentes procedimentos.

A Administração Pública cumpre sua finalidade (geração do bem-estar social ou atendimento do interesse público) de diferentes modos:

- Edição de atos normativos;
- Contratos administrativos;
- Prestação de serviços;
- Igualando-se ao particular (exploração de atividade econômica) etc.

## 1.2. Procedimento e Ato Complexo

Procedimento ou processo administrativo difere dos chamados atos complexos, que resultam da conjugação de vontades de órgãos distintos, mas em ato único, ou seja, mais de um órgão concorre para a manifestação de vontade única da Administração.

"Em suma: no procedimento ou processo administrativo, há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também finalidade comum à generalidade deles.

No ato complexo, diferentemente, há *um só ato*, que se forma pela conjugação de 'vontades' de órgãos diferentes, sendo que ditas vontades estão articuladas em uma *única* finalidade, sem que caiba discernir outra que lhes fosse, como inerência, diversa da que reside no ato."

## 1.3. Objetivos do Processo Administrativo

O processo administrativo possui dois objetivos primordiais:

- *Resguardar direitos dos administrados*: existindo formalidade a ser cumprida pela Administração, o processo administrativo não revela surpresa para o destinatário do ato, ou seja, impõe forma obrigatória para certos atos como a instauração, a produção de provas e o julgamento.
- *Assegurar a transparência da Administração*: isso permite contestar judicialmente a atuação administrativa e torna acessível ao conhecimento por quem de direito, de tudo quanto motive o ato final.

## 1.4. Espécies de Processo Administrativo

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> ensina que "há distintas classificações de procedimento, que se agrupam em função de variados critérios:

- *Procedimentos internos*: são procedimentos que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida intestina da Administração;
- *Procedimentos externos*: são procedimentos de que participam os administrados;
- *Procedimentos restritivos*: procedimentos que podem ser meramente restritivos de direito ou sancionadores;
- *Procedimentos ampliativos*: procedimentos que seriam as lacunas, permissões, autorizações.

O Professor Márcio Fernando Elias Rosa<sup>3</sup> bem ensina sobre a tipologia do processo administrativo: "A doutrina consagra a seguinte tipologia do processo administrativo (Hely



Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira, Ana Lúcia B. Fontes e Odete Medauar):

- a) *Processo administrativo de gestão*: licitações, concursos de ingresso ao serviço público, concurso de movimentação nas carreiras, promoção e remoção;
- b) *Processos administrativos de outorga*: licenciamento ambiental, licenciamento de atividades e exercício de direitos, registro de marcas e de patentes;
- c) *Processos administrativos de controle*: prestação de contas, lançamento tributário, consulta fiscal;
- d) *Processos administrativos punitivos internos ou externos*: imposição de sanções disciplinares (internos) ou apuração de infrações (externos)."

## 2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

### 2.1. Previsão Legal dos Princípios do Procedimento Administrativo

O artigo 2.º da Lei n. 9.784/99 estabelece de forma explícita, contudo meramente exemplificativa, os princípios do procedimento administrativo:

- Legalidade;
- Finalidade;
- Motivação;
- razoabilidade;
- Proporcionalidade;
- Moralidade;
- ampla defesa;
- Contraditório;
- Segurança jurídica;
- Interesse público;
- Eficiência.

Há, todavia, princípios implícitos na lei federal:

- Publicidade;
- Oficialidade;
- informalismo ou formalismo moderado;
- Gratuidade;
- Pluralidade de instâncias;
- Economia processual;
- Participação popular.





## **2.2. Aplicabilidade dos Princípios**

Princípio não é mera declaração de intenção. São normas que determinam condutas obrigatórias ou impedem comportamentos incompatíveis. O princípio representa um valor. Nos dizeres da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, são verdadeiros pilares de sustentação de todo o sistema, funcionando como vetores de interpretação, que por sua generalidade, informam o sistema jurídico, mesmo sem previsão expressa. Com efeito, na lição de Souto Maior Borges, conforme se colhe da obra de Roque Antônio Carrazza<sup>4</sup>, "o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito".

### **2.2.1. Princípio da publicidade**

Aplicável por força do artigo 37, *caput*, e artigo 5.º, inciso XXXIII, ambos da Constituição Federal.

O princípio da publicidade possui maior amplitude no processo administrativo, por força do direito - assegurado a todos - de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder (art. 5.º, inc. XXXIV, da CF).

A publicidade existe como regra; porém, o sigilo pode ser decretado, para a defesa de preservação da intimidade das partes envolvidas ou em razão do interesse social.

O artigo 2.º, parágrafo único, inciso V, da Lei n. 9.784/99 estabelece estar assegurada a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.

### **2.2.2. Princípio da oficialidade ou da impulsão**

A Administração age na forma da lei, mas a movimentação do processo administrativo é atribuída sempre a ela. É o que estabelece tanto o artigo 5.º como o artigo 29 da Lei n. 9.784/99.

Referido princípio não incide, ao menos na mesma amplitude, no processo judicial, mas é amplo no processo administrativo. O princípio da oficialidade é abrandado pelo artigo 30 da Lei n. 9.784/99, que dispõe serem "inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos".

### **2.2.3. Princípio do informalismo ou formalismo moderado**

O procedimento administrativo é dotado de rito menos solene, dispensando formas rígidas; necessariamente, contudo, deve atender à forma legal.

O Professor Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup> ressalva: "todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, essa deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente

se da inobservância resulta prejuízo para as partes".

#### **2.2.4. Princípio da gratuidade**

Em regra, a atuação administrativa é gratuita.

Não há despesas processuais, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 2.º, par. ún., inc. XI, da Lei n. 9.784/99). No desenvolvimento do tema, pode-se visualizar a onerosidade de determinados processos administrativos de outorga, que para sua realização exigem o recolhimento do tributo denominado taxa de polícia.

#### **2.2.5. Princípio da ampla defesa e do contraditório**

A ampla defesa e o contraditório são inerentes a qualquer processo, judicial ou administrativo. A Constituição Federal assegura aos "litigantes em processo judicial ou administrativo" a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É a bilateralidade do processo que enseja a ampla defesa e o contraditório.

O princípio da ampla defesa e do contraditório se expressa por meio de atos como:

- Notificação dos atos à parte interessada;
- Possibilidade de exame das provas;
- Direito de assistir à produção de prova;
- Possibilidade de produção de defesa escrita.

O contraditório recebeu tratamento expresso na Lei n. 9.784/99, em seu artigo 3.º, incisos II e IV.

#### **2.2.6. Princípio da pluralidade de instâncias**

A Lei n. 9.784/99 limita em três as instâncias administrativas, sendo que a recorribilidade das decisões não pode estar sujeita a ônus ou encargos. Todavia, ante a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, do sistema de controle dos atos da administração denominado "Contencioso Administrativo", que prevê a *coisa julgada administrativa*, em seu sentido próprio, insuscetível de revisão pelo poder judiciário, todos os atos da administração, sejam tomados em primeira ou em última instância, são revisíveis pelo judiciário, consagrando o sistema jurisdicional de controle dos atos da administração.

#### **2.2.7. Princípio da economia processual**

O processo é instrumento, e as exigências nele contidas devem ser compatíveis com a sua finalidade.



A lei prevê o aproveitamento dos atos, ou o saneamento de irregularidades meramente formais.

## **2.2.8.** *Princípio da segurança jurídica (princípio da estabilidade das relações jurídicas)*

O princípio da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas. A invalidação só é admitida se atender ao interesse público.

Referido princípio está previsto no artigo 2.º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/99.

O artigo 55, do mesmo diploma, expressamente permite a convalidação de atos que apresentem conflitos sanáveis.

## **2.2.9.** *Princípio da motivação*

A motivação é obrigatória para assegurar o controle da Administração. A autoridade deve indicar as razões que a levaram a decidir.

O princípio da motivação decorre do devido processo legal, pois apura-se, por meio dele, a intenção do agente público.

## **3. FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO**

No procedimento administrativo são reconhecíveis cinco fases:

- *Instauração:* é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Decorre de portaria, auto de infração, representação de pessoa interessada ou despacho da autoridade competente. É essencial a descrição dos fatos, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa.
- *Instrução:* fase de elucidação dos fatos, marcada pela produção de provas, com a participação do interessado.
- *Defesa:* com base no artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal.
- *Relatório:* elaborado pelo presidente do processo. Trata-se de peça opinativa, que não vincula a autoridade competente.
- *Julgamento:* decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo.

## **4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

A Lei n. 8.112/90 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Segundo o artigo 148 da Lei n. 8.112/90: "O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido".



O artigo 146 da lei estabelece que, sempre que o ilícito ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

A forma que deverá ser conduzido o processo disciplinar se encontra disposta no artigo 149 da Lei n. 8.112/90. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases (art. 151 da Lei n. 8.112/90):

- Instauração;
- Inquérito administrativo;
- Julgamento.

O prazo para a conclusão de o processo disciplinar não excederá 60 dias (art. 152 da Lei n. 8.112/90).

Conforme ensinamento do Professor Márcio Fernando Elias Rosa<sup>6</sup>: "O controle da legalidade do processo administrativo pode ser realizado de forma interna e externa. Internamente, pelo recurso administrativo e com a possibilidade de revisão a qualquer tempo. Externamente, pelo Judiciário, que poderá impor-lhe a anulação. O Judiciário não examina a conveniência ou oportunidade da sanção imposta, substituindo uma por outra, por exemplo. Poderá, *in casu*, examinado e conhecendo eventual ilegalidade, anular o processo administrativo, mas jamais substituir a autoridade competente para julgar e aplicar a sanção disciplinar".

## 5. SINDICÂNCIA

A *sindicância* caracteriza-se por ser um processo administrativo simplificado, que objetiva a aplicação de penas para infrações das quais pode resultar advertência ou suspensão por até 30 dias. Conforme já observado, tem aplicação, como regra, para imposição de penas leves.

Não tem procedimento formal, mas deverá observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quando se realiza uma *sindicância*, podem ocorrer três hipóteses, nos termos do artigo 145 da Lei 8.112/90:

- *Ao término da sindicância, não é apurada nenhuma irregularidade*: circunstância em que será arquivada;
- *Ao término da sindicância, constata-se a irregularidade investigada*: será ou não aplicada uma penalidade, que poderá ser advertência ou suspensão por, no máximo, 30

dias;

- *A irregularidade apurada é mais grave do que se imaginou:* ocasião em que a sindicância resultará na instauração de um processo administrativo disciplinar, e o apurado na sindicância poderá ser utilizado nesse processo, para sua instrução. O *processo administrativo disciplinar* apresenta-se mais formal e mais rígido, sendo utilizado para apuração de qualquer irregularidade, com a aplicação de qualquer pena ou sanção, inclusive para aquelas penas ou sanções que podem ser apuradas por sindicância.

O parágrafo único do artigo 145 da lei n. 8112/90 estabelece ainda que "O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior".

## **6. REVISÃO**

A revisão do processo administrativo está disciplinada no artigo 174 da Lei n. 8.112/90. De acordo com a redação dos artigos 174 da citada lei, e 65 da Lei n. 9.784/99, pressupõe a existência e fatos novos, ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

O artigo 182 dispõe: "Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração".